

# RECOPILOACIÓN DOCTRINA LEGAL AÑO 2010



Consejo Jurídico  
de la Región de Murcia





## **Composición**

### **Presidente:**

Excmo. Sr. D. Mariano García Canales.

### **Consejeros:**

Excmo. Sr. D. Manuel Martínez Ripoll

Excmo. Sr. D. Luis Alberto Gálvez Muñoz

Excmo. Sr. D. José Antonio Cobacho Gómez

Excmo. Sr. D. Antonio Gómez Fayrén

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

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



## Presentación

La Recopilación de Doctrina Legal del Consejo Jurídico de la Región de Murcia se ha editado desde el año 1998 hasta el 2009 en formato papel. Con la del año 2010 se inicia su edición en soporte electrónico, que también permite cumplir el mandato que contiene el artículo 62 del Reglamento de Organización y Funcionamiento (Decreto 15/1998, de 2 de abril), además de ser más adecuada a las necesidades de difusión de los tiempos actuales.

A pesar del cambio de soporte se mantienen las pautas esenciales que conforman la edición en cuanto a clasificación y reseña de la totalidad de los Dictámenes, omitiendo aquéllos cuya fundamentación es reiterativa.

La consulta de Dictámenes está disponible también en la siguiente dirección electrónica:

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



## Índice numérico

<b>Dictamen</b>	<b>Asunto</b>
01-10	Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hija, debida a accidente escolar.
02-10	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.
03-10	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.
04-10	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por rotura de gafas durante su labor educativa.
05-10	Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hijo, debida a accidente escolar.
06-10	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por accidente en centro hospitalario.
07-10	Proyecto de decreto por el que se desarrolla en la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia el Real Decreto 1892/2008, de 14 de Noviembre, por el que se regulan las condiciones de acceso a las enseñanzas universitarias oficiales de grado y los procedimientos de admisión a las universidades públicas españolas.
08-10	Reconocimiento de obligaciones contraídas por la convocatoria de subvenciones para la compensación económica de árbitros en las elecciones sindicales, sin el trámite de fiscalización previa.
09-10	Resolución de contrato formalizado por la mercantil -- y el Consorcio para la Gestión de los Residuos Sólidos de la R. M. (COGERSOL), por la gestión de los residuos sólidos de la Región de Murcia.
10-10	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.
11-10	Responsabilidad Patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños físicos sufridos por caída en el paseo de la Barra de Cabo de Palos.
12-10	Responsabilidad patrimonial instada por x en nombre y representación de su hijo x, debido a accidente escolar.
13-10	Revisión de oficio de la Orden dictada en expediente sancionador por infracción a la normativa en materia de prevención de riesgos laborales.
14-10	Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hija, debida a accidente escolar.
15-10	Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hija, debida a accidente escolar.
16-10	Responsabilidad Patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en arbolado de su propiedad.
17-10	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.
18-10	Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hijo, debida a accidente escolar.
19-10	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios dependientes de la Consejería de Obras Públicas y Ordenación del Territorio.

- 20-10 Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hijo, debida a accidente escolar
- 21-10 Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hijo, debida a accidente escolar.
- 22-10 Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hijo x, debida a accidente escolar.
- 23-10 Proyecto de Orden por la que se regula el libro de explotación acuícola en la Región de Murcia.
- 24-10 Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hijo, debida a accidente escolar.
- 25-10 Proyecto de Decreto por el que se aprueban las reglamentaciones específicas de los libros genealógicos de las siguientes razas autóctonas españolas en peligro de extinción: raza porcina chato murciano, raza bovina murciano levantina y raza aviar gallina murciana.
- 26-10 Responsabilidad patrimonial instada por x, en relación con el expediente sancionador tramitado por el Servicio de Registros Especiales y Espectáculos Públicos.
- 27-10 Responsabilidad patrimonial instada por x debida a accidente escolar.
- 28-10 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.
- 29-10 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.
- 30-10 Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hijo, debida a accidente escolar.
- 31-10 Responsabilidad patrimonial instada por x en nombre y representación de x, debida a accidente de trabajo.
- 32-10 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.
- 33-10 Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hijo, debida a accidente escolar.
- 34-10 Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hijo, debida a accidente escolar.
- 35-10 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.
- 36-10 Proyecto de Decreto por el que se regula la atribución de competencias para el ejercicio de de la potestad sancionadora en materia de tasa láctea en el ámbito de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.
- 37-10 Responsabilidad patrimonial instada por x como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.
- 38-10 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en accidente de circulación.
- 39-10 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.
- 40-10 Resolución de contrato formalizado con la mercantil --, S.L., sobre vestuarios en campo de fútbol de El Raal (Murcia).
- 41-10 Proyecto de Decreto por el que se regula la Composición, la Organización y el Régimen de Funcionamiento del Observatorio de Igualdad.

- 42-10 Responsabilidad patrimonial instada por x y otros, siendo la afectada x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.
- 43-10 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.
- 44-10 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.
- 45-10 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.
- 46-10 Responsabilidad patrimonial instada por x, debida a accidente en centro de día de personas mayores.
- 47-10 Responsabilidad patrimonial instada por x y otro, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.
- 48-10 Responsabilidad patrimonial instada por x y otros, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.
- 49-10 Responsabilidad patrimonial instada por el Ayuntamiento de Bullas (Murcia), como consecuencia de los daños sufridos en la depuradora municipal de aguas, por las obras de la Autovía del Noroeste.
- 50-10 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.
- 51-10 Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hijo, debida a accidente escolar.
- 52-10 Resolución de discrepancias entre la Intervención General y la Consejería de Sanidad y Consumo en el expediente: "Proyecto modificado Nº 1 de las obras de construcción de un centro de salud en Cieza".
- 53-10 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.
- 54-10 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios de Registro de Entrada de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.
- 55-10 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.
- 56-10 Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hijo, debida a accidente escolar.
- 57-10 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por la intervención de la Administración en el sector cárnico.
- 58-10 Revisión de oficio de las Órdenes de 27 de enero y 4 de marzo de 2003 de la Consejería de Economía y Hacienda, formulada por x.
- 59-10 Revisión de oficio de diversas Órdenes de la Consejería por la que se inadmitía a --, S.L., del concurso público para la concesión de frecuencias de radiodifusión sonora.
- 60-10 Revisión de oficio de diversas Órdenes de la Consejería por la que se inadmitía a --, S.L., del concurso público para la concesión de frecuencias de radiodifusión sonora.

- 61-10 Revisión de oficio de diversas Órdenes de la Consejería por la que se inadmitía a --, S.A., del concurso público para la concesión de frecuencias de radiodifusión sonora.
- 62-10 Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hija, debida a accidente escolar.
- 63-10 Proyecto de Decreto por el que se establecen las condiciones sanitarias para el servicio de comedor escolar y medida de protección de la salud y fomento de hábitos alimentarios saludables en los centros docentes no universitarios.
- 64-10 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.
- 65-10 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.
- 66-10 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.
- 67-10 Resolución de contrato formalizado con la U.T.E. --, S.A., y --, S.A., por los servicios para la construcción de la nueva Casa Consistorial en el municipio de Las Torres de Cotillas.
- 68-10 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en accidente de circulación.
- 69-10 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.
- 70-10 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.
- 71-10 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.
- 72-10 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sociales.
- 73-10 Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hijo, debida a accidente escolar.
- 74-10 Resolución de contrato formalizado con la mercantil --, S.L., por las obras de construcción y explotación del aparcamiento en el subsuelo de la plaza Doctor Fortún, en el municipio de Águilas.
- 75-10 Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hijo, debida a accidente escolar.
- 76-10 Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hija, debida a accidente escolar.
- 77-10 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en accidente de circulación.
- 78-10 Revisión de oficio del acto administrativo por el que se concede plaza en la Universidad de Murcia, para cursar los estudios del primer curso de Grado en Enfermería, a x.
- 79-10 Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hijo, debida a accidente escolar.
- 80-10 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.
- 81-10 Responsabilidad Patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.



- 82-10 Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hijo, debida a accidente escolar.
- 83-10 Proyecto de Orden por la que se establecen los criterios para calificar de modalidad o especialidad deportiva a una determinada actividad, así como el procedimiento para su reconocimiento en el ámbito de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.
- 84-10 Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hijo, debida a accidente escolar.
- 85-10 Consulta Facultativa relativa a la conformidad a derecho de la valoración efectuada por los Servicios Municipales sobre el contrato adjudicado a la mercantil x, por el que el Ayuntamiento de San Javier adquirió unos terrenos para la construcción del nuevo Hospital Comarcal que, finalmente no fueron destinados a dicho fin.
- 86-10 Revisión de oficio del Decreto de Alcaldía de 8 de junio de 2009, correspondiente al expediente de licencia de parcelación 5/09.
- 87-10 Responsabilidad patrimonial instada por x, debida a accidente en centro de salud.
- 88-10 Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hijo, debida a accidente escolar.
- 89-10 Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hija, debida a accidente escolar.
- 90-10 Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hija, debida a accidente escolar.
- 91-10 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.
- 92-10 Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hija, debida a accidente escolar.
- 93-10 Proyecto de Decreto por el que se aprueba el catálogo de juegos y apuestas de la Región de Murcia.
- 94-10 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.
- 95-10 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por accidente en centro hospitalario.
- 96-10 Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hijo, debida a accidente escolar.
- 97-10 Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hijo, debida a accidente escolar.
- 98-10 Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hijo, debida a accidente escolar.
- 99-10 Revisión de oficio instada por x, en nombre y representación de la empresa --, S.A., contra la Orden de 14 de mayo de 2007 de la Consejería de Trabajo y Política Social y la Resolución de la Dirección General de Trabajo de 15 de junio de 2007, sobre ejecución de sentencia y pago en periodo voluntario de una sanción impuesta en materia de prevención de riesgos laborales.
- 100-10 Proyecto de Decreto por el que se determina la capacidad económica de las personas beneficiarias y se establece su participación en la financiación de las prestaciones económicas y servicios del sistema de autonomía y atención a la dependencia en la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.

- 101-10 Responsabilidad Patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.
- 102-10 Proyecto de Decreto por el que se aprueba el Reglamento del juego del bingo de la Región de Murcia y se modifica el Reglamento de máquinas recreativas y de azar de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.
- 103-10 Responsabilidad Patrimonial instada por x en representación de x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.
- 104-10 Revisión de oficio del expediente de contratación 113/2009 del Servicio Murciano de Salud, para la adjudicación del servicio de mantenimiento y soporte hardware y software de base del CPD corporativo y diversos hospitales.
- 105-10 Proyecto de Decreto por el que se modifican diversos artículos del Decreto 221/2006 y del Decreto 222/2006, del 27 de octubre de 2006, para su adaptación a la Directiva 2006/123/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior.
- 106-10 Revisión de oficio instada por x, contra liquidación complementaria por el concepto del impuesto de sucesiones.
- 107-10 Revisión de oficio del acuerdo plenario de 26-06-2006, por el que se aprobó definitivamente la modificación nº 1 del Plan Parcial "Los Cármenes", de las Torres de Cotillas.
- 108-10 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.
- 109-10 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.
- 110-10 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.
- 111-10 Resolución de contrato formalizado con la U.T.E. -- , S.A., y -- , S.A., por los servicios para la construcción de la nueva Casa Consistorial en el municipio de Las Torres de Cotillas.
- 112-10 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.
- 113-10 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.
- 114-10 Anteproyecto de ley por el que se modifica la Ley 14/2009, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia para el ejercicio 2010.
- 115-10 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.
- 116-10 Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hijo, debida a accidente escolar.
- 117-10 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.
- 118-10 Proyecto de Decreto de atención al Ciudadano de la Administración Pública de la Región de Murcia.
- 119-10 Resolución de contrato formalizado con la mercantil --, S.L., por las obras de ampliación y reforma del Centro de Salud de la Unión.
- 120-10 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en una parcela de su propiedad por la tala de pino carrasco.

- 121-10 Responsabilidad patrimonial instada por x y otra, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.
- 122-10 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.
- 123-10 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.
- 124-10 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.
- 125-10 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.
- 126-10 Responsabilidad patrimonial instada por x, debida a accidente deportivo.
- 127-10 Responsabilidad Patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.
- 128-10 Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hijo, debida a accidente escolar.
- 129-10 Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hija, debida a accidente escolar.
- 130-10 Revisión de oficio del expediente sancionador tramitado contra x, por obras sin licencia en el polígono 184, parcela 28 de la huerta de Mula.
- 131-10 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios tributarios.
- 132-10 Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hijo, debida a accidente escolar.
- 133-10 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.
- 134-10 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.
- 135-10 Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hijo, debida a accidente escolar.
- 136-10 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.
- 137-10 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.
- 138-10 Responsabilidad patrimonial instada por x, en representación de la mercantil --, S.A., por los daños producidos como consecuencia del accidente de circulación de la asegurada x.
- 139-10 Proyecto de Decreto por el que se establecen la intensidad de protección de los servicios, la cuantía de las prestaciones económicas, las condiciones de acceso y el régimen de compatibilidad de las prestaciones del sistema para la autonomía y atención a la dependencia en la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.
- 140-10 Consulta facultativa sobre el procedimiento de elaboración del Plan de Gestión y Conservación de la ZEPA de Almenara, Moreras y Cabo Cope.
- 141-10 Proyecto de Decreto sobre medidas de simplificación documental en los procedimientos administrativos de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.

- 142-10 Responsabilidad patrimonial instada por x en nombre y representación de x y otros, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.
- 143-10 Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hija, debida a accidente escolar.
- 144-10 Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hija, debida a accidente escolar.
- 145-10 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.
- 146-10 Proyecto de Decreto por el que se modifica el Decreto 5/2008, de 18 de enero, por el que se establece la ordenación de las enseñanzas de idiomas de Régimen Especial de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, y los currículos correspondientes a los niveles básico e intermedio.
- 147-10 Revisión de oficio en relación con el tercer ejercicio de las pruebas selectivas para el acceso, por el turno libre, al Cuerpo de Auxiliares Administrativos, derivadas de la OPE 2004.
- 148-10 Revisión de oficio de diversos acuerdos de la Junta de Gobierno Local, por los que se ordena la ejecución forzosa de la sanción impuesta a la mercantil -- S.A., por el ejercicio de la actividad de fabricación de hormigón sin licencia.
- 149-10 Responsabilidad patrimonial instada por x, debida a accidente en centro universitario.
- 150-10 Proyecto de Decreto por el que se aprueba el Reglamento de la Renta Básica de Inserción de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.
- 151-10 Resolución de contrato formalizado con la mercantil -- S.A., por los servicios de recogida de residuos sólidos urbanos y limpieza viaria en el municipio de Mula.
- 152-10 Revisión de oficio del Acuerdo de Consejo de Gobierno de 7 de marzo de 2003, por el que se estima el recurso de alzada interpuesto por x, en nombre y representación de --, S.L., contra la Orden de 31 de enero de 2001, de la Consejería de Obras Públicas y Ordenación del Territorio, por el que se aprobó definitivamente la Revisión del Plan General de Ordenación Urbana de Murcia.
- 153-10 Responsabilidad patrimonial instada por x y otra, en nombre propio y en representación de sus hijos, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.
- 154-10 Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hija, debida a accidente escolar.
- 155-10 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.
- 156-10 Reconocimiento de obligaciones contraídas por la concesión de ayudas para la gestión sostenible de los recursos naturales en montes privados en la Región de Murcia, con omisión del trámite de fiscalización previa.
- 157-10 Proyecto de Orden por el que se establece el currículo del ciclo formativo correspondiente al título de Técnico en Panadería, Repostería y Confitería en el ámbito de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.
- 158-10 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.
- 159-10 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.

- 160-10 Revisión de oficio de diversas Órdenes de la Consejería por la que se inadmitía a --, S.A., del concurso público para la concesión de frecuencias de radiodifusión sonora.
- 161-10 Revisión de oficio de diversas Órdenes de la Consejería por la que se inadmitía a --, S.L., del concurso público para la concesión de frecuencias de radiodifusión sonora.
- 162-10 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.
- 163-10 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.
- 164-10 Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hijo, debida a accidente escolar.
- 165-10 Proyecto de Decreto por el que se aprueba el reglamento de derechos y obligaciones de viajeros del transporte por carretera de la Región de Murcia.
- 166-10 Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hijo, debida a accidente escolar.
- 167-10 Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hija, debida a accidente escolar.
- 168-10 Anteproyecto de Ley del derecho de admisión en espectáculos públicos, actividades recreativas y establecimientos públicos de la Región de Murcia.
- 169-10 Revisión de oficio de diversas Órdenes de la Consejería por la que se inadmitía a --, S.L., del concurso público para la concesión de frecuencias de radiodifusión sonora.
- 170-10 Revisión de oficio del Acuerdo de Pleno de fecha 28/10/2004, por el que se aprueba definitivamente el proyecto de Estudio de Detalle de un solar en la calle Gitanos de Puerto Lumbreras.
- 171-10 Responsabilidad patrimonial instada por x y otros, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.
- 172-10 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.
- 173-10 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.
- 174-10 Proyecto de Orden por el que se establece el currículo del ciclo formativo correspondiente al título de Técnico en Mecanizado en el ámbito de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.
- 175-10 Proyecto de Orden por el que se establece el currículo del ciclo formativo de grado superior correspondiente al título de Técnico Superior en Educación Infantil en el ámbito de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.
- 176-10 Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hija, debida a accidente escolar.
- 177-10 Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hijo, debida a accidente escolar.
- 178-10 Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hija, debida a accidente escolar.
- 179-10 Revisión de oficio relativo al expediente de colegiación de odontólogo de x.

- 180-10 Proyecto de Orden por el que se establece el currículo del ciclo formativo correspondiente al título de Técnico en Cocina y Gastronomía en el ámbito de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.
- 181-10 Proyecto de Orden por el que se establece el currículo del ciclo formativo de grado superior correspondiente al título de Técnico Superior en Laboratorio de Análisis y de Control de Calidad en el ámbito de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.
- 182-10 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.
- 183-10 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.
- 184-10 Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hija, debida a accidente escolar.
- 185-10 Revisión de oficio del acto administrativo por el que se concede plaza en la Universidad de Murcia, para cursar los estudios del primer curso de Grado en Enfermería, a x.
- 186-10 Proyecto de Orden por el que se establece el currículo del ciclo formativo de grado superior correspondiente al título de Técnico Superior en Vitivinicultura en el ámbito de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.
- 187-10 Proyecto de Orden por el que se establece el currículo del título de Técnico en Planta Química en el ámbito de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.
- 188-10 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.
- 189-10 Responsabilidad patrimonial instada por x y otros, siendo la afectada x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.
- 190-10 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.
- 191-10 Revisión de Oficio del expediente de licencia de obras para la construcción de vivienda unifamiliar y cochera promovida por x en Santiago de la Ribera, municipio de San Javier.
- 192-10 Proyecto de Orden por el que se establece el currículo del título de Técnico en Farmacia y Parafarmacia en el ámbito de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia .
- 193-10 Proyecto de Orden por el que se establece el currículo del ciclo formativo de grado medio correspondiente al título de Técnico en Carrocería en el ámbito de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.
- 194-10 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.
- 195-10 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.
- 196-10 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.
- 197-10 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por rotura de gafas durante su labor como monitora de comedor.

- 198-10 Proyecto de Orden por el que se establece el currículo del ciclo formativo de grado medio correspondiente al título de Técnico en Emergencias Sanitarias en el ámbito de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.
- 199-10 Proyecto de Orden por el que se establece el currículo del ciclo formativo de grado superior correspondiente al título de Técnico Superior en Programación de la Producción de Fabricación Mecánica en el ámbito de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.
- 200-10 Anteproyecto de decreto legislativo por el que se aprueba el texto refundido de las disposiciones legales vigentes en la Región de Murcia en materia de tributos cedidos.
- 201-10 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.
- 202-10 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.
- 203-10 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.
- 204-10 Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hijo, debida a accidente escolar.
- 205-10 Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hijo, debida a accidente escolar.
- 206-10 Responsabilidad patrimonial instada por X, en nombre y representación de su hija, debida a accidente escolar
- 207-10 Proyecto de Orden por el que se establece el currículo del ciclo formativo de grado superior correspondiente al título de Técnico Superior en Automoción en el ámbito de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.
- 208-10 Proyecto de Orden por el que se establece el currículo del ciclo formativo de grado medio correspondiente al título de Técnico en Sistemas Microinformáticos y Redes en el ámbito de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.
- 209-10 Anteproyecto de Ley de modificación de la regulación de los tributos propios de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.
- 210-10 Proyecto de Decreto de aprobación de la modificación nº 2 de las Directrices y Plan de Ordenación Territorial de la Región de Murcia.
- 211-10 Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hijo, debida a accidente escolar.
- 212-10 Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hijo, debida a accidente escolar.
- 213-10 Proyecto de Orden por el que se establece el currículo del ciclo formativo de grado superior correspondiente al título de Técnico Superior en Química Industrial en el ámbito de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.
- 214-10 Proyecto de Orden por el que se establece el currículo del ciclo formativo de grado medio correspondiente al título de Técnico en Servicios en Restauración en el ámbito de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.
- 215-10 Proyecto de Decreto por el que se regula el sistema de identificación de los centros, establecimientos y servicios sanitarios inscritos en el Registro de Recursos Sanitarios Regionales para garantizar el derecho de información de los usuarios.

- 216-10 Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de la empresa --, S.A., como consecuencia de los daños sufridos por la supuesta utilización de los bienes muebles suministrados a la Consejería.
- 217-10 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.
- 218-10 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.
- 219-10 Anteproyecto de Ley de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia para el ejercicio 2011.
- 220-10 Resolución de contrato formalizado con la mercantil --, S.L., por las obras de construcción de 26 Viviendas de Promoción Pública en la pedanía de Torreagüera (Murcia).
- 221-10 Revisión de oficio del expediente de contratación 113/2009 del Servicio Murciano de Salud, para la adjudicación del servicio de mantenimiento y soporte hardware y software de base del CPD corporativo y diversos hospitales.
- 222-10 Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hijo, debida a accidente escolar.
- 223-10 Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hija, debida a accidente escolar.
- 224-10 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad dentro del recinto escolar.
- 225-10 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.
- 226-10 Proyecto de Decreto por el que se modifican diversos decretos regionales para su adaptación a la Directiva 2006/123/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior.
- 227-10 Revisión de oficio interpuesta por x frente a órdenes dictadas en procesos selectivos de diversos cuerpos docentes.
- 228-10 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sociales.
- 229-10 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.
- 230-10 Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hijo, debida a accidente escolar
- 231-10 Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hijo, debida a accidente escolar.
- 232-10 Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hija, debida a accidente escolar.
- 233-10 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.
- 234-10 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.
- 235-10 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.
- 236-10 Proyecto de Orden por el que se establece el currículo del ciclo formativo de grado medio correspondiente al título de Técnico en Soldadura y Calderería en el ámbito de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.



- 237-10 Proyecto de Orden por el que se establece el currículo del ciclo formativo de grado superior correspondiente al título de Técnico Superior en Gestión de Alojamientos Turísticos en el ámbito de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.
- 238-10 Proyecto de Decreto por el que se modifica el Decreto nº 284/2008, de 19 de septiembre, que regula la competencia para resolver los expedientes sancionadores sobre infracciones en el orden social en el ámbito de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.
- 239-10 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.
- 240-10 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.
- 241-10 Revisión de oficio instada por x, contra la Resolución de 29 de enero de 2008 del Director Gerente del Servicio Murciano de Salud, recaída en el expediente disciplinario 1/2007.
- 242-10 Responsabilidad Patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por la cabra montés en fincas de almendros de su propiedad.
- 243-10 Reconocimiento de obligaciones y propuestas de pago de diversos expedientes de la Consejería de Agricultura y Agua. Dirección General de Patrimonio Natural y Biodiversidad.
- 244-10 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.
- 245-10 Proyecto de Orden por el que se establece el currículo del ciclo formativo de grado superior correspondiente al título de Técnico Superior en Eficiencia Energética y Energía Solar Térmica en el ámbito de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.
- 246-10 Reconocimiento de la obligación y propuesta de pago derivada de la encomienda de gestión relativa a los "Servicios de Prevención y Extinción de Incendios de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.
- 247-10 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.
- 248-10 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.
- 249-10 Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hijo, debida a accidente escolar.
- 250-10 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.
- 251-10 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.
- 252-10 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.
- 253-10 Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hijo, debida a accidente escolar.
- 254-10 Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hija, como consecuencia de los daños sufridos en accidente con su vehículo en recinto escolar.

- 255-10 Revisión de oficio de diversos Acuerdos de Pleno por los que se aprueba un Convenio Urbanístico con la mercantil --, S.L., y la posterior subrogación con la mercantil --, S.L.
- 256-10 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.
- 257-10 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos durante el desarrollo de su actividad como profesor de educación física.
- 258-10 Resolución de contrato formalizado con la entidad mercantil --, S.L., para la construcción de un centro educativo en Dolores de Pacheco.
- 259-10 Responsabilidad Patrimonial instada por x en nombre y representación de su hijo, debida a accidente escolar.
- 260-10 Proyecto de Orden por el que se establece el currículo del ciclo formativo de grado medio correspondiente al título de Técnico en Instalaciones Eléctricas y Automáticas en el ámbito de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.
- 261-10 Proyecto de Orden por la que se modifica la Orden de 17 de mayo de 2007, de la Consejería de Sanidad, por la se que 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.
- 262-10 Resolución del contrato de consultoría y asistencia técnica para la redacción del proyecto y dirección de obras y coordinación de seguridad y salud de la reforma y ampliación 2ª fase del Hospital Virgen del Castillo de Yecla.
- 263-10 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.
- 264-10 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.
- 265-10 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.
- 266-10 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.
- 267-10 Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hijo, debida a accidente escolar.
- 268-10 Reconocimiento de obligación y propuesta de pago derivado de la encomienda de gestión relativa al Servicio de Defensa contra Incendios Forestales en la Región de Murcia durante agosto de 2008, con omisión del trámite de fiscalización previa.
- 269-10 Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hijo, debida a accidente escolar.
- 270-10 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.
- 271-10 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños y perjuicios sufridos por anormal funcionamiento de los servicios dependientes de la Consejería de Obras Públicas y Ordenación del Territorio.
- 272-10 Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hijo x, debida a accidente escolar
- 273-10 Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hijo x, debida a accidente escolar.
- 274-10 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad

275-10      Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.



## ÍNDICE POR TÍTULOS COMPETENCIALES

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

#### CONSULTAS FACULTATIVAS (Total 2)

- 85-10 Consulta Facultativa relativa a la conformidad a derecho de la valoración efectuada por los Servicios Municipales sobre el contrato adjudicado a la mercantil x, por el que el Ayuntamiento de San Javier adquirió unos terrenos para la construcción del nuevo Hospital Comarcal que, finalmente no fueron destinados a dicho fin.
- 140-10 Consulta facultativa sobre el procedimiento de elaboración del Plan de Gestión y Conservación de la ZEPA de Almenara, Moreras y Cabo Cope.

#### CONSULTAS PRECEPTIVAS (Total 273)

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

##### Anteproyectos de ley (4)

- 114-10 Anteproyecto de Ley por el que se modifica la Ley 14/2009, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia para el ejercicio 2010.
- 168-10 Anteproyecto de Ley del derecho de admisión en espectáculos públicos, actividades recreativas y establecimientos públicos de la Región de Murcia.
- 209-10 Anteproyecto de Ley de modificación de la regulación de los tributos propios de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.
- 219-10 Anteproyecto de Ley de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia para el ejercicio 2011.

##### Proyectos de decretos legislativos (1)

- 200-10 Anteproyecto de Decreto Legislativo por el que se aprueba el texto refundido de las disposiciones legales vigentes en la Región de Murcia en materia de tributos cedidos.

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

##### 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 (41)

- 07-10 Proyecto de Decreto por el que se desarrolla en la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia el Real Decreto 1892/2008, de 14 de Noviembre, por el que se regulan las condiciones de acceso a las enseñanzas universitarias oficiales de grado y los procedimientos de admisión a las universidades públicas españolas.
- 23-10 Proyecto de Orden por la que se regula el libro de explotación acuícola en la Región de Murcia.
- 25-10 Proyecto de Decreto por el que se aprueban las reglamentaciones específicas de los libros genealógicos de las siguientes razas autóctonas españolas en peligro de extinción: raza porcina chato murciano, raza bovina murciano levantina y raza aviar gallina murciana.

- 36-10 Proyecto de Decreto por el que se regula la atribución de competencias para el ejercicio de de la potestad sancionadora en materia de tasa láctea en el ámbito de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.
- 41-10 Proyecto de Decreto por el que se regula la Composición, la Organización y el Régimen de Funcionamiento del Observatorio de Igualdad.
- 63-10 Proyecto de Decreto por el que se establecen las condiciones sanitarias para el servicio de comedor escolar y medida de protección de la salud y fomento de hábitos alimentarios saludables en los centros docentes no universitarios.
- 83-10 Proyecto de Orden por la que se establecen los criterios para calificar de modalidad o especialidad deportiva a una determinada actividad, así como el procedimiento para su reconocimiento en el ámbito de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.
- 93-10 Proyecto de Decreto por el que se aprueba el catálogo de juegos y apuestas de la Región de Murcia.
- 100-10 Proyecto de Decreto por el que se determina la capacidad económica de las personas beneficiarias y se establece su participación en la financiación de las prestaciones económicas y servicios del sistema de autonomía y atención a la dependencia en la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.
- 102-10 Proyecto de Decreto por el que se aprueba el Reglamento del juego del bingo de la Región de Murcia y se modifica el Reglamento de máquinas recreativas y de azar de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.
- 105-10 Proyecto de Decreto por el que se modifican diversos artículos del Decreto 221/2006 y del Decreto 222/2006, del 27 de octubre de 2006, para su adaptación a la Directiva 2006/123/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior.
- 118-10 Proyecto de Decreto de atención al Ciudadano de la Administración Pública de la Región de Murcia.
- 139-10 Proyecto de Decreto por el que se establecen la intensidad de protección de los servicios, la cuantía de las prestaciones económicas, las condiciones de acceso y el régimen de compatibilidad de las prestaciones del sistema para la autonomía y atención a la dependencia en la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.
- 141-10 Proyecto de Decreto sobre medidas de simplificación documental en los procedimientos administrativos de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.
- 146-10 Proyecto de Decreto por el que se modifica el Decreto 5/2008, de 18 de enero, por el que se establece la ordenación de las enseñanzas de idiomas de Régimen Especial de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, y los currículos correspondientes a los niveles básico e intermedio.
- 150-10 Proyecto de Decreto por el que se aprueba el Reglamento de la Renta Básica de Inserción de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.
- 157-10 Proyecto de Orden por el que se establece el currículo del ciclo formativo correspondiente al título de Técnico en Panadería, Repostería y Confitería en el ámbito de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.
- 165-10 Proyecto de Decreto por el que se aprueba el reglamento de derechos y obligaciones de viajeros del transporte por carretera de la Región de Murcia.
- 174-10 Proyecto de Orden por el que se establece el currículo del ciclo formativo correspondiente al título de Técnico en Mecanizado en el ámbito de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.
- 175-10 Proyecto de Orden por el que se establece el currículo del ciclo formativo de grado superior correspondiente al título de Técnico Superior en Educación Infantil en el ámbito de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.

- 180-10 Proyecto de Orden por el que se establece el currículo del ciclo formativo correspondiente al título de Técnico en Cocina y Gastronomía en el ámbito de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.
- 181-10 Proyecto de Orden por el que se establece el currículo del ciclo formativo de grado superior correspondiente al título de Técnico Superior en Laboratorio de Análisis y de Control de Calidad en el ámbito de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.
- 186-10 Proyecto de Orden por el que se establece el currículo del ciclo formativo de grado superior correspondiente al título de Técnico Superior en Vitivinicultura en el ámbito de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.
- 187-10 Proyecto de Orden por el que se establece el currículo del título de Técnico en Planta Química en el ámbito de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.
- 192-10 Proyecto de Orden por el que se establece el currículo del título de Técnico en Farmacia y Parafarmacia en el ámbito de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.
- 193-10 Proyecto de Orden por el que se establece el currículo del ciclo formativo de grado medio correspondiente al título de Técnico en Carrocería en el ámbito de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.
- 198-10 Proyecto de Orden por el que se establece el currículo del ciclo formativo de grado medio correspondiente al título de Técnico en Emergencias Sanitarias en el ámbito de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.
- 199-10 Proyecto de Orden por el que se establece el currículo del ciclo formativo de grado superior correspondiente al título de Técnico Superior en Programación de la Producción de Fabricación Mecánica en el ámbito de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.
- 207-10 Proyecto de Orden por el que se establece el currículo del ciclo formativo de grado superior correspondiente al título de Técnico Superior en Automoción en el ámbito de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.
- 208-10 Proyecto de Orden por el que se establece el currículo del ciclo formativo de grado medio correspondiente al título de Técnico en Sistemas Microinformáticos y Redes en el ámbito de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.
- 210-10 Proyecto de Decreto de aprobación de la modificación nº 2 de las Directrices y Plan de Ordenación Territorial de la Región de Murcia.
- 213-10 Proyecto de Orden por el que se establece el currículo del ciclo formativo de grado superior correspondiente al título de Técnico Superior en Química Industrial en el ámbito de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.
- 214-10 Proyecto de Orden por el que se establece el currículo del ciclo formativo de grado medio correspondiente al título de Técnico en Servicios en Restauración en el ámbito de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.
- 215-10 Proyecto de Decreto por el que se regula el sistema de identificación de los centros, establecimientos y servicios sanitarios inscritos en el Registro de Recursos Sanitarios Regionales para garantizar el derecho de información de los usuarios.
- 226-10 Proyecto de Decreto por el que se modifican diversos decretos regionales para su adaptación a la Directiva 2006/123/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior.
- 236-10 Proyecto de Orden por el que se establece el currículo del ciclo formativo de grado medio correspondiente al título de Técnico en Soldadura y Calderería en el ámbito de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.

- 237-10 Proyecto de Orden por el que se establece el currículo del ciclo formativo de grado superior correspondiente al título de Técnico Superior en Gestión de Alojamientos Turísticos en el ámbito de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.
- 238-10 Proyecto de Decreto por el que se modifica el Decreto nº 284/2008, de 19 de septiembre, que regula la competencia para resolver los expedientes sancionadores sobre infracciones en el orden social en el ámbito de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.
- 245-10 Proyecto de Orden por el que se establece el currículo del ciclo formativo de grado superior correspondiente al título de Técnico Superior en Eficiencia Energética y Energía Solar Térmica en el ámbito de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.
- 260-10 Proyecto de Orden por el que se establece el currículo del ciclo formativo de grado medio correspondiente al título de Técnico en Instalaciones Eléctricas y Automáticas en el ámbito de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.
- 261-10 Proyecto de Orden por la que se modifica la Orden de 17 de mayo de 2007, de la Consejería de Sanidad, por la se que crean los precios públicos a aplicar por el Servicio Murciano de Salud, por la prestación de servicios sanitarios y por el suministro de productos

### **Revisión de oficio de los actos administrativos en los casos previstos por las Leyes (26)**

- 13-10 Revisión de oficio de la Orden dictada en expediente sancionador por infracción a la normativa en materia de prevención de riesgos laborales.
- 58-10 Revisión de oficio de las Órdenes de 27 de enero y 4 de marzo de 2003 de la Consejería de Economía y Hacienda, formulada por x.
- 59-10 Revisión de oficio de diversas Órdenes de la Consejería por la que se inadmitía a --, S.L., del concurso público para la concesión de frecuencias de radiodifusión sonora.
- 60-10 Revisión de oficio de diversas Órdenes de la Consejería por la que se inadmitía a --, S.L., del concurso público para la concesión de frecuencias de radiodifusión sonora.
- 61-10 Revisión de oficio de diversas Órdenes de la Consejería por la que se inadmitía a --, S.A., del concurso público para la concesión de frecuencias de radiodifusión sonora.
- 78-10 Revisión de oficio del acto administrativo por el que se concede plaza en la Universidad de Murcia, para cursar los estudios del primer curso de Grado en Enfermería, a x.
- 86-10 Revisión de oficio del Decreto de Alcaldía de 8 de junio de 2009, correspondiente al expediente de licencia de parcelación 5/09.
- 99-10 Revisión de oficio instada por x, en nombre y representación de la empresa --, S.A., contra la Orden de 14 de mayo de 2007 de la Consejería de Trabajo y Política Social y la Resolución de la Dirección General de Trabajo de 15 de junio de 2007, sobre ejecución de sentencia y pago en periodo voluntario de una sanción impuesta en materia de prevención de riesgos laborales.
- 104-10 Revisión de oficio del expediente de contratación 113/2009 del Servicio Murciano de Salud, para la adjudicación del servicio de mantenimiento y soporte hardware y software de base del CPD corporativo y diversos hospitales.
- 106-10 Revisión de oficio instada por x, contra liquidación complementaria por el concepto del impuesto de sucesiones.

- 107-10 Revisión de oficio del acuerdo plenario de 26-06-2006, por el que se aprobó definitivamente la modificación nº 1 del Plan Parcial "Los Cármenes", de las Torres de Cotillas.
- 130-10 Revisión de oficio del expediente sancionador tramitado contra x, por obras sin licencia en el polígono 184, parcela 28 de la huerta de Mula.
- 147-10 Revisión de oficio en relación con el tercer ejercicio de las pruebas selectivas para el acceso, por el turno libre, al Cuerpo de Auxiliares Administrativos, derivadas de la OPE 2004.
- 148-10 Revisión de oficio de diversos acuerdos de la Junta de Gobierno Local, por los que se ordena la ejecución forzosa de la sanción impuesta a la mercantil --, S.A., por el ejercicio de la actividad de fabricación de hormigón sin licencia.
- 152-10 Revisión de oficio del Acuerdo de Consejo de Gobierno de 7 de marzo de 2003, por el que se estima el recurso de alzada interpuesto por x, en nombre y representación de --, S.L., contra la Orden de 31 de enero de 2001, de la Consejería de Obras Públicas
- 160-10 Revisión de oficio de diversas Órdenes de la Consejería por la que se inadmitía a --, S.A., del concurso público para la concesión de frecuencias de radiodifusión sonora.
- 161-10 Revisión de oficio de diversas Órdenes de la Consejería por la que se inadmitía a --, S.L., del concurso público para la concesión de frecuencias de radiodifusión sonora.
- 169-10 Revisión de oficio de diversas Órdenes de la Consejería por la que se inadmitía a --, S.L., del concurso público para la concesión de frecuencias de radiodifusión sonora.
- 170-10 Revisión de oficio del Acuerdo de Pleno de fecha 28/10/2004, por el que se aprueba definitivamente el proyecto de Estudio de Detalle de un solar en la calle Gitanos de Puerto Lumbreras.
- 179-10 Revisión de oficio relativo al expediente de colegiación de odontólogo de X.
- 185-10 Revisión de oficio del acto administrativo por el que se concede plaza en la Universidad de Murcia, para cursar los estudios del primer curso de Grado en Enfermería, a x.
- 191-10 Revisión de Oficio del expediente de licencia de obras para la construcción de vivienda unifamiliar y cochera promovida por x en Santiago de la Ribera, municipio de San Javier.
- 221-10 Revisión de oficio del expediente de contratación 113/2009 del Servicio Murciano de Salud, para la adjudicación del servicio de mantenimiento y soporte hardware y software de base del CPD corporativo y diversos hospitales.
- 227-10 Revisión de oficio interpuesta por x. frente a órdenes dictadas en procesos selectivos de diversos cuerpos docentes.
- 241-10 Revisión de oficio instada por x, contra la Resolución de 29 de enero de 2008 del Director Gerente del Servicio Murciano de Salud, recaída en el expediente disciplinario 1/2007.
- 255-10 Revisión de oficio de diversos Acuerdos de Pleno por los que se aprueba un Convenio Urbanístico con la mercantil --, S.L., y la posterior subrogación con la mercantil --, S.L.

### **Nulidad, interpretación y resolución de los contratos administrativos y concesiones cuando se formule oposición por parte del contratista (12)**

- 09-10 Resolución de contrato formalizado por la mercantil -- y el Consorcio para la Gestión de los Residuos Sólidos de la R. M. (COGERSOL), por la gestión de los residuos sólidos de la Región de Murcia.



- 28-10 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.
- 40-10 Resolución de contrato formalizado con la mercantil --, S.L., sobre vestuarios en campo de fútbol de El Raal (Murcia).
- 45-10 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.
- 67-10 Resolución de contrato formalizado con la U.T.E. --, S.A., y --, S.A., por los servicios para la construcción de la nueva Casa Consistorial en el municipio de Las Torres de Cotillas.
- 74-10 Resolución de contrato formalizado con la mercantil --, S.L., por las obras de construcción y explotación del aparcamiento en el subsuelo de la plaza Doctor Fortún, en el municipio de Águilas.
- 111-10 Resolución de contrato formalizado con la U.T.E. --, S.A., y --, S.A., por los servicios para la construcción de la nueva Casa Consistorial en el municipio de Las Torres de Cotillas.
- 119-10 Resolución de contrato formalizado con la mercantil --, S.L., por las obras de ampliación y reforma del Centro de Salud de la Unión.
- 151-10 Resolución de contrato formalizado con la mercantil --, S.A., por los servicios de recogida de residuos sólidos urbanos y limpieza viaria en el municipio de Mula.
- 220-10 Resolución de contrato formalizado con la mercantil --, S.L., por las obras de construcción de 26 Viviendas de Promoción Pública en la pedanía de Torreagüera (Murcia).
- 258-10 Resolución de contrato formalizado con la entidad mercantil --, S.L., para la construcción de un centro educativo en Dolores de Pacheco.
- 262-10 Resolución del contrato de consultoría y asistencia técnica para la redacción del proyecto y dirección de obras y coordinación de seguridad y salud de la reforma y ampliación 2ª fase del Hospital Virgen del Castillo de Yecla.

**Modificación de contratos administrativos de cuantía superior al 20 % del precio inicial, siendo éste igual o superior a 100.000.000 de pesetas (0)**

**Reclamaciones que, en concepto de responsabilidad patrimonial, se formulen ante la Administración Regional (183)**

- 01-10 Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hija, debida a accidente escolar .
- 02-10 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.
- 03-10 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.
- 04-10 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por rotura de gafas durante su labor educativa.

- 05-10 Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hijo, debida a accidente escolar.
- 06-10 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por accidente en centro hospitalario.
- 10-10 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.
- 11-10 Responsabilidad Patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños físicos sufridos por caída en el paseo de la Barra de Cabo de Palos.
- 12-10 Responsabilidad patrimonial instada por x en nombre y representación de su hijo x, debido a accidente escolar
- 14-10 Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hija, debida a accidente escolar.
- 15-10 Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hija, debida a accidente escolar.
- 16-10 Responsabilidad Patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en arbolado de su propiedad.
- 17-10 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.
- 18-10 Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hijo, debida a accidente escolar.
- 19-10 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios dependientes de la Consejería de Obras Públicas y Ordenación del Territorio.
- 20-10 Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hijo, debida a accidente escolar
- 21-10 Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hijo, debida a accidente escolar.
- 22-10 Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hijo x, debida a accidente escolar.
- 24-10 Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hijo, debida a accidente escolar.
- 26-10 Responsabilidad patrimonial instada por x, en relación con el expediente sancionador tramitado por el Servicio de Registros Especiales y Espectáculos Públicos.
- 27-10 Responsabilidad patrimonial instada por x debida a accidente escolar.
- 29-10 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.
- 30-10 Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hijo, debida a accidente escolar.
- 31-10 Responsabilidad patrimonial instada por x en nombre y representación de x, debida a accidente de trabajo.
- 32-10 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.
- 33-10 Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hijo, debida a accidente escolar.

- 34-10 Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hijo, debida a accidente escolar.
- 35-10 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.
- 37-10 Responsabilidad patrimonial instada por x como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.
- 38-10 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en accidente de circulación.
- 39-10 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.
- 42-10 Responsabilidad patrimonial instada por x y otros, siendo la afectada x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.
- 43-10 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.
- 44-10 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.
- 46-10 Responsabilidad patrimonial instada por x, debida a accidente en centro de día de personas mayores.
- 47-10 Responsabilidad patrimonial instada por x y otro, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.
- 48-10 Responsabilidad patrimonial instada por x y otros, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.
- 49-10 Responsabilidad patrimonial instada por el Ayuntamiento de Bullas (Murcia), como consecuencia de los daños sufridos en la depuradora municipal de aguas, por las obras de la Autovía del Noroeste.
- 50-10 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.
- 51-10 Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hijo, debida a accidente escolar.
- 53-10 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.
- 54-10 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios de Registro de Entrada de la C.AR.M.
- 55-10 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.
- 56-10 Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hijo, debida a accidente escolar.
- 57-10 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por la intervención de la Administración en el sector cárnico.
- 62-10 Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hija, debida a accidente escolar.
- 64-10 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.

- 65-10 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.
- 66-10 Responsabilidad patrimonial instada por x., como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.
- 68-10 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en accidente de circulación.
- 69-10 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.
- 70-10 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.
- 71-10 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.
- 72-10 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sociales.
- 73-10 Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hijo, debida a accidente escolar.
- 75-10 Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hijo, debida a accidente escolar.
- 76-10 Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hija, debida a accidente escolar.
- 77-10 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en accidente de circulación.
- 79-10 Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hijo, debida a accidente escolar.
- 80-10 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.
- 81-10 Responsabilidad Patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.
- 82-10 Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hijo, debida a accidente escolar.
- 84-10 Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hijo, debida a accidente escolar.
- 87-10 Responsabilidad patrimonial instada por x, debida a accidente en centro de salud.
- 88-10 Responsabilidad Patrimonial instada por x en nombre y representación de su hijo, debida a accidente escolar.
- 89-10 Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hija, debida a accidente escolar.
- 90-10 Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hija, debida a accidente escolar.
- 91-10 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.
- 92-10 Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hija, debida a accidente escolar.

- 94-10 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.
- 95-10 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por accidente en centro hospitalario.
- 96-10 Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hijo, debida a accidente escolar.
- 97-10 Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hijo, debida a accidente escolar.
- 98-10 Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hijo , debida a accidente escolar.
- 101-10 Responsabilidad Patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.
- 103-10 Responsabilidad Patrimonial instada por x en representación de x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.
- 108-10 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.
- 109-10 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.
- 110-10 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.
- 112-10 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.
- 113-10 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.
- 115-10 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.
- 116-10 Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hijo, debida a accidente escolar.
- 117-10 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.
- 120-10 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en una parcela de su propiedad por la tala de pino carrasco.
- 121-10 Responsabilidad patrimonial instada por x y otra, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.
- 122-10 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios
- 123-10 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.
- 124-10 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.
- 125-10 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.
- 126-10 Responsabilidad patrimonial instada por x, debida a accidente deportivo.

- 127-10 Responsabilidad Patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.
- 128-10 Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hijo, debida a accidente escolar.
- 129-10 Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hija, debida a accidente escolar.
- 131-10 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios tributarios. .
- 132-10 Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hijo, debida a accidente escolar.
- 133-10 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.
- 134-10 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.
- 135-10 Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hijo, debida a accidente escolar.
- 136-10 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.
- 137-10 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.
- 138-10 Responsabilidad patrimonial instada por x, en representación de la mercantil --,S.A., por los daños producidos como consecuencia del accidente de circulación de la asegurada x.
- 142-10 Responsabilidad patrimonial instada por x en nombre y representación de x y otros, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.
- 143-10 Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hija, debida a accidente escolar.
- 144-10 Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hija, debida a accidente escolar.
- 145-10 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.
- 149-10 Responsabilidad patrimonial instada por x, debida a accidente en centro universitario.
- 153-10 Responsabilidad patrimonial instada por x y otra, en nombre propio y en representación de sus hijos, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.
- 154-10 Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hija, debida a accidente escolar.
- 155-10 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.
- 158-10 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.
- 159-10 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.

- 162-10 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.
- 163-10 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.
- 164-10 Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hijo, debida a accidente escolar.
- 166-10 Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hijo, debida a accidente escolar.
- 167-10 Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hija, debida a accidente escolar.
- 171-10 Responsabilidad patrimonial instada por x y otros, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.
- 172-10 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.
- 173-10 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.
- 176-10 Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hija, debida a accidente escolar.
- 177-10 Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hijo, debida a accidente escolar.
- 178-10 Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hija, debida a accidente escolar.
- 182-10 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.
- 183-10 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.
- 184-10 Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hija, debida a accidente escolar.
- 188-10 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.
- 189-10 Responsabilidad patrimonial instada por x y otros, siendo la afectada x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.
- 190-10 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.
- 194-10 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.
- 195-10 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.
- 196-10 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.
- 197-10 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por rotura de gafas durante su labor como monitora de comedor.
- 201-10 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.

- 202-10 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.
- 203-10 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.
- 204-10 Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hijo, debida a accidente escolar.
- 205-10 Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hijo, debida a accidente escolar.
- 206-10 Responsabilidad patrimonial instada por X, en nombre y representación de su hija, debida a accidente escolar.
- 211-10 Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hijo, debida a accidente escolar.
- 212-10 Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hijo, debida a accidente escolar.
- 216-10 Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de la empresa -, S.A., como consecuencia de los daños sufridos por la supuesta utilización de los bienes muebles suministrados a la Consejería.
- 217-10 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.
- 218-10 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.
- 222-10 Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hijo, debida a accidente escolar.
- 223-10 Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hija, debida a accidente escolar.
- 224-10 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad dentro del recinto escolar.
- 225-10 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.
- 228-10 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sociales.
- 229-10 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.
- 230-10 Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hijo, debida a accidente escolar
- 231-10 Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hijo, debida a accidente escolar.
- 232-10 Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hija, debida a accidente escolar.
- 233-10 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.
- 234-10 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.
- 235-10 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.



- 239-10 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.
- 240-10 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.
- 242-10 Responsabilidad Patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por la cabra montesa en fincas de almendros de su propiedad.
- 244-10 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.
- 247-10 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.
- 248-10 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.
- 249-10 Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hijo, debida a accidente escolar.
- 250-10 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.
- 251-10 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.
- 252-10 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.
- 253-10 Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hijo, debida a accidente escolar.
- 254-10 Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hija, como consecuencia de los daños sufridos en accidente con su vehículo en recinto escolar.
- 256-10 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.
- 257-10 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos durante el desarrollo de su actividad como profesor de educación física.
- 259-10 Responsabilidad Patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hijo, debida a accidente escolar
- 263-10 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.
- 264-10 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.
- 265-10 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.
- 266-10 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios
- 267-10 Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hijo, debida a accidente escolar.
- 269-10 Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hijo, debida a accidente escolar.
- 270-10 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.

- 271-10 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños y perjuicios sufridos por anormal funcionamiento de los servicios dependientes de la Consejería de Obras Públicas y Ordenación del Territorio.
- 272-10 Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hijo x., debida a accidente escolar
- 273-10 Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hijo x, debida a accidente escolar.
- 274-10 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad
- 275-10 Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.

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

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

### **Propuestas que se proyecte elevar al Consejo de Gobierno sobre reconocimiento de obligaciones o gastos fundamentales en la omisión de la intervención previa de los mismos (5)**

- 08-10 Reconocimiento de obligaciones contraídas por la convocatoria de subvenciones para la compensación económica de árbitros en las elecciones sindicales, sin el trámite de fiscalización previa.
- 156-10 Reconocimiento de obligaciones contraídas por la concesión de ayudas para la gestión sostenible de los recursos naturales en montes privados en la Región de Murcia, con omisión del trámite de fiscalización previa.
- 243-10 Reconocimiento de obligaciones y propuestas de pago de diversos expedientes de la Consejería de Agricultura y Agua. Dirección General de Patrimonio Natural y Biodiversidad.
- 246-10 Reconocimiento de la obligación y propuesta de pago derivada de la encomienda de gestión relativa a los "Servicios de Prevención y Extinción de Incendios de la CARM".
- 268-10 Reconocimiento de obligación y propuesta de pago derivado de la encomienda de gestión relativa al Servicio de Defensa contra Incendios Forestales en la Región de Murcia durante agosto de 2008, con omisión del trámite de fiscalización previa,

### **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 (1)**

- 52-10 Resolución de discrepancias entre la Intervención General y la Consejería de Sanidad y Consumo en el expediente: "Proyecto modificado Nº 1 de las obras de construcción de un centro de salud en Cieza".

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

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

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

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



## Índice de referencias normativas

### ÁMBITOS

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

### ORGANIZACIÓN DE LAS DISPOSICIONES

1. Pacto Internacional
2. Convenio Internacional
3. Tratado Internacional
4. Tratado de la C.E.
5. Directiva de la C.E.
6. Reglamento Comunitario
7. Constitución Española de 27 de diciembre de 1978
8. Estatutos de Autonomía
9. 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, tanto la disposición como los artículos citados aparecen resaltados en negrita para facilitar su localización, ordenándose por fecha de publicación. Asimismo, se agrupan los dictámenes en los que se hace referencia a dicha disposición.

## ÁMBITO 1.- Normativa Comunitaria

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

#### **Tratado de la Unión Europea (1992)**

Artículo 43: 105-10, 226-10. Artículo 49: 105-10, 226-10. Artículo 50: 105-10.

### 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: 140-10. Artículo 2: 152-10. Artículo 3: 152-10. Artículo 4: 152-10.

#### **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.**

Artículo 6: 140-10, 152-10.

#### **92/51/CEE del Consejo de 18 de junio de 1992 relativa a un segundo sistema general de reconocimiento de formaciones profesionales, que completa la Directiva 89/48/CEE.**

Genérico: 226-10.

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

Artículo 62: 226-10.

#### **2006/88/CE del Consejo, de 24 de octubre de 2006, relativa a los requisitos zoonosanitarios de los animales y de los productos de la acuicultura, y a la prevención y el control de determinadas enfermedades de los animales acuáticos.**

Genérico: 23-10.

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

Genérico: 102-10. Artículo 2: 105-10. Artículo 3: 226-10. Artículo 4: 105-10. Artículo 9: 226-10. Artículo 17: 226-10. Artículo 19: 226-10. Artículo 23: 226-10.

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

Artículo 2: 140-10. Artículo 3: 140-10. Artículo 4: 140-10. Artículo 18: 152-10.

### 06.-Reglamento Comunitario

#### **(CEE) Nº 1408/71 del Consejo de 14 de junio de 1971, relativo a la aplicación de los regímenes de seguridad social a los trabajadores por cuenta ajena y a sus familiares que se desplacen dentro de la Comunidad.**

Genérico: 261-10.

#### **(CEE) Nº 574/72 del Consejo de 21 de marzo de 1972, por el que se establecen las modalidades de aplicación del Reglamento (CEE) nº 1408/71 relativo a la aplicación de los regímenes de seguridad social a los trabajadores por cuenta ajena y a sus familiares que se desplacen dentro de la Comunidad.**

Genérico: 261-10.

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

Genérico: 63-10.

**(CE) Nº 883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de abril de 2004, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social.**

Artículo 19: 261-10. Artículo 89: 261-10. Artículo 91: 261-10.

**(CE) Nº 987/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de septiembre de 2009 por el que se adoptan las normas de aplicación del Reglamento (CE) Nº 883/2004, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social.**

Artículo 25: 261-10. Artículo 96: 261-10. Artículo 97: 261-10.

## ÁMBITO 2.- Normativa Estatal

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

Artículo 1: 140-10. Artículo 9: 58-10, 118-10, 152-10, 157-10, 175-10, 191-10, 208-10, 219-10, 238-10. Artículo 14: 30-10, 58-10, 59-10, 60-10, 61-10, 106-10, 147-10, 160-10, 161-10, 169-10, 227-10, 241-10. Artículo 16: 241-10. Artículo 18: 30-10, 241-10. Artículo 20: 59-10, 60-10, 61-10, 160-10, 161-10, 169-10. Artículo 23: 147-10, 227-10. Artículo 24: 16-10, 72-10, 109-10, 113-10, 142-10, 150-10, 218-10, 241-10. Artículo 25: 241-10. Artículo 27: 07-10, 30-10, 146-10, 157-10, 208-10. Artículo 29: 58-10. Artículo 31: 25-10, 140-10, 141-10, 157-10, 208-10. Artículo 33: 85-10. Artículo 43: 02-10, 03-10, 10-10, 30-10, 39-10, 42-10, 43-10, 50-10, 63-10, 65-10, 69-10, 71-10, 83-10, 94-10, 108-10, 109-10, 110-10, 113-10, 115-10, 122-10, 124-10, 125-10, 133-10, 134-10, 137-10, 145-10, 155-10, 159-10, 172-10, 173-10, 182-10, 183-10, 188-10, 189-10, 190-10, 201-10, 202-10, 203-10, 215-10, 218-10, 234-10, 256-10, 263-10, 265-10, 266-10, 275-10. Artículo 51: 63-10, 93-10. Artículo 53: 58-10, 102-10, 147-10, 160-10, 161-10, 169-10, 227-10. Artículo 66: 219-10. Artículo 71: 141-10. Artículo 81: 58-10. Artículo 97: 41-10, 157-10, 175-10, 208-10. Artículo 103: 25-10, 140-10, 141-10, 147-10, 151-10, 157-10, 175-10, 208-10, 227-10. Artículo 105: 24-10, 59-10, 60-10, 61-10, 130-10, 140-10, 141-10. Artículo 106: 02-10, 03-10, 10-10, 16-10, 31-10, 37-10, 39-10, 42-10, 43-10, 48-10, 50-10, 57-10, 65-10, 69-10, 71-10, 72-10, 94-10, 108-10, 109-10, 110-10, 113-10, 115-10, 122-10, 124-10, 125-10, 126-10, 133-10, 134-10, 137-10, 142-10, 145-10, 153-10, 155-10, 159-10, 171-10, 172-10, 182-10, 183-10, 188-10, 189-10, 190-10, 201-10, 203-10, 218-10, 222-10, 234-10, 239-10, 251-10, 256-10, 263-10, 264-10, 265-10, 266-10, 275-10. Artículo 133: 209-10. Artículo 134: 219-10. Artículo 137: 152-10. Artículo 140: 152-10. Artículo 148: 83-10, 100-10. Artículo 149: 07-10, 16-10, 25-10, 36-10, 63-10, 100-10, 102-10, 114-10, 114-10, 118-10, 141-10, 146-10, 150-10, 215-10, 226-10, 242-10. Artículo 152: 118-10. Artículo 156: 114-10, 114-10.

### 08.-Estatutos de Autonomía

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

Artículo 10: 23-10, 25-10, 41-10, 83-10, 93-10, 100-10, 102-10, 105-10, 118-10, 141-10, 165-10, 168-10, 226-10. Artículo 11: 93-10, 215-10, 238-10. Artículo 12: 238-10. Artículo 15: 25-10. Artículo 16: 07-10, 146-10, 157-10, 175-10. Artículo 32: 07-10, 25-10, 41-10, 100-10, 105-10, 118-10, 139-10, 141-10, 146-10, 157-10, 175-10, 208-10, 215-10, 226-10. Artículo 43: 209-10. Artículo 46: 219-10. Artículo 51: 118-10. Artículo 52: 118-10.

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

Artículo 11: 63-10.

#### Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, de reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía.

Artículo 81: 93-10.

### 09.-Ley Orgánica

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

Genérico: 209-10. Artículo 14: 219-10.

#### 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

Artículo 8: 241-10.

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

Artículo 110: 54-10. Artículo 142: 54-10.

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

Genérico: 146-10.

**5/1987, de 30 de julio, de Delegación de Facultades del Estado en las Comunidades Autónomas en relación con los transportes por carretera y por cable.**

Genérico: 165-10.

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

Artículo 23: 26-10.

**9/1992, de 23 de diciembre, de transferencia de competencias a Comunidades Autónomas que accedieron a la autonomía por la vía del artículo 143 de la Constitución.**

Genérico: 168-10.

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

Genérico: 118-10. Artículo 6: 113-10. Artículo 7: 113-10. Artículo 11: 113-10. Artículo 18: 113-10.

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

Genérico: 141-10.

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

Artículo 3: 58-10. Artículo 7: 58-10. Artículo 8: 58-10. Artículo 9: 58-10. Artículo 11: 58-10. Artículo 12: 58-10.

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

Genérico: 114-10, 114-10, 219-10.

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

Genérico: 185-10. Artículo 20: 78-10. Artículo 42: 07-10.

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

Artículo 8: 157-10, 174-10, 175-10, 180-10, 181-10, 186-10, 187-10, 192-10, 193-10, 198-10, 199-10, 207-10, 208-10, 213-10, 214-10, 236-10, 237-10, 245-10, 260-10. Artículo 9: 157-10, 175-10, 208-10. Artículo 10: 157-10, 174-10, 175-10, 180-10, 181-10, 186-10, 187-10, 192-10, 193-10, 198-10, 199-10, 207-10, 208-10, 213-10, 214-10, 236-10, 245-10, 260-10.

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

Genérico: 44-10, 128-10. Artículo 6: 146-10, 157-10, 174-10, 175-10, 180-10, 181-10, 186-10, 187-10, 192-10, 193-10, 198-10, 199-10, 207-10, 208-10, 213-10, 214-10, 236-10, 237-10, 245-10, 260-10. Artículo 38: 07-10. Artículo 39: 157-10, 175-10, 208-10. Artículo 44: 157-10, 175-10, 208-10. Artículo 59: 146-10. Artículo 61: 146-10. Artículo 94: 157-10, 174-10, 175-10, 180-10, 181-10, 186-10, 187-10, 192-10, 193-10, 198-10, 199-10, 207-10, 208-10, 213-10, 214-10, 236-10, 237-10, 245-10, 260-10. Artículo 95: 157-10, 174-10, 175-10, 180-10, 181-10, 186-10, 187-10, 192-10, 193-10, 198-10, 199-10, 207-10, 208-10, 213-10, 214-10, 236-10, 237-10, 245-10, 260-10. Artículo 117: 114-10, 114-10, 219-10. Artículo 133: 07-10. Artículo 134: 07-10.

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

Genérico: 78-10, 185-10.



## 10.-Ley

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

Artículo **108**: 72-10. Artículo **641**: 147-10. Artículo **789**: 147-10.

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

Artículo **47**: 120-10. Artículo **54**: 85-10.

### **8 de junio de 1957, sobre el Registro Civil**

Artículo **83**: 241-10. Artículo **85**: 241-10.

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

Artículo **47**: 147-10. Artículo **106**: 148-10. Artículo **109**: 147-10.

### **1/1970, de 4 de abril, de caza.**

Genérico: 242-10.

### **22/1973, de 21 de julio, de Minas.**

Artículo **116**: 238-10. Artículo **117**: 238-10.

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

Artículo **18**: 113-10.

### **25/1983, de 26 de diciembre, sobre incompatibilidades de altos cargos.**

Genérico: 58-10.

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

Artículo **21**: 107-10. Artículo **22**: 107-10, 151-10. Artículo **25**: 63-10, 121-10, 150-10, 244-10.

Artículo **26**: 103-10, 244-10. Artículo **53**: 86-10, 107-10, 170-10, 191-10, 255-10. Artículo **60**: 168-10. Artículo **65**: 170-10. Artículo **70**: 152-10, 191-10. Artículo **110**: 86-10, 107-10.

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

Genérico: 215-10.

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

Genérico: 02-10, 03-10, 10-10, 39-10, 42-10, 43-10, 50-10, 65-10, 69-10, 71-10, 94-10, 109-10, 110-10, 115-10, 122-10, 124-10, 125-10, 133-10, 134-10, 145-10, 155-10, 159-10, 183-10, 188-10, 190-10, 201-10, 202-10, 203-10, 218-10, 256-10, 265-10, 266-10.

Artículo **2**: 63-10, 215-10. Artículo **6**: 63-10. Artículo **8**: 57-10. Artículo **9**: 37-10, 113-10, 263-10.

Artículo **10**: 37-10, 108-10, 113-10, 172-10, 173-10, 189-10, 234-10, 263-10. Artículo **16**: 261-10.

Artículo **18**: 57-10, 63-10. Artículo **26**: 57-10. Artículo **29**: 215-10. Artículo **31**: 215-10. Artículo **42**:

63-10. Artículo **57**: 215-10. Artículo **67**: 137-10. Artículo **69**: 215-10. Artículo **83**: 261-10.

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

Artículo **40**: 165-10. Artículo **41**: 165-10.

### **31/1987, de 18 de diciembre, de Ordenación de las Telecomunicaciones.**

Artículo **23**: 169-10. Artículo **26**: 160-10, 161-10.

### **8/1988, de 7 de abril, sobre infracciones y sanciones en el orden social.**

Genérico: 238-10.

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

Artículo 5: 102-10.

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

Artículo 20: 140-10.

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

Genérico: 83-10. Artículo 19: 105-10.

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

Artículo 33: 58-10.

**23/1992, de 30 de julio, de Seguridad Privada.**

Genérico: 168-10.

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

Artículo 1: 191-10. Artículo 2: 54-10, 78-10, 141-10, 179-10, 185-10, 191-10. Artículo 4: 54-10, 57-10. Artículo 12: 08-10. Artículo 13: 118-10, 130-10. Artículo 14: 99-10. Artículo 19: 118-10. Artículo 20: 103-10, 185-10. Artículo 22: 07-10. Artículo 26: 100-10. Artículo 28: 142-10, 241-10. Artículo 29: 142-10. Artículo 31: 31-10, 39-10, 42-10, 57-10, 59-10, 60-10, 61-10, 72-10, 94-10, 113-10, 133-10, 134-10, 147-10, 149-10, 163-10, 203-10, 228-10, 248-10, 254-10. Artículo 32: 02-10, 35-10, 57-10, 118-10, 120-10, 171-10, 178-10, 222-10, 225-10, 251-10, 264-10. Artículo 33: 80-10. Artículo 35: 67-10, 111-10, 118-10, 141-10, 150-10. Artículo 37: 113-10, 118-10. Artículo 38: 54-10, 118-10.

Artículo 39: 253-10. Artículo 42: 03-10, 09-10, 16-10, 32-10, 39-10, 40-10, 49-10, 67-10, 78-10, 86-10, 87-10, 94-10, 95-10, 104-10, 107-10, 110-10, 111-10, 113-10, 118-10, 130-10, 133-10, 134-10, 137-10, 142-10, 150-10, 151-10, 170-10, 185-10, 217-10, 220-10, 221-10, 227-10, 234-10, 250-10, 252-10, 255-10, 256-10, 258-10, 262-10. Artículo 43: 03-10, 09-10, 16-10, 39-10, 142-10.

Artículo 44: 67-10, 111-10, 170-10, 258-10, 262-10. Artículo 45: 141-10. Artículo 46: 118-10.

Artículo 49: 151-10. Artículo 53: 08-10. Artículo 54: 241-10. Artículo 58: 99-10. Artículo 59: 99-10, 118-10, 147-10, 185-10. Artículo 62: 13-10, 58-10, 59-10, 60-10, 61-10, 78-10, 85-10, 86-10, 99-10, 106-10, 107-10, 130-10, 147-10, 148-10, 150-10, 152-10, 160-10, 161-10, 169-10, 170-10, 179-10, 185-10, 191-10, 221-10, 227-10, 241-10, 255-10. Artículo 63: 58-10, 120-10, 152-10, 227-10, 241-10. Artículo 66: 78-10, 107-10, 151-10, 262-10. Artículo 67: 255-10. Artículo 68: 83-10. Artículo 70: 23-10, 118-10, 226-10, 254-10. Artículo 71: 35-10, 102-10, 118-10, 150-10, 217-10, 226-10, 254-10. Artículo 73: 48-10, 99-10. Artículo 74: 16-10. Artículo 76: 24-10, 150-10, 212-10. Artículo 78: 49-10, 138-10, 141-10, 150-10, 166-10, 196-10, 255-10, 269-10. Artículo 79: 227-10. Artículo 80: 09-10, 24-10, 31-10, 103-10, 113-10, 120-10, 138-10, 142-10, 227-10, 255-10. Artículo 81: 142-10, 227-10. Artículo 82: 141-10, 227-10, 255-10. Artículo 83: 83-10, 104-10, 227-10. Artículo 84: 24-10, 35-10, 59-10, 60-10, 61-10, 103-10, 111-10, 113-10, 130-10, 227-10, 235-10, 255-10. Artículo 87: 147-10. Artículo 88: 255-10. Artículo 89: 16-10, 241-10. Artículo 92: 78-10, 170-10, 258-10, 262-10.

Artículo 94: 148-10. Artículo 95: 148-10. Artículo 96: 148-10. Artículo 98: 148-10. Artículo 99: 148-10. Artículo 102: 13-10, 58-10, 59-10, 60-10, 61-10, 78-10, 86-10, 99-10, 104-10, 106-10, 107-10, 130-10, 147-10, 148-10, 152-10, 160-10, 161-10, 169-10, 170-10, 179-10, 185-10, 191-10, 221-10, 227-10, 241-10, 255-10. Artículo 103: 86-10, 185-10, 191-10, 227-10, 255-10. Artículo 105: 130-10. Artículo 106: 85-10, 130-10, 152-10, 191-10. Artículo 107: 54-10, 147-10, 152-10. Artículo 118: 147-10, 152-10. Artículo 119: 152-10. Artículo 127: 238-10. Artículo 129: 23-10, 241-10. Artículo 131: 241-10. Artículo 136: 144-10. Artículo 139: 01-10, 02-10, 03-10, 04-10, 05-10, 06-10, 10-10, 11-10, 12-10, 14-10, 15-10, 16-10, 18-10, 19-10, 20-10, 21-10, 22-10, 24-10, 27-10, 29-10, 30-10, 31-10, 32-10, 33-10, 34-10, 35-10, 37-10, 38-10, 39-10, 42-10, 43-10, 44-10, 46-10, 47-10, 48-10, 49-10, 50-10, 51-10, 53-10, 54-10, 55-10, 56-10, 57-10, 62-10, 64-10, 65-10, 66-10, 68-10, 69-10, 70-10, 71-10, 72-10, 73-10, 75-10, 77-10, 79-10, 80-10, 81-10, 82-10, 84-10, 87-10, 88-10, 89-10, 90-10, 91-10, 92-10, 94-10, 95-10, 96-10, 97-10, 98-10, 101-10, 108-10, 109-10, 110-10, 112-10, 113-10,

115-10, 116-10, 117-10, 120-10, 121-10, 122-10, 123-10, 124-10, 125-10, 126-10, 127-10, 128-10, 129-10, 131-10, 132-10, 133-10, 134-10, 135-10, 136-10, 137-10, 138-10, 142-10, 143-10, 144-10, 145-10, 147-10, 149-10, 153-10, 154-10, 155-10, 158-10, 159-10, 162-10, 163-10, 164-10, 167-10, 171-10, 172-10, 173-10, 176-10, 177-10, 178-10, 182-10, 183-10, 184-10, 188-10, 189-10, 190-10, 191-10, 194-10, 195-10, 197-10, 201-10, 202-10, 203-10, 204-10, 205-10, 206-10, 211-10, 212-10, 217-10, 218-10, 222-10, 223-10, 224-10, 225-10, 228-10, 229-10, 230-10, 231-10, 232-10, 233-10, 234-10, 235-10, 239-10, 240-10, 242-10, 244-10, 247-10, 248-10, 249-10, 250-10, 251-10, 252-10, 254-10, 256-10, 257-10, 259-10, 263-10, 264-10, 265-10, 266-10, 267-10, 270-10, 272-10, 273-10, 274-10, 275-10. Artículo **140**: 44-10, 103-10, 121-10. Artículo **141**: 06-10, 10-10, 11-10, 16-10, 18-10, 27-10, 30-10, 32-10, 35-10, 37-10, 44-10, 47-10, 49-10, 54-10, 57-10, 64-10, 66-10, 68-10, 69-10, 77-10, 84-10, 91-10, 101-10, 113-10, 115-10, 117-10, 121-10, 122-10, 125-10, 126-10, 128-10, 133-10, 137-10, 138-10, 142-10, 147-10, 149-10, 153-10, 158-10, 171-10, 178-10, 182-10, 183-10, 189-10, 191-10, 194-10, 197-10, 201-10, 212-10, 222-10, 224-10, 225-10, 234-10, 235-10, 239-10, 240-10, 247-10, 251-10, 257-10, 263-10, 264-10, 270-10. Artículo **142**: 01-10, 02-10, 03-10, 05-10, 06-10, 10-10, 11-10, 12-10, 15-10, 16-10, 17-10, 18-10, 19-10, 20-10, 21-10, 22-10, 24-10, 26-10, 27-10, 29-10, 30-10, 31-10, 32-10, 33-10, 34-10, 35-10, 38-10, 39-10, 42-10, 43-10, 44-10, 46-10, 47-10, 48-10, 49-10, 50-10, 51-10, 54-10, 55-10, 56-10, 57-10, 62-10, 64-10, 65-10, 66-10, 68-10, 69-10, 71-10, 72-10, 73-10, 75-10, 76-10, 77-10, 79-10, 81-10, 82-10, 84-10, 88-10, 89-10, 90-10, 91-10, 92-10, 94-10, 95-10, 96-10, 97-10, 98-10, 101-10, 103-10, 108-10, 109-10, 110-10, 113-10, 115-10, 116-10, 117-10, 120-10, 121-10, 122-10, 123-10, 124-10, 125-10, 127-10, 128-10, 129-10, 131-10, 132-10, 133-10, 134-10, 135-10, 136-10, 137-10, 138-10, 142-10, 143-10, 144-10, 145-10, 147-10, 149-10, 154-10, 155-10, 158-10, 159-10, 162-10, 163-10, 164-10, 167-10, 171-10, 172-10, 173-10, 176-10, 177-10, 178-10, 182-10, 183-10, 184-10, 188-10, 189-10, 190-10, 195-10, 197-10, 201-10, 202-10, 203-10, 204-10, 205-10, 206-10, 211-10, 217-10, 218-10, 222-10, 223-10, 224-10, 225-10, 228-10, 229-10, 230-10, 231-10, 232-10, 233-10, 234-10, 235-10, 239-10, 242-10, 244-10, 248-10, 249-10, 250-10, 251-10, 252-10, 253-10, 254-10, 256-10, 259-10, 264-10, 265-10, 266-10, 267-10, 270-10, 272-10, 273-10, 274-10, 275-10. Artículo **144**: 242-10. Artículo **145**: 126-10, 179-10, 212-10. Artículo **146**: 05-10, 20-10, 21-10, 22-10, 30-10, 34-10, 62-10, 72-10, 73-10, 75-10, 92-10, 98-10, 116-10, 129-10, 132-10, 144-10, 154-10, 177-10, 222-10, 228-10, 230-10, 253-10. Artículo **149**: 123-10.

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

Genérico: 151-10. Artículo **98**: 16-10, 49-10.

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

Genérico: 06-10.

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

Artículo **7**: 238-10.

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

Artículo **24**: 150-10.

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

Artículo **9**: 152-10. Artículo **26**: 85-10. Artículo **65**: 152-10.

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

Artículo **2**: 179-10. Artículo **29**: 148-10. Artículo **36**: 87-10, 110-10, 133-10, 256-10. Artículo **46**: 16-10. Artículo **73**: 191-10. Artículo **105**: 99-10. Artículo **114**: 58-10.

**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: 121-10, 137-10, 227-10. Artículo **42**: 179-10. Artículo **102**: 78-10.

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

Artículo **217**: 03-10, 06-10, 19-10, 39-10, 44-10, 53-10, 55-10, 66-10, 70-10, 71-10, 72-10, 80-10, 87-10, 88-10, 95-10, 108-10, 120-10, 121-10, 123-10, 127-10, 129-10, 135-10, 136-10, 137-10, 138-10, 145-10, 172-10, 173-10, 189-10, 217-10, 229-10, 234-10, 235-10, 250-10, 252-10, 264-10.  
Artículo **283**: 31-10. Artículo **335**: 02-10, 03-10, 10-10, 39-10, 43-10, 50-10, 65-10, 69-10, 94-10, 109-10, 110-10, 112-10, 113-10, 115-10, 122-10, 125-10, 134-10, 142-10, 153-10, 155-10, 159-10, 171-10, 182-10, 183-10, 188-10, 190-10, 202-10, 203-10, 218-10, 229-10, 234-10, 239-10, 256-10, 263-10, 265-10, 266-10, 275-10. Artículo **348**: 263-10. Artículo **367**: 250-10. Artículo **377**: 248-10.  
Artículo **605**: 150-10. Artículo **607**: 150-10.

**6/2001, de 8 de mayo, de modificación del Real Decreto legislativo 1302/1986, de 28 de junio, de evaluación de impacto ambiental.**

Genérico: 152-10.

**11/2001, de 5 de julio, por la que se crea la Agencia Española de Seguridad Alimentaria y Nutrición.**

Genérico: 63-10.

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

Genérico: 114-10, 114-10.

**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: 37-10, 108-10, 172-10, 173-10, 215-10. Artículo **2**: 43-10. Artículo **4**: 43-10, 241-10.  
Artículo **5**: 241-10. Artículo **8**: 43-10.

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

Artículo **38**: 23-10.

**10/2003, de 20 de mayo, de medidas urgentes de liberalización en el sector inmobiliario y transportes.**

Genérico: 152-10.

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

Genérico: 45-10.

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

Artículo **4**: 145-10. Artículo **26**: 215-10. Artículo **27**: 215-10.

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

Artículo **37**: 74-10.

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

Artículo **23**: 141-10.

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

Genérico: 140-10.

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

Artículo **5**: 165-10.

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

Artículo **51**: 241-10. Artículo **52**: 241-10. Artículo **72**: 241-10.

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

Genérico: 200-10. Artículo **57**: 106-10. Artículo **134**: 106-10. Artículo **217**: 106-10.

**9/2006, de 28 de abril, sobre evaluación de los efectos de determinados planes y programas en el medio ambiente.**

Genérico: 210-10.

**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).**

Artículo **3**: 140-10. Artículo **17**: 140-10. Artículo **18**: 140-10.

**35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio.**

Artículo **28**: 150-10.

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

Artículo **1**: 100-10. Artículo **2**: 139-10. Artículo **5**: 100-10, 139-10. Artículo **8**: 100-10, 139-10. Artículo **9**: 100-10. Artículo **10**: 100-10, 139-10. Artículo **14**: 100-10, 139-10. Artículo **15**: 100-10, 139-10. Artículo **16**: 139-10. Artículo **17**: 139-10. Artículo **18**: 139-10. Artículo **19**: 139-10. Artículo **20**: 100-10, 139-10. Artículo **21**: 139-10. Artículo **22**: 139-10. Artículo **25**: 139-10. Artículo **27**: 100-10. Artículo **31**: 139-10. Artículo **33**: 100-10. Artículo **34**: 139-10.

**44/2006, de 29 de diciembre, de Mejora de la Protección de los Consumidores y Usuarios.**

Genérico: 63-10.

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

Artículo **38**: 114-10, 114-10. Artículo **54**: 241-10. Artículo **94**: 241-10.

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

Genérico: 85-10.

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

Artículo **6**: 118-10, 141-10. Artículo **9**: 118-10, 141-10. Artículo **24**: 118-10. Artículo **27**: 118-10. Artículo **28**: 118-10. Artículo **34**: 141-10. Artículo **41**: 141-10.

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

Genérico: 52-10, 67-10, 74-10, 111-10, 114-10, 114-10, 246-10, 258-10, 262-10, 268-10. Artículo **25**: 151-10. Artículo **27**: 221-10. Artículo **32**: 221-10. Artículo **34**: 221-10. Artículo **74**: 221-10. Artículo **88**: 247-10. Artículo **89**: 247-10. Artículo **130**: 150-10. Artículo **135**: 221-10. Artículo **154**: 221-10. Artículo **161**: 221-10. Artículo **162**: 221-10. Artículo **194**: 151-10. Artículo **195**: 151-10. Artículo **198**: 49-10, 70-10, 75-10, 247-10. Artículo **200**: 151-10. Artículo **206**: 216-10. Artículo **207**: 151-10. Artículo **208**: 45-10. Artículo **247**: 45-10. Artículo **262**: 151-10. Artículo **276**: 216-10.

**40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social.**

Artículo **5**: 139-10.

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

Artículo **21**: 140-10. Artículo **28**: 140-10. Artículo **35**: 140-10. Artículo **41**: 140-10. Artículo **48**: 140-10.

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

Artículo 2: 102-10, 105-10. Artículo 3: 105-10. Artículo 5: 226-10. Artículo 11: 226-10. Artículo 13: 226-10.

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

Genérico: 200-10. Artículo 65: 219-10.

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

Genérico: 105-10, 226-10.

Artículo 5: 102-10.

**29/2009, de 30 de diciembre, por la que se modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios.**

Genérico: 102-10.

**7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual.**

Genérico: 160-10, 161-10, 169-10.

**22/2010, de 16 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: 219-10.

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

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

Genérico: 114-10, 114-10, 139-10.

### **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.**

Genérico: 85-10. Artículo 111: 255-10.

**1302/1986, de 28 de junio, de evaluación de impacto ambiental**

Genérico: 152-10.

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

Artículo 9: 47-10. Artículo 11: 47-10. Artículo 19: 38-10, 47-10, 163-10, 244-10. Artículo 57: 16-10, 53-10, 80-10, 121-10, 163-10, 248-10.

**1/1992, de 26 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana.**

Artículo 255: 191-10.

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

Artículo 116: 31-10. Artículo 174: 139-10.

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

Artículo 4: 67-10, 151-10, 255-10. Artículo 5: 17-10, 67-10, 85-10. Artículo 7: 85-10. Artículo 11: 59-10, 60-10, 61-10, 160-10, 161-10, 169-10. Artículo 43: 11-10, 67-10. Artículo 44: 262-10. Artículo 47: 11-10. Artículo 55: 85-10. Artículo 59: 09-10, 17-10, 28-10, 67-10, 74-10, 111-10, 151-10, 258-10, 262-10. Artículo 61: 85-10. Artículo 62: 85-10. Artículo 64: 85-10. Artículo 65: 85-10. Artículo 67: 67-10. Artículo 79: 160-10, 161-10, 169-10. Artículo 95: 40-10, 67-10, 111-10, 119-10. Artículo 96: 67-10. Artículo 97: 49-10, 70-10, 75-10, 120-10, 121-10, 194-10. Artículo 98: 17-10, 40-10. Artículo 99: 45-10, 151-10. Artículo 101: 45-10, 52-10, 111-10. Artículo 102: 45-10. Artículo 110: 67-10. Artículo 111: 28-10, 40-10, 45-10, 67-10, 74-10, 85-10, 111-10, 119-10, 216-10. Artículo 112: 28-10, 40-10, 74-10. Artículo 113: 28-10, 40-10, 45-10, 67-10, 74-10, 111-10, 119-10, 216-10, 262-10. Artículo 114: 40-10. Artículo 129: 74-10. Artículo 142: 74-10. Artículo 144: 17-10, 40-10. Artículo 146: 67-10, 111-10. Artículo 151: 40-10, 111-10. Artículo 161: 17-10. Artículo 167: 09-10, 151-10. Artículo 182: 216-10. Artículo 193: 216-10. Artículo 196: 262-10. Artículo 198: 262-10. Artículo 210: 262-10. Artículo 214: 262-10. Artículo 215: 262-10. Artículo 219: 11-10. Artículo 220: 45-10. Artículo 224: 45-10. Artículo 229: 74-10. Artículo 249: 45-10, 74-10, 119-10. Artículo 252: 74-10. Artículo 264: 45-10, 74-10. Artículo 266: 45-10, 74-10.

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

Genérico: 152-10.

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

Artículo 48: 238-10.

**4/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades.**

Artículo 10: 150-10.

**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: 27-10, 32-10, 126-10, 182-10.

**1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias.**

Artículo 8: 63-10.

Artículo 13: 63-10.

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

Genérico: 219-10.

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

Artículo 8: 255-10. Artículo 17: 86-10, 255-10. Artículo 26: 85-10. Artículo 35: 152-10. Artículo 46: 86-10, 107-10, 191-10.

**16.-Real Decreto**

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

Genérico: 31-10.

**2187/1978, de 23 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de Disciplina Urbanística para el desarrollo y aplicación de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana.**  
Artículo 41: 191-10.

**640/1985, de 20 de marzo, sobre valoración definitiva y ampliación de funciones y medios adscritos a los servicios traspasados a la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia en materia de industria, energía y minas.**  
Genérico: 238-10.

**863/1985, de 2 de abril, por el que se aprueba el Reglamento General de Normas Básicas de Seguridad Minera.**  
Artículo 168: 238-10.

**33/1986, de 10 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Régimen Disciplinario de los Funcionarios de la Administración del Estado.**  
Artículo 3: 241-10. Artículo 31: 241-10. Artículo 34: 241-10. Artículo 35: 241-10. Artículo 36: 241-10. Artículo 41: 241-10. Artículo 42: 241-10. Artículo 43: 241-10. Artículo 45: 241-10.

**1372/1986, de 13 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales.**  
Artículo 2: 74-10. Artículo 3: 74-10. Artículo 4: 151-10. Artículo 8: 255-10.

**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: 70-10.

**126/1989, de 3 de febrero, por el que se aprueba la Reglamentación Técnico-Sanitaria para la elaboración y comercialización de patatas fritas y productos de aperitivo.**  
Genérico: 63-10.

**1810/1991, de 13 de diciembre, por el que se aprueba la Reglamentación Técnico-Sanitaria para la elaboración, circulación y comercialización de caramelos, chicles, confites y golosinas.**  
Genérico: 63-10.

**147/1993, de 29 de enero, por el que se establecen las condiciones sanitarias de producción y comercialización de carnes frescas.**  
Artículo 5: 57-10. Artículo 13: 57-10.

**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: 47-10, 126-10, 253-10. Artículo 1: 11-10, 38-10, 70-10, 75-10, 197-10, 240-10, 247-10. Artículo 3: 112-10, 188-10. Artículo 4: 01-10, 03-10, 06-10, 12-10, 15-10, 19-10, 37-10, 38-10, 46-10, 50-10, 51-10, 55-10, 56-10, 57-10, 65-10, 66-10, 69-10, 71-10, 82-10, 87-10, 95-10, 103-10, 109-10, 110-10, 112-10, 124-10, 145-10, 147-10, 149-10, 153-10, 162-10, 164-10, 171-10, 182-10, 183-10, 184-10, 188-10, 189-10, 194-10, 204-10, 205-10, 222-10, 224-10, 228-10, 233-10, 234-10, 239-10, 244-10, 250-10, 271-10. Artículo 6: 06-10, 26-10, 34-10, 44-10, 50-10, 65-10, 66-10, 69-10, 71-10, 80-10, 87-10, 122-10, 127-10, 136-10, 138-10, 149-10, 171-10, 217-10, 225-10, 252-10, 254-10, 270-10. Artículo 7: 113-10. Artículo 8: 54-10. Artículo 9: 120-10. Artículo 10: 02-10, 03-10, 10-10, 39-10, 43-10, 50-10, 53-10, 65-10, 69-10, 70-10, 94-10, 109-10, 112-10, 115-10, 122-10, 125-10, 134-10, 142-10, 153-10, 155-10, 171-10, 183-10, 190-10, 202-10, 203-10, 218-10, 234-10, 239-10, 250-10, 265-10, 266-10. Artículo 11: 24-10, 113-10. Artículo 12: 01-10, 03-10, 04-10, 05-



10, 06-10, 12-10, 14-10, 15-10, 18-10, 19-10, 20-10, 21-10, 22-10, 24-10, 27-10, 29-10, 30-10, 31-10, 32-10, 34-10, 35-10, 38-10, 39-10, 42-10, 44-10, 46-10, 50-10, 51-10, 54-10, 55-10, 56-10, 57-10, 62-10, 65-10, 66-10, 71-10, 72-10, 73-10, 75-10, 76-10, 81-10, 82-10, 84-10, 87-10, 88-10, 89-10, 90-10, 92-10, 95-10, 96-10, 97-10, 98-10, 108-10, 109-10, 110-10, 112-10, 113-10, 116-10, 120-10, 121-10, 123-10, 124-10, 128-10, 129-10, 132-10, 133-10, 134-10, 135-10, 142-10, 143-10, 144-10, 153-10, 154-10, 155-10, 159-10, 164-10, 166-10, 167-10, 171-10, 172-10, 173-10, 176-10, 177-10, 178-10, 182-10, 183-10, 184-10, 188-10, 189-10, 190-10, 194-10, 195-10, 196-10, 197-10, 201-10, 202-10, 204-10, 205-10, 206-10, 211-10, 218-10, 222-10, 223-10, 224-10, 225-10, 228-10, 229-10, 230-10, 231-10, 232-10, 233-10, 234-10, 239-10, 244-10, 248-10, 249-10, 255-10, 256-10, 257-10, 259-10, 264-10, 265-10, 266-10, 267-10, 269-10, 272-10, 273-10, 275-10. Artículo 13: 03-10, 16-10, 31-10, 38-10, 39-10, 42-10, 50-10, 54-10, 57-10, 87-10, 90-10, 95-10, 108-10, 109-10, 110-10, 123-10, 133-10, 134-10, 137-10, 142-10, 145-10, 171-10, 172-10, 188-10, 212-10, 234-10, 244-10, 251-10, 252-10, 255-10, 256-10, 264-10, 266-10, 270-10. Artículo 18: 88-10.

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

Genérico: 36-10, 151-10. Artículo 7: 26-10.

**2225/1993, de 17 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento del procedimiento para la concesión de subvenciones públicas.**

Genérico: 141-10.

**1279/1994, de 10 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 espectáculos.**

Genérico: 168-10.

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

Genérico: 141-10.

**2364/1994, de 9 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de Seguridad Privada.**

Artículo 1: 168-10. Artículo 2: 168-10.

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

Genérico: 32-10, 112-10.

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

Artículo 14: 147-10.

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

Genérico: 238-10.

**1997/1995, de 7 de diciembre, por el que se establecen medidas para contribuir a garantizar la biodiversidad mediante la conservación de los hábitats naturales y de la fauna y flora silvestres.**

Artículo 3: 140-10, 152-10. Artículo 6: 140-10, 152-10.

**208/1996, de 9 de febrero, por el que se regulan los servicios de información administrativa y atención al ciudadano.**

Genérico: 118-10.

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

Artículo 13: 141-10. Artículo 14: 141-10. Artículo 15: 141-10.

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

Genérico: 55-10, 87-10, 149-10.

**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.**

Artículo 13: 57-10. Artículo 16: 57-10. Artículo 22: 57-10.

**772/1999, de 7 de mayo, por el que se regula la presentación de solicitudes, escritos y comunicaciones ante la Administración General del Estado, la expedición de copias de documentos y devolución de originales y el régimen de las oficinas de registro.**

Artículo 2: 54-10. Artículo 3: 118-10. Artículo 5: 118-10. Artículo 7: 118-10. Artículo 8: 118-10. Artículo 9: 118-10. Artículo 11: 118-10.

**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: 44-10, 146-10, 157-10, 175-10, 208-10.

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

Artículo 5: 102-10.

**1465/1999, de 17 de septiembre, por el que se establecen criterios de imagen institucional y se regula la producción documental y el material impreso de la Administración General del Estado.**

Artículo 9: 23-10.

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

Genérico: 78-10.

**1686/2000, de 6 de octubre, por el que se crea el Observatorio de la Igualdad de Oportunidades entre mujeres y hombres.**

Genérico: 41-10.

**3484/2000, de 29 de diciembre, por el que se establecen las normas de higiene para la elaboración, distribución y comercio de comidas preparadas.**

Artículo 7: 63-10.

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

Artículo 8: 17-10.

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

Genérico: 52-10, 243-10. Artículo 80: 59-10, 60-10, 61-10, 160-10, 161-10, 169-10. Artículo 81: 60-10, 61-10, 160-10, 161-10, 169-10. Artículo 83: 160-10, 161-10. Artículo 91: 59-10. Artículo 98: 119-10. Artículo 100: 67-10. Artículo 109: 40-10, 67-10, 74-10, 111-10, 151-10, 262-10. Artículo 113: 111-10. Artículo 138: 74-10. Artículo 167: 11-10. Artículo 169: 11-10. Artículo 172: 40-10, 119-10.

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

Genérico: 42-10.

**209/2003, de 21 de febrero, por el que se regulan los registros y las notificaciones telemáticas, así como la utilización de medios telemáticos para la sustitución de la aportación de certificados por los ciudadanos.**

Genérico: 141-10.

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

Genérico: 238-10.

**858/2003, de 4 de julio, por el que se establece el título universitario oficial de Licenciado en Criminología y las directrices generales propias de los planes de estudios conducentes a su obtención.**

Genérico: 185-10.

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

Artículo 6: 215-10.

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

Genérico: 157-10, 175-10, 208-10.

**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.**

Artículo 45: 248-10. Artículo 139: 270-10.

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

Genérico: 78-10.

**285/2004, de 20 de febrero, por el que se regulan las condiciones de homologación y convalidación de títulos y estudios extranjeros de educación superior.**

Genérico: 179-10.

**2063/2004, de 15 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general del régimen sancionador tributario.**

Genérico: 36-10.

**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.**

Genérico: 106-10.

**754/2005, de 24 de junio, por el que se regula el régimen de la tasa láctea.**

Artículo 2: 36-10. Artículo 31: 36-10. Artículo 32: 36-10. Artículo 35: 36-10. Artículo 39: 36-10.  
Artículo 40: 36-10. Artículo 41: 36-10. Artículo 42: 36-10. Artículo 44: 36-10.

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

Genérico: 102-10.

**522/2006, de 28 de abril, por el que se suprime la aportación de fotocopias de documentos de identidad en los procedimientos administrativos de la Administración General del Estado y sus organismos públicos vinculados o dependientes.**

Genérico: 141-10.

**640/2006, de 26 de mayo, por el que se regulan determinadas condiciones de aplicación de las disposiciones comunitarias en materia de higiene, de la producción y comercialización de los productos alimenticios.**

Genérico: 57-10.

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

Genérico: 55-10.

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

Artículo 18: 141-10. Artículo 19: 141-10. Artículo 22: 141-10.

**964/2006, de 1 de septiembre, por el que se aprueba el Plan técnico nacional de radiodifusión sonora en ondas métricas con modulación de frecuencia.**

Genérico: 160-10, 161-10.

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

Genérico: 261-10.

**1207/2006, de 20 de octubre, por el que se regula la gestión del Fondo de cohesión sanitaria.**

Artículo 11: 261-10.

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

Artículo 6: 157-10, 174-10, 175-10, 180-10, 181-10, 186-10, 187-10, 192-10, 193-10, 198-10, 199-10, 207-10, 208-10, 213-10, 214-10, 236-10, 237-10, 245-10, 260-10. Artículo 7: 157-10, 174-10, 175-10, 180-10, 181-10, 186-10, 187-10, 192-10, 193-10, 198-10, 199-10, 207-10, 213-10, 214-10, 236-10, 237-10, 245-10, 260-10. Artículo 17: 157-10, 174-10, 175-10, 180-10, 181-10, 186-10, 187-10, 192-10, 193-10, 198-10, 199-10, 207-10, 208-10, 213-10, 214-10, 236-10, 245-10, 260-10.

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

Artículo 3: 146-10.

**439/2007, de 30 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y se modifica el Reglamento de Planes y Fondos de Pensiones, aprobado por el Real Decreto 304/2004, de 20 de febrero.**  
Artículo 55: 200-10.

**615/2007, de 11 de mayo, por el que se regula la Seguridad Social de los cuidadores de las personas en situación de dependencia.**  
Artículo 1: 139-10.

**727/2007, de 8 de junio, sobre criterios para determinar las intensidades de protección de los servicios y la cuantía de las prestaciones económicas de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia.**

Artículo 2: 139-10. Artículo 4: 139-10. Artículo 6: 139-10. Artículo 10: 139-10. Artículo 11: 139-10.  
Artículo 13: 139-10. Artículo 14: 139-10.

**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: 46-10.

**1394/2007, de 29 de octubre, por el que se establece el título de Técnico Superior en Educación infantil y se fijan sus enseñanzas mínimas.**

Genérico: 175-10.

**1395/2007, de 29 de octubre, por el que se establece el título de Técnico Superior en Laboratorio de análisis y de control de calidad y se fijan sus enseñanzas mínimas.**

Artículo 11: 181-10. Artículo 15: 181-10.

**1396/2007, de 29 de octubre, por el que se establece el título de Técnico en Cocina y Gastronomía y se fijan sus enseñanzas mínimas.**

Artículo 11: 180-10. Artículo 14: 180-10.

**1397/2007, de 29 de octubre, por el que se establece el título de Técnico en Emergencias Sanitarias y se fijan sus enseñanzas mínimas.**

Artículo 11: 198-10. Artículo 14: 198-10.

**1398/2007, de 29 de octubre, por el que se establece el título de Técnico en Mecanizado y se fijan sus enseñanzas mínimas.**

Artículo 11: 174-10. Artículo 14: 174-10.

**1399/2007, de 29 de octubre, por el que se establece el título de Técnico en panadería, repostería y confitería y se fijan sus enseñanzas mínimas.**

Artículo 11: 157-10. Artículo 14: 157-10.

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

Genérico: 07-10.

**1544/2007, de 23 de noviembre, por el que se regulan las condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación para el acceso y utilización de los modos de transporte para personas con discapacidad.**

Artículo 5: 165-10.

**1686/2007, de 14 de diciembre, por el que se establece el título de Técnico Superior en Gestión de Alojamientos Turísticos y se fijan sus enseñanzas mínimas.**

Artículo 11: 237-10. Artículo 15: 237-10.

**1687/2007, de 14 de diciembre, por el que se establece el título de Técnico Superior en Programación de la Producción en Fabricación Mecánica y se fijan sus enseñanzas mínimas.**

Artículo 11: 199-10. Artículo 15: 199-10.

**1688/2007, de 14 de diciembre, por el que se establece el título de Técnico Superior en Vitivinicultura y se fijan sus enseñanzas mínimas.**

Artículo 11: 186-10. Artículo 15: 186-10.

**1689/2007, de 14 de diciembre, por el que se establece el título de Técnico en Farmacia y Parafarmacia y se fijan sus enseñanzas mínimas.**

Artículo 11: 192-10. Artículo 14: 192-10.

**1690/2007, de 14 de diciembre, por el que se establece el título de Técnico en Servicios en Restauración y se fijan sus enseñanzas mínimas.**

Artículo 11: 214-10. Artículo 14: 214-10.

**1691/2007, de 14 de diciembre, por el que se establece el título de Técnico en Sistemas Microinformáticos y Redes y se fijan sus enseñanzas mínimas.**

Artículo 11: 208-10. Artículo 14: 208-10.

**1692/2007, de 14 de diciembre, por el que se establece el título de Técnico en Soldadura y Calderería y se fijan sus enseñanzas mínimas.**

Artículo 11: 236-10. Artículo 14: 236-10.

**175/2008, de 8 de febrero, por el que se establece el título de Técnico Superior en Química Industrial y se fijan sus enseñanzas mínimas.**

Artículo 11: 213-10. Artículo 15: 213-10.

**176/2008, de 8 de febrero, por el que se establece el título de Técnico en Carrocería y se fijan sus enseñanzas mínimas.**

Artículo 11: 193-10. Artículo 14: 193-10.

**177/2008, de 8 de febrero, por el que se establece el título de Técnico en Instalaciones Eléctricas y Automáticas y se fijan sus enseñanzas mínimas.**

Artículo 11: 260-10. Artículo 14: 260-10.

**178/2008, de 8 de febrero, por el que se establece el título de Técnico en Planta Química y se fijan sus enseñanzas mínimas.**

Artículo 11: 187-10. Artículo 14: 187-10.

**1177/2008, de 11 de julio, por el que se establece el título de Técnico Superior en Eficiencia Energética y Energía Solar Térmica y se fijan sus enseñanzas mínimas.**

Artículo 11: 245-10. Artículo 15: 245-10.

**1614/2008, de 3 de octubre, relativo a los requisitos zoonosanitarios de los animales y de los productos de la acuicultura, así como a la prevención y el control de determinadas enfermedades de los animales acuáticos.**

Artículo 8: 23-10.

**1796/2008, de 3 de noviembre, por el que se establece el título de Técnico Superior en Automoción y se fijan sus enseñanzas mínimas.**

Artículo 11: 207-10. Artículo 15: 207-10.

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

Artículo 4: 157-10, 174-10, 175-10, 180-10, 181-10, 186-10, 187-10, 192-10, 193-10, 198-10, 199-10, 207-10, 208-10, 214-10, 236-10, 245-10, 260-10.

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

Genérico: 226-10.

**1892/2008, de 14 de noviembre, por el que se regulan las condiciones para el acceso a las enseñanzas universitarias oficiales de grado y los procedimientos de admisión a las universidades públicas españolas.**

Genérico: 78-10, 185-10. Artículo 2: 07-10. Artículo 3: 07-10. Artículo 7: 07-10. Artículo 8: 07-10. Artículo 16: 07-10. Artículo 19: 07-10. Artículo 28: 07-10. Artículo 29: 07-10. Artículo 34: 07-10. Artículo 37: 07-10. Artículo 38: 07-10. Artículo 41: 07-10. Artículo 42: 07-10. Artículo 46: 07-10.

**2129/2008, de 26 de diciembre, por el que se establece el Programa nacional de conservación, mejora y fomento de las razas ganaderas.**

Artículo 2: 25-10. Artículo 4: 25-10. Artículo 5: 25-10. Artículo 8: 25-10. Artículo 9: 25-10. Artículo 11: 25-10. Artículo 15: 25-10. Artículo 16: 25-10. Artículo 17: 25-10. Artículo 18: 25-10. Artículo 19: 25-10. Artículo 20: 25-10.

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

Genérico: 118-10. Artículo 2: 141-10.

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

Artículo 8: 141-10.

**136/2010, de 12 de febrero, por el que se modifica el Real Decreto 772/1999, de 7 de mayo, por el que se regula la presentación de solicitudes, escritos y comunicaciones ante la Administración General del Estado, la expedición de copias de documentos y devolución de originales y el régimen de las oficinas de registro.**

Genérico: 118-10.

**137/2010, de 12 de febrero, por el que se establecen criterios para la emisión de la comunicación a los interesados prevista en el artículo 42.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.**

Artículo 1: 118-10.

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

Genérico: 157-10, 174-10, 175-10, 180-10, 181-10, 186-10, 187-10, 192-10, 193-10, 199-10, 207-10, 208-10, 213-10, 214-10, 236-10, 245-10, 260-10.

## **17.-Decreto**

**8 de febrero de 1946 por el que se aprueba la nueva redacción oficial de la Ley Hipotecaria.**

Artículo **206**: 74-10.

**14 de febrero de 1947 por el que se aprueba el Reglamento Hipotecario.**

Artículo **303**: 74-10.

**9 de enero de 1953, por el que se aprueba el Reglamento de Contratos de las Corporaciones Locales.**

Genérico: 151-10.

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

Artículo **127**: 45-10.

Artículo **128**: 151-10.

**14 de noviembre de 1958 por el que se aprueba el Reglamento de la Ley del Registro Civil.**

Artículo **274**: 241-10.

**923/1965, de 8 de abril, por el que se aprueba el texto articulado de la Ley de Contratos del Estado.**

Genérico: 220-10. Artículo **3**: 151-10. Artículo **4**: 151-10. Artículo **18**: 151-10. Artículo **19**: 151-10.

Artículo **73**: 151-10.

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

Artículo **144**: 151-10.

**843/1976 de 18 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento General del Mutualismo Administrativo.**

Genérico: 257-10.

## **18.-Códigos**

**Código Civil,**

Artículo **2**: 25-10. Artículo **4**: 151-10. Artículo **142**: 72-10, 150-10. Artículo **143**: 72-10. Artículo **162**: 05-10, 14-10, 20-10, 21-10, 22-10, 24-10, 30-10, 33-10, 34-10, 62-10, 75-10, 82-10, 90-10, 92-10, 96-10, 97-10, 98-10, 109-10, 113-10, 116-10, 128-10, 129-10, 132-10, 135-10, 144-10, 154-10, 176-10, 201-10, 211-10, 212-10, 222-10, 231-10, 249-10, 253-10, 254-10, 267-10. Artículo **171**: 178-10. Artículo **178**: 139-10. Artículo **199**: 178-10. Artículo **234**: 72-10. Artículo **322**: 178-10. Artículo **350**: 255-10. Artículo **1115**: 85-10. Artículo **1122**: 85-10. Artículo **1123**: 85-10. Artículo **1124**: 67-10, 255-10. Artículo **1125**: 85-10. Artículo **1209**: 91-10. Artículo **1210**: 91-10. Artículo **1214**: 142-10. Artículo **1215**: 142-10. Artículo **1216**: 142-10. Artículo **1231**: 142-10. Artículo **1253**: 142-10. Artículo **1258**: 151-10. Artículo **1285**: 255-10. Artículo **1303**: 85-10. Artículo **1526**: 150-10. Artículo **1594**: 262-10. Artículo **1710**: 118-10. Artículo **1903**: 04-10, 30-10, 257-10. Artículo **1964**: 220-10. Artículo **1973**: 16-10, 75-10.



## **Código Penal.**

Artículo **197**: 147-10. Artículo **199**: 147-10. Artículo **200**: 147-10. Artículo **416**: 147-10. Artículo **417**: 153-10. Artículo **418**: 147-10. Artículo **419**: 147-10. Artículo **556**: 26-10. Artículo **619**: 72-10.

## **19.-Orden**

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

Artículo **1**: 87-10. Artículo **12**: 87-10. Artículo **17**: 87-10.

**11 de agosto de 1972 (Ministerio de Información y Turismo), por la que se aprueba el Estatuto de los Directores de Establecimientos de Empresas Turísticas y se dictan normas sobre inscripción en el registro correspondiente.**

Genérico: 226-10.

**9 de octubre de 1979 por la que se aprueba la versión definitiva del Catálogo de Juegos.**

Genérico: 93-10.

**ECO/805/2003, de 27 de marzo, sobre normas de valoración de bienes inmuebles y de determinados derechos para ciertas finalidades financieras.**

Artículo **21**: 85-10.

## **22.-Resolución**

**9 de marzo de 2004, de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, por la que se da publicidad a las cuantías de las indemnizaciones por muerte, lesiones permanentes e incapacidad temporal que resultarán de aplicar durante 2004, el sistema para valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación.**

Genérico: 121-10.

**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: 200-10, 210-10. Artículo **7**: 226-10. Artículo **13**: 07-10, 25-10, 105-10, 157-10, 174-10, 175-10, 180-10, 181-10, 186-10, 187-10, 192-10, 193-10, 198-10, 199-10, 208-10, 213-10, 214-10, 236-10, 237-10, 245-10, 260-10, 261-10. Artículo **16**: 07-10, 105-10, 157-10, 174-10, 175-10, 180-10, 181-10, 186-10, 187-10, 192-10, 193-10, 198-10, 199-10, 208-10, 213-10, 214-10, 236-10, 237-10, 245-10, 260-10, 261-10. Artículo **22**: 83-10. Artículo **23**: 63-10. Artículo **29**: 63-10, 100-10, 139-10. Artículo **31**: 63-10, 139-10. Artículo **38**: 226-10. Artículo **41**: 63-10. Artículo **42**: 07-10, 215-10, 261-10. Artículo **49**: 146-10. Artículo **53**: 105-10, 226-10. Artículo **54**: 226-10. Artículo **60**: 226-10. Artículo **71**: 261-10. Artículo **101**: 141-10. Artículo **102**: 100-10, 139-10, 261-10.

**17 de enero de 2008, de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, por la que se da publicidad a las cuantías de las indemnizaciones por muerte, lesiones permanentes e incapacidad temporal, que resultarán de aplicar durante 2008, el sistema para valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación.**

Genérico: 126-10.

**2 de diciembre de 2008, de la Secretaría de Estado de Política Social, Familias y Atención a la Dependencia y a la Discapacidad, por la que se publica el Acuerdo del Consejo Territorial del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, sobre determinación de la capacidad económica del beneficiario y sobre los criterios de participación de éste en las prestaciones del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia.**

Genérico: 100-10.

**20 de enero de 2009, de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, por la que se da publicidad a las cuantías de las indemnizaciones por muerte, lesiones permanentes e incapacidad temporal que resultarán de aplicar durante 2009 el sistema para valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación.**

Genérico: 128-10.

#### **24.-Acuerdo**

**22 de abril de 1986, del Consejo General del Poder Judicial, por el que se aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo General del Poder Judicial.**

Artículo 157: 54-10.

## ÁMBITO 3.- Normativa Autonómica Región de Murcia

### 10.-Ley

**4/1986, de 15 de mayo, sobre inspección, sanciones y procedimiento en materia de turismo.**  
Genérico: 226-10.

**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: 150-10, 200-10.

**9/1990, de 27 de agosto, de Carreteras de la Región de Murcia.**  
Artículo 2: 121-10. Artículo 20: 16-10, 270-10. Artículo 35: 244-10.

**4/1992, de 30 de julio, de Ordenación y Protección del Territorio de la Región de Murcia.**  
Genérico: 140-10.

**3/1993, de 16 de julio, del Consejo Económico y Social de la Región de Murcia.**  
Artículo 5: 63-10.

**4/1993, de 16 de julio, del Deporte de la Región de Murcia.**  
Artículo 3: 83-10. Artículo 5: 83-10. Artículo 6: 83-10.

**4/1994, de 26 de julio, de Salud de la Región de Murcia.**  
Artículo 1: 215-10. Artículo 2: 63-10. Artículo 6: 63-10, 215-10. Artículo 7: 63-10. Artículo 11: 63-10.  
Artículo 23: 218-10. Artículo 24: 218-10. Artículo 35: 221-10.

**9/1994, de 30 de diciembre, por la que se crea el Consejo Regional de Cooperación Local.**  
Artículo 1: 150-10. Artículo 3: 150-10.

**1/1995, de 8 de marzo, de Protección del Medio Ambiente de la Región de Murcia**  
Artículo 38: 152-10. Artículo 42: 152-10. Artículo 67: 148-10.

**2/1995, de 15 de marzo, Reguladora del Juego y Apuestas de la Región de Murcia.**  
Artículo 4: 93-10, 102-10. Artículo 5: 93-10. Artículo 6: 93-10, 102-10. Artículo 8: 93-10.  
Artículo 9: 102-10. Artículo 10: 93-10, 102-10. Artículo 12: 93-10. Artículo 13: 93-10.  
Artículo 14: 93-10, 102-10. Artículo 20: 102-10. Artículo 22: 102-10. Artículo 24: 102-10.  
Artículo 25: 102-10. Artículo 28: 102-10. Artículo 29: 102-10.

**5/1995, de 7 de abril, de condiciones de habitabilidad en edificios de viviendas y de promoción de la accesibilidad general.**  
Genérico: 165-10.

**7/1995, de 21 de abril, de la fauna silvestre, caza y pesca fluvial.**  
Genérico: 152-10. Artículo 22: 140-10. Artículo 23: 140-10. Artículo 30: 242-10.

**10/1995, de 24 de abril, de Modificación de las Atribuciones de los Órganos de la Comunidad Autónoma en Materia de Urbanismo.**  
Genérico: 152-10.

**4/1996, de 14 de junio, del Estatuto de los Consumidores y Usuarios de la Región de Murcia.**  
Artículo 3: 63-10. Artículo 4: 63-10. Artículo 6: 63-10.

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

Artículo 2.4: 58-10. Artículo 2.5: 25-10, 261-10. Artículo 11: 85-10, 130-10, 140-10, 258-10. Artículo 12: 78-10, 185-10, 216-10. Artículo 12.2: 114-10, 114-10, 168-10, 209-10, 219-10. Artículo 12.3: 200-10. Artículo 12.5: 07-10, 23-10, 25-10, 36-10, 41-10, 63-10, 83-10, 93-10, 100-10, 102-10, 105-10, 118-10, 139-10, 141-10, 146-10, 150-10, 157-10, 165-10, 175-10, 208-10, 210-10, 215-10, 226-10, 238-10, 261-10. Artículo 12.6: 13-10, 58-10, 59-10, 60-10, 61-10, 86-10, 99-10, 104-10, 106-10, 107-10, 130-10, 147-10, 148-10, 152-10, 160-10, 161-10, 169-10, 170-10, 221-10, 227-10, 241-10, 255-10. Artículo 12.7: 09-10, 17-10, 28-10, 40-10, 45-10, 67-10, 74-10, 111-10, 119-10, 151-10, 220-10, 258-10, 262-10. Artículo 12.9: 01-10, 02-10, 03-10, 04-10, 05-10, 06-10, 10-10, 11-10, 12-10, 14-10, 15-10, 16-10, 17-10, 18-10, 19-10, 20-10, 21-10, 22-10, 24-10, 26-10, 27-10, 29-10, 30-10, 31-10, 32-10, 33-10, 34-10, 35-10, 37-10, 38-10, 39-10, 42-10, 43-10, 44-10, 46-10, 47-10, 48-10, 49-10, 50-10, 51-10, 54-10, 55-10, 56-10, 57-10, 62-10, 64-10, 65-10, 66-10, 68-10, 69-10, 71-10, 72-10, 73-10, 75-10, 76-10, 77-10, 79-10, 80-10, 81-10, 82-10, 84-10, 87-10, 88-10, 89-10, 90-10, 91-10, 92-10, 94-10, 95-10, 96-10, 97-10, 98-10, 101-10, 103-10, 108-10, 109-10, 110-10, 112-10, 113-10, 115-10, 116-10, 117-10, 120-10, 121-10, 122-10, 123-10, 124-10, 125-10, 127-10, 128-10, 129-10, 131-10, 132-10, 133-10, 134-10, 135-10, 136-10, 137-10, 138-10, 142-10, 143-10, 144-10, 145-10, 149-10, 153-10, 154-10, 155-10, 158-10, 159-10, 162-10, 163-10, 164-10, 166-10, 167-10, 171-10, 172-10, 173-10, 176-10, 177-10, 178-10, 182-10, 183-10, 184-10, 188-10, 189-10, 190-10, 194-10, 195-10, 196-10, 197-10, 201-10, 202-10, 203-10, 204-10, 205-10, 206-10, 211-10, 212-10, 217-10, 218-10, 222-10, 223-10, 224-10, 225-10, 228-10, 229-10, 230-10, 231-10, 232-10, 233-10, 234-10, 235-10, 239-10, 240-10, 242-10, 244-10, 247-10, 248-10, 249-10, 250-10, 251-10, 252-10, 253-10, 254-10, 256-10, 257-10, 259-10, 264-10, 265-10, 266-10, 267-10, 269-10, 270-10, 271-10, 272-10, 273-10, 274-10, 275-10. Artículo 12.12: 08-10, 156-10, 243-10, 246-10, 268-10. Artículo 12.13: 52-10. Artículo 12.17: 08-10. Artículo 14: 191-10.

**11/1997, de 12 de diciembre, de Turismo de la Región de Murcia.**

Artículo 8: 168-10. Artículo 9: 168-10. Artículo 10: 226-10. Artículo 11: 226-10. Artículo 27: 168-10. Artículo 30: 168-10. Artículo 36: 226-10. Artículo 38: 226-10. Artículo 41: 226-10. Artículo 47: 168-10. Artículo 57: 226-10. Artículo 58: 226-10.

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

Artículo 21: 179-10.

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

Artículo 5: 83-10. Artículo 6: 83-10. Artículo 35: 105-10. Artículo 41: 83-10. Artículo 42: 83-10. Artículo 50: 105-10. Artículo 61: 105-10.

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

Genérico: 191-10. Artículo 65: 152-10. Artículo 78: 152-10. Artículo 158: 255-10. Artículo 226: 130-10. Artículo 237: 130-10.

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

Genérico: 209-10.

**10/2002, de 12 de noviembre, de Modificación de la Ley 7/1995, de 21 de abril, de la Fauna Silvestre, Caza y Pesca Fluvial.**

Genérico: 242-10.

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

Artículo 1: 41-10.

**15/2002, de 23 de diciembre, de Medidas Tributarias en Materia de Tributos Cedidos y Tasas Regionales (año 2003).**

Artículo 1: 200-10.

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

Genérico: 100-10, 150-10. Artículo 2: 139-10. Artículo 5: 139-10. Artículo 10: 139-10.

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

Genérico: 140-10, 152-10. Artículo 24: 242-10. Artículo 43: 242-10. Artículo 52: 242-10.

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

Artículo 4: 110-10, 133-10, 256-10. Artículo 7: 52-10, 93-10, 104-10.

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

Genérico: 209-10, 219-10. Artículo 21: 25-10, 41-10, 118-10, 141-10, 146-10, 157-10, 175-10, 208-10. Artículo 22: 07-10, 25-10, 41-10, 58-10, 105-10, 118-10, 141-10, 146-10, 152-10, 200-10, 220-10, 226-10. Artículo 37: 238-10. Artículo 38: 83-10, 100-10, 105-10, 118-10, 139-10, 141-10, 150-10, 157-10, 175-10, 208-10, 215-10, 226-10. Artículo 47: 200-10. Artículo 51: 157-10, 200-10. Artículo 52: 07-10, 23-10, 25-10, 41-10, 83-10, 100-10, 105-10, 118-10, 139-10, 141-10, 146-10, 150-10, 175-10, 208-10, 215-10, 226-10. Artículo 53: 07-10, 23-10, 25-10, 36-10, 41-10, 63-10, 83-10, 93-10, 100-10, 102-10, 105-10, 118-10, 139-10, 140-10, 141-10, 146-10, 150-10, 157-10, 165-10, 168-10, 175-10, 208-10, 210-10, 215-10, 226-10, 238-10, 261-10.

**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 1: 141-10. Artículo 4: 118-10, 141-10. Artículo 14: 41-10, 118-10. Artículo 16: 23-10, 26-10, 39-10, 47-10, 48-10, 54-10, 80-10, 81-10, 83-10, 91-10, 105-10, 106-10, 108-10, 120-10, 123-10, 142-10, 144-10, 145-10, 153-10, 171-10, 172-10, 173-10, 175-10, 188-10, 208-10, 226-10, 241-10, 246-10, 253-10, 261-10, 274-10. Artículo 19: 23-10. Artículo 23: 07-10. Artículo 25: 102-10, 140-10. Artículo 31: 118-10, 141-10. Artículo 32: 118-10. Artículo 33: 13-10, 58-10, 99-10, 152-10, 160-10, 161-10, 169-10, 227-10, 241-10. Artículo 35: 246-10.

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

Artículo 3: 07-10. Artículo 5: 07-10. Artículo 24: 07-10. Artículo 47: 07-10.

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

Genérico: 139-10. Artículo 11: 141-10. Artículo 17: 141-10. Artículo 28: 08-10.

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

Artículo 13: 209-10.

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

Artículo 17: 150-10.

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

Genérico: 238-10.

**2/2007, de 12 de marzo, de Pesca Marítima y Acuicultura de la Región de Murcia.**

Artículo 77: 23-10. Artículo 78: 23-10. Artículo 79: 23-10. Artículo 82: 23-10.

**3/2007, de 16 de marzo, de Renta Básica de Inserción de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.**

Artículo 1: 150-10. Artículo 2: 150-10. Artículo 4: 150-10. Artículo 5: 150-10. Artículo 6: 150-10. Artículo 7: 150-10. Artículo 8: 150-10. Artículo 9: 150-10. Artículo 10: 150-10. Artículo 11: 150-10. Artículo 13: 150-10. Artículo 16: 150-10. Artículo 17: 150-10. Artículo 19: 150-10. Artículo 20: 150-10. Artículo 21: 150-10. Artículo 23: 150-10. Artículo 33: 150-10. Artículo 34: 150-10. Artículo 36: 150-10. Artículo 39: 150-10. Artículo 41: 150-10. Artículo 42: 150-10. Artículo 45: 150-10. Artículo 47: 150-10. Artículo 48: 150-10.

**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: 07-10, 23-10, 63-10, 102-10. Artículo 5: 41-10. Artículo 6: 41-10. Artículo 7: 41-10. Artículo 8: 41-10. Artículo 25: 93-10.

**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.**

Artículo 15: 93-10, 102-10.

**6/2008, de 20 de noviembre, del Defensor del Pueblo de la Región de Murcia**

Artículo 27: 141-10.

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

Artículo 4: 215-10. Artículo 6: 215-10. Artículo 17: 215-10. Artículo 36: 215-10. Artículo 40: 118-10.

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

Artículo 4: 23-10.

**10/2009, de 30 de noviembre de 2009, de Creación del Sistema Integrado de Transporte Público de la Región de Murcia y Modernización de las Concesiones de Transporte Público Regular Permanente de Viajeros por Carretera.**

Genérico: 165-10.

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

Genérico: 102-10, 105-10. Artículo 41: 226-10.

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

Genérico: 93-10, 157-10, 175-10, 180-10, 181-10, 186-10, 187-10, 192-10, 200-10, 208-10, 236-10, 245-10, 260-10.

**14/2009, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia para el ejercicio 2010.**

Artículo 23: 114-10, 114-10. Artículo 24: 114-10, 114-10. Artículo 25: 114-10, 114-10. Artículo 27: 114-10, 114-10. Artículo 28: 114-10, 114-10. Artículo 37: 220-10. Artículo 46: 114-10, 114-10. Artículo 47: 114-10, 114-10.

## 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: 83-10, 141-10, 150-10. Artículo 9: 219-10. Artículo 22: 58-10. Artículo 25: 16-10, 17-10. Artículo 36: 246-10, 268-10. Artículo 39: 268-10. Artículo 45: 150-10. Artículo 91: 08-10. Artículo 97: 52-10.

**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: 209-10, 219-10. Artículo 21: 100-10, 261-10.

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

Genérico: 140-10. Artículo 3: 210-10. Artículo 22: 210-10. Artículo 23: 210-10. Artículo 26: 210-10. Artículo 27: 210-10. Artículo 65: 152-10. Artículo 68: 255-10. Artículo 87: 86-10. Artículo 91: 86-10. Artículo 97: 210-10. Artículo 98: 107-10, 152-10. Artículo 101: 210-10. Artículo 106: 107-10. Artículo 132: 85-10. Artículo 135: 152-10.

Artículo 136: 152-10. Artículo 138: 107-10. Artículo 139: 107-10. Artículo 140: 107-10. Artículo 143: 210-10. Artículo 149: 107-10. Artículo 151: 85-10, 191-10. Artículo 158: 255-10. Artículo 167: 255-10. Artículo 198: 85-10. Artículo 200: 85-10. Artículo 232: 86-10, 107-10, 152-10, 191-10. Artículo 235: 191-10. Artículo 237: 191-10. Artículo 244: 168-10.

## 17.-Decreto

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

Artículo 1: 150-10.

**39/1987, de 4 de junio, sobre supresión de barreras arquitectónicas.**

Genérico: 87-10.

**28/1990, de 10 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Oficina de Servicio al Ciudadano.**

Genérico: 118-10.

**31/1994, de 25 de febrero de 1994, sobre ingreso y traslado en centros residenciales de la Administración Regional para personas mayores.**

Genérico: 139-10.

**178/1995, de 20 de diciembre, por el que se aprueba la regulación de la profesión de Guía de Turismo en la Región de Murcia .**

Artículo 6: 226-10.

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

Artículo 2: 93-10.

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

Genérico: 139-10. Artículo 3: 228-10. Artículo 6: 228-10.

**63/1997, de 31 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Juego del Bingo de la Región de Murcia y se modifica el Catálogo de Juegos y Apuestas de la Región de Murcia.**  
Artículo 19: 102-10. Artículo 27: 102-10.

**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 2.3: 258-10. Artículo 2.5: 58-10. Artículo 46: 55-10, 57-10, 67-10, 74-10, 100-10, 106-10, 107-10, 138-10, 139-10, 141-10, 146-10, 147-10, 157-10, 170-10, 174-10, 179-10, 180-10, 181-10, 186-10, 187-10, 192-10, 193-10, 198-10, 199-10, 207-10, 208-10, 245-10. Artículo 46.2: 83-10, 99-10, 105-10, 118-10, 120-10, 175-10, 213-10, 214-10, 226-10, 227-10, 236-10, 237-10, 249-10, 255-10, 258-10, 260-10. Artículo 48: 58-10. Artículo 61: 100-10, 139-10, 226-10. Artículo 61.3: 255-10.

**26/2008, de 25 de septiembre, de reorganización de la Administración Regional.**  
Genérico: 61-10.

**16/1999, de 13 de julio, de reorganización de la Administración Regional.**  
Genérico: 58-10.

**161/1999, de 30 de diciembre, por el que se desarrolla el régimen de control interno ejercido por la Intervención General de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.**  
Artículo 17: 52-10. Artículo 33: 08-10, 156-10, 243-10, 246-10, 268-10.

**15/2000, de 30 de marzo, por el que se articula e impulsa la elaboración y ejecución del Plan Estratégico de Modernización de la Administración Pública de la Región de Murcia.**  
Genérico: 118-10.

**60/2000, de 18 de mayo, por el que se desarrolla en el ámbito de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia el Real Decreto 1.640/1999, de 22 de octubre, que regula la prueba de acceso a estudios universitarios.**  
Artículo 1: 07-10.

**54/2001, de 15 de junio, de autorizaciones, organización y funcionamiento del registro de entidades, Centros y Servicios Sociales de la Región de Murcia y de la Inspección.**  
Genérico: 139-10.

**120/2002, de 4 de octubre, por el que se regula el Consejo Asesor Regional del Deporte de la Región de Murcia.**  
Artículo 1: 83-10. Artículo 6: 83-10.

**10/2003, de 28 de enero, por el que se aprueba el Reglamento General de la Admisión de Personas en los Establecimientos de Espectáculos Públicos y Actividades Recreativas.**  
Genérico: 168-10.

**171/2003, de 7 de noviembre, por el que se modifica el Catálogo de Juegos y Apuestas y el Reglamento del Juego del Bingo, ambos de la Región de Murcia.**  
Artículo 1: 93-10. Artículo 5: 93-10.

**17/2004, de 27 de febrero, por el que se regulan los plazos máximos para dictar y notificar resolución expresa en determinados procedimientos administrativos.**  
Genérico: 241-10.



**57/2004, de 18 de junio, por el que se aprueban las «Directrices y Plan de Ordenación Territorial del Litoral de la Región de Murcia» (OT 1/2002).**

Genérico: 140-10. Artículo 21: 210-10. Artículo 23: 210-10. Artículo 24: 210-10. Artículo 35: 210-10.

**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 5: 215-10. Artículo 6: 215-10. Artículo 7: 215-10. Artículo 10: 215-10. Artículo 22: 215-10.

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

Genérico: 185-10. Artículo 42: 78-10.

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

Genérico: 150-10.

**134/2004, de 30 diciembre, por el que se desarrolla en el ámbito de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, el Real Decreto 743/2003, de 20 de junio, por el que se regula la prueba de acceso a la Universidad a los mayores de 25 años.**

Genérico: 07-10.

**69/2005, de 3 de junio, por el que se establecen las condiciones mínimas que han de reunir los centros residenciales para personas mayores de titularidad pública o privada.**

Genérico: 139-10.

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

Artículo 5: 226-10. Artículo 19: 226-10. Artículo 23: 226-10. Artículo 34: 226-10. Artículo 37: 226-10. Artículo 41: 226-10.

**76/2005, de 24 de junio, por el que se regulan los alojamientos rurales.**

Artículo 3: 226-10. Artículo 6: 226-10. Artículo 36: 226-10.

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

Artículo 20: 226-10. Artículo 29: 226-10. Artículo 31: 226-10.

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

Genérico: 272-10. Artículo 17: 178-10, 222-10. Artículo 40: 222-10.

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

Artículo 3: 168-10. Artículo 21: 226-10.

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

Genérico: 183-10. Artículo 5: 172-10.

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

Artículo 36: 93-10.

**220/2006, de 27 de octubre, por el que se regulan las federaciones deportivas de la Región de Murcia.**

Artículo 4: 83-10. Artículo 5: 83-10. Artículo 11: 83-10.

**221/2006, de 27 de octubre, por el que se regulan los clubes deportivos y entidades de promoción y recreación deportiva de la Región de Murcia.**

Artículo 3: 105-10. Artículo 14: 105-10. Artículo 22: 83-10.

**222/2006, de 27 de octubre, por el que se regula el Registro de Entidades Deportivas de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.**

Artículo 3: 105-10.

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

Artículo 3: 226-10. Artículo 9: 226-10. Artículo 15: 226-10. Artículo 16: 226-10. Artículo 19: 226-10.

**258/2007, de 13 de julio, por el que se establece el contenido y procedimiento de los estudios de inundabilidad en el ámbito del Plan de Ordenación Territorial del Litoral de la Región de Murcia.**

Artículo 7: 210-10.

**280/2007, de 3 de agosto, regulador de los Organizadores Profesionales de Congresos de la Región de Murcia.**

Artículo 2: 226-10. Artículo 3: 226-10.

**294/2007, de 21 de septiembre de 2007, por el que se crea el registro de apoderamientos, para facilitar las relaciones de los ciudadanos, a través de medios telemáticos, con la Consejería de Agricultura y Agua.**

Genérico: 118-10.

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

Artículo 12: 226-10. Artículo 13: 226-10. Artículo 14: 226-10.

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

Artículo 1: 146-10. Artículo 4: 146-10. Artículo 5: 146-10.

**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.**

Genérico: 42-10. Artículo 12: 263-10. Artículo 14: 263-10.

**65/2008, de 26 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento del Juego del Bingo de la Comunidad Autónoma de Andalucía.**

Genérico: 102-10.

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

Genérico: 93-10. Artículo 9: 102-10. Artículo 33: 102-10.

**262/2008, de 5 de septiembre, por el que se establece el currículo del Bachillerato en la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.**

Genérico: 07-10.

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

Artículo 2: 238-10. Artículo 3: 238-10. Artículo 4: 238-10. Artículo 6: 238-10. Artículo 7: 238-10. Artículo 10: 238-10.

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

Genérico: 59-10, 60-10.

**311/2009, de 25 de septiembre, por el que se regula la composición, organización y funcionamiento de la Comisión del Juego y Apuestas de la Región de Murcia.**

Genérico: 93-10.

**4/2010, de 29 de enero, por el que se desarrolla en la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia el Real Decreto 1892/2008, de 14 de noviembre, por el que se regulan las condiciones para el acceso a las enseñanzas universitarias oficiales de grado y los procedimientos de admisión a las Universidades públicas españolas.**

Genérico: 185-10.

**9/2010, de 12 de febrero, por el que se regula la acreditación de los centros, establecimientos y servicios sanitarios de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, se crea la Comisión Regional de acreditación de Centros, Establecimientos y Servicios Sanitarios, y se modifica el Decreto 73/2004, de 2 de julio, por el que se regula el procedimiento de autorización sanitaria de los centros, establecimientos y servicios sanitarios y el registro de recursos sanitarios regionales.**

Artículo 14: 215-10.

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

Artículo 19: 139-10.

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

Artículo 26: 168-10.

## 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: 55-10, 87-10.

**25 de noviembre de 1992, de la Consejería de Administración Pública e Interior, por la que se establece un horario especial para el Registro de la Presidencia y General de la Comunidad Autónoma.**

Genérico: 118-10.

**27 de diciembre de 2002 de la Consejería de Sanidad y Consumo, por la que se determinan los criterios de gestión de la prestación sanitaria buco-dental destinada a la población infantil de la Región de Murcia.**

Genérico: 212-10.

**4 de diciembre de 2003, de la Consejería de Obras Públicas, Vivienda y Transportes por la que se establecen normas de pago de los billetes en los servicios públicos regulares permanentes de uso general de transportes de viajeros por carretera.**

Artículo 0: 165-10.

**19 de abril de 2004, de la Consejería de Obras Públicas, Vivienda y Transportes. sobre normas de control de los servicios públicos de transporte de viajeros por carretera.**

Genérico: 165-10.

**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.**

Genérico: 147-10.

**3 de abril de 2006 que regula el procedimiento de admisión de niños/niñas en Centros de Educación Preescolar dependientes de la Consejería de Educación y Cultura.**

Genérico: 30-10.

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

Genérico: 23-10.

**17 de julio de 2006, de la Consejería de Educación y Cultura, por la que se regula el servicio de comedor escolar de los Colegios Públicos de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.**

Artículo 14: 63-10. Artículo 15: 34-10. Artículo 18: 63-10.

**25 de julio de 2006, de la Consejería de Educación y Cultura, por la que se adscribe el Equipo de Orientación Educativa y Psicopedagógica Específico de Convivencia Escolar, a la Dirección General de Ordenación Académica.**

Genérico: 222-10.

**30 de abril de 2007, por la que se modifican los plazos previstos en la Orden de 3 de abril de 2006 (B.O.R.M. de 15 de abril) que regula el procedimiento de admisión, renovación y traslado de centro de niños y niñas en Centros de Educación Preescolar dependientes de la Consejería de Educación y Cultura.**

Genérico: 30-10.

**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.**

Artículo 1: 261-10.

**24 de abril de 2009, de la Consejería de Obras Públicas y Ordenación del Territorio por la que se regulan las condiciones que han de observar los usuarios que viajan con niños en coches, sillas o carritos desplegados en los servicios de transporte público regular de viajeros de uso general por carretera de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.**

Genérico: 165-10.

**19 de mayo de 2010, de la Consejería de Economía y Hacienda, por la que se dictan normas para la elaboración de los Presupuestos Generales de la Región de Murcia para el año 2011.**

Genérico: 219-10.

## **22.-Resolución**

**4 de abril de 2006, de la Dirección General de Ordenación Académica, por la que se dictan instrucciones en relación con situaciones de acoso escolar en los centros docentes sostenidos con fondos públicos que imparten enseñanzas escolares.**

Genérico: 222-10.

#### **ÁMBITO 4 .- Normativa autonómica de otras comunidades**

**Ley 1/2003, de 3 de marzo, de Igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres en Castilla y León.**

Artículo 46: 41-10.

**Ley 9/2003, de 2 de abril, para la igualdad entre mujeres y hombres. (Comunidad Autónoma Valenciana)**

Artículo 49: 41-10.

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

Genérico: 105-10, 226-10.

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

Genérico: 105-10, 226-10.

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

Genérico: 105-10, 226-10.

**Ley 6/2010, de 6 de abril, de modificación de diversas leyes forales para su adaptación a la Directiva 2006/123/CE relativa a los servicios en el mercado interior.**

Genérico: 105-10, 226-10.

**Decreto Legislativo 3/2009, de 22 de diciembre, por el que se modifican diversas leyes para la transposición en Andalucía de la Directiva 2006/123/CE, de 12 de diciembre de 2006, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a los servicios en el mercado interior.**

Genérico: 105-10, 226-10.

**Decreto 79/1997, de 3 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de Viajeros del Transporte Interurbano de la Comunidad de Madrid.**

Genérico: 165-10.

**Decreto 206/2000, de 14 de septiembre, del Consejo de Gobierno, por el que se aprueba el Reglamento de Viajeros de la Empresa Municipal de Transportes de Madrid, Sociedad Anónima.**

Genérico: 165-10.

**Decreto 4/2001, de 26 de enero, por el que se aprueba el Catálogo de juegos y apuestas de la Comunidad Autónoma de La Rioja.**

Genérico: 93-10.

**Decreto 176/2002, de 10 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento del juego del bingo de Castilla-La Mancha.**

Artículo 21: 102-10.

**Decreto 6/2004, de 27 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de máquinas de juego de Castilla-La Mancha.**

Genérico: 102-10.

**Decreto 20/2004, de 13 de febrero, del Consell de la Generalitat, por el que se crea el Observatorio de Género de la Comunidad Valenciana**

Genérico: 41-10.

**Decreto 30/2005, de 21 de abril, por el que se crea y regula el Observatorio de Género de Castilla y León.**

Genérico: 41-10.

**Decreto 250/2005, de 22 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Máquinas Recreativas y de Azar, de Salones Recreativos y de Juego y del Registro de Empresas de Juego de la Comunidad Autónoma de Andalucía.**

Genérico: 102-10.

**Decreto 43/2006, de 31 de marzo, del Consell de la Generalitat, por el que se aprueba el Reglamento del Juego del Bingo.**

Artículo 33: 102-10.

**Decreto 255/2008, de 23 de octubre, por el que se simplifica la documentación para la tramitación de los procedimientos administrativos y se fomenta la utilización de medios electrónicos. (Galicia)**

Artículo 4: 141-10.

**Decreto 23/2009, de 26 de marzo, de medidas relativas a la simplificación documental en los procedimientos administrativos. (Castilla y León)**

Genérico: 141-10.

**Decreto 71/2009, de 2 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento del juego del bingo de la Comunidad Autónoma de La Rioja.**

Artículo 13: 102-10.

**Decreto 200/2009, de 6 de noviembre, del Consell, por el que se modifican determinados preceptos del Decreto 115/2006, de 28 de julio, del Consell, por el que se aprobó el Reglamento de Máquinas Recreativas y de Azar.**

Genérico: 102-10.

**Decreto 6/2010, de 4 de febrero, por el que se aprueba el Catálogo de Juegos y Apuestas. (Cantabria)**

Genérico: 93-10.

**Decreto 14/2010, de 26 de febrero, por el que se establece la estructura básica del currículo del ciclo formativo de Técnico en Panadería, Repostería y Confitería. (Comunidad Autónoma de La Rioja)**

Genérico: 157-10.

**Decreto 58/2010, de 18 de marzo, por el que se establece el currículo del ciclo formativo de grado medio correspondiente al título de técnico en servicios en restauración. (Galicia)**

Genérico: 214-10.

**Resolución de 14 de diciembre de 2009, de la Consejería de Bienestar Social y Vivienda, por la que se regula la determinación de la capacidad económica de las personas que tengan reconocida la situación de dependencia, las prestaciones económicas y la participación en el coste del Servicio de Ayuda a Domicilio del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia (SAAD) en el Principado de Asturias.**

Artículo 4: 100-10.





**DICTAMEN 01/2010**

**Asunto** Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hija, debida a accidente escolar.

**Consultante** Consejero de Educación, Formación y Empleo

**Fecha** 04/01/2010

**Extracto de Doctrina**

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).

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** Con fecha 30 de enero de 2009 tuvo entrada en el Registro General de la Consejería de Educación, Formación y Empleo un escrito de la directora del Colegio Público "Gregorio Miñano", de Molina de Segura (Murcia), remitiendo el escrito de reclamación de responsabilidad patrimonial formulada por x., relativo al accidente escolar acaecido en fecha 7 de enero de 2009 por su hija, descrito, al igual que en el informe del accidente de 12 de enero de ese año, en los siguientes términos:

*"Un niño de 3º de Primaria, jugando un partido de fútbol en la pista, en la hora del recreo, lanzó el balón y le dio a la niña que pasaba por allí, en la cara, rompiéndole las gafas sin querer. Ella sin gafas no ve nada".*

A la solicitud de reclamación de daños y perjuicios, por importe de 117 euros, acompañaba el reclamante la siguiente documentación:

- Fotocopia compulsada del Libro de Familia.
- Original de la factura de "—" , de fecha 16 de enero de 2009, por una cuantía de 117 euros.

**SEGUNDO.-** Con fecha 16 de febrero de 2009, el Secretario General de la Consejería de Educación, Formación y Empleo resuelve admitir a trámite la reclamación de responsabilidad patrimonial y nombrar instructor del expediente, siéndole notificado al reclamante.

**TERCERO.-** A instancia del órgano instructor, con fecha 19 de febrero de 2009 se solicita informe a la Directora del Centro sobre los hechos acaecidos, quien lo escribe el 24 de febrero siguiente emite informe en el que expresa que *“las compañeras que vigilaban el patio el día 7 de enero de 2009 confirman que los hechos expuestos en el informe de Accidente Escolar del día 12-01-2009 sobre la rotura de gafas a x. por un pelotazo son ciertos y que el accidente fue fortuito.”*

**CUARTO.-** Con fecha 25 de marzo se concede trámite de audiencia al reclamante, sin que conste la formulación de alegaciones.

**QUINTO.-** El 7 de julio de 2009 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 recreativa de la alumna, con los 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.

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 (actuando su padre en su representación legal), al sufrir los daños físicos 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.- 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 funcionamiento 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, según informa el centro, *“las compañeras que vigilaban el patio el día 7 de enero de 2009 confirman que los hechos expuestos en el informe de Accidente Escolar del día 12-01-2009 sobre la rotura de gafas a x. por un pelotazo son ciertos y que el accidente fue fortuito”*, sin que conste que concurrieran circunstancias de especial peligrosidad que permitieran imputar el daño, de forma jurídicamente adecuada, a la Administración educativa.

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 02/2010**

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

**Consultante** Consejera de Sanidad y Consumo

**Fecha** 04/01/2010

**Extracto de Doctrina**

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.

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** El 12 de noviembre de 2005, x., actuando en su propio nombre y en el de la comunidad hereditaria de su padre x., compuesta por su viuda e hijos que cita, presentó escrito de reclamación de responsabilidad patrimonial dirigido al Servicio Murciano de Salud (SMS), en el que, en síntesis, expone lo siguiente.

Según el reclamante, el 5 de mayo de 2003 su padre fue ingresado en el Hospital Universitario “*Virgen de la Arrixaca*” debido a una afección de corazón. Fue intervenido satisfactoriamente para la colocación de 4 stents, y causó alta el 13 siguiente. Desde esa fecha su padre comenzó a encontrarse cada vez mas débil, hasta el punto de que el día 21 de agosto de 2003 es ingresado en el Hospital General “*Reina Sofía*”, aquejado de anemia, donde le diagnosticaron la existencia de un *Staphilococcus Aureus*, aparte de disnea y edemas en miembros inferiores. Permaneció ingresado hasta el 1 de septiembre de 2003, siendo remitido a casa para ser atendido por la Unidad de Hospitalización domiciliaria, si bien a criterio de esta última reingresó en dicho hospital el 4 siguiente por persistencia de fiebre, permaneciendo allí hasta el 26 de septiembre de 2003. Según el reclamante, a partir de ese momento comienza a desarrollarse un episodio de tratamiento de las extremidades inferiores del paciente, las cuales presentaban hallazgos congruentes con la existencia de polineuropatía sensitivo motora, de compromiso axonal, de grado moderado, en estadio crónico de evolución. Señala que a fecha 26 de marzo de

2004 aún no se había atajado la sepsis por *Staphilococcus Aureus*, según demuestra el informe manuscrito de tal fecha del Servicio de Medicina Interna del referido hospital, que aporta.

Posteriormente comienzan a abordarse una serie de intervenciones quirúrgicas, todas ellas satisfactorias en cuanto a su evolución, consistentes en diversas amputaciones de las extremidades inferiores del paciente, realizadas en el Hospital "*Virgen de la Arrixaca*" en las siguientes fechas:

- 29 de abril de 2004, la extremidad inferior izquierda.
- 16 de junio de 2004, el antepié derecho.
- 17 de julio de 2004, supracondilea de la extremidad inferior derecha.

En esas fechas aún no había remitido la sepsis, siendo tratada por los Servicios de Cardiología e Infecciosas del mismo Hospital, por presentar una endocarditis bacteriana, que es tratada con antibioticoterapia y corticoterapia.

Tras las referidas intervenciones es nuevamente remitido a su domicilio con estabilidad clínica y hemodinámica, y con las heridas en buen estado de cicatrización. Sin embargo, la sepsis aún no había sido controlada, y prueba de ello es que el 14 de octubre de 2004 es atendido nuevamente en Urgencias del Hospital "*Virgen de la Arrixaca*", remitido por su médico de familia, por presentar un importante cuadro de anemia que es tratado con dos unidades de concentrado de hematíes, siendo nuevamente enviado a su domicilio.

El día 6 de noviembre de 2004 el paciente ingresa en la UCI del Hospital General "*Reina Sofía*" (es un error, es en el Hospital "*Morales Meseguer*") procedente de su área de Medicina Interna, presentando un shock, y finalmente fallece el 12 de noviembre de 2004, con el diagnóstico de fallo multiorgánico secundario a sepsis por grampositivos.

Por todo ello, considera que su padre falleció con motivo de la endocarditis bacteriana contraída en un centro hospitalario público, debido a la falta de las debidas medidas profilácticas tendentes a evitar el contagio de virus intrahospitalarios, pues estima que es directa la relación existente entre la intervención de corazón a la que se sometió en mayo de 2003, con la colocación de 4 stents, y la aparición de los síntomas padecidos poco tiempo después, que revelan la existencia de un hemocultivo positivo a *staphilococcus aureus* que deriva en una endocarditis bacteriana. Asimismo, es directa la relación entre la infección y la causa de la muerte por fallo multiorgánico secundario a sepsis por grampositivo. A la vista de la

documentación de que dispone, descarta como causa del fallecimiento las patologías que dieron lugar a las amputaciones de las extremidades inferiores, pues de ellas se recuperó satisfactoriamente.

Por todo ello, en concepto de indemnización por daño moral por la muerte del paciente, y conforme con el baremo aplicable en materia de accidentes de circulación, solicita la cantidad de 128.104'54 euros para la comunidad hereditaria del fallecido, desglosada en las cantidades correspondientes a la viuda y los 6 hijos del paciente mayores de 25 años.

Con su escrito de reclamación aporta el Libro de Familia, diversos documentos de la historia clínica del paciente en los citados hospitales y un informe de 4 de noviembre de 2005 del Dr. x., que, a la vista de la documentación facilitada por el interesado, concluye lo siguiente:

*“A. X. se encontraba afectado, desde al menos 2003, por un cuadro patológico complejo con afectación cardíaca (I.A.M., Cardiopatía Hipertensiva, Miocardiopatía Hipertrófica, Endocarditis...), Sínd. Mielodisplásico con afectación predominante de serie roja, Vasculitis necrotizante, con afectación cutánea y subcutánea y posiblemente renal y nervios periféricos, y cuadro de isquemia de miembros inferiores por el que fue preciso amputar ambas extremidades.*

*B. Cuando en Abril de 2004 se decide su traslado desde el Hospital General Universitario al HUVA, el paciente se encontraba afectado por una Endocarditis Bacteriana. Los sucesivos tratamientos realizados por la isquemia que presentaba en miembros inferiores tuvieron buen resultado, pudiendo ser dado de alta a su domicilio con buena evolución de ese cuadro.*

*C. La situación de deterioro progresivo del enfermo, con anemia intensa, mal control de la glucemia, fiebre, etc., es indicador, a nuestro juicio, de que la situación séptica se perpetuó por la existencia de la Endocarditis diagnosticada en principio, sin llegar a controlarse totalmente con los tratamientos aplicados.*

*D. Los datos clínicos correspondientes al último ingreso en el Hospital General Universitario, que tuvo como motivo del alta el Exitus, confirman que éste se produjo por un cuadro de fracaso multiorgánico, relacionado con la situación séptica (Estafilococo Aureus) que hemos venido comentando.*

*E. Por tanto, ante la ausencia de otras causas inmediatas, y ante la existencia de datos clínicos suficientes, establecemos las siguientes conclusiones provisionales:*



- *El cuadro que condujo a la muerte del paciente se desarrolló a causa de un proceso séptico mal controlado, sobre la base de la Endocarditis que padecía, y un fracaso multiorgánico.*

- *Los cuadros patológicos por los que también fue tratado a lo largo del año 2004, especialmente la amputación de ambos miembros inferiores, tuvieron un buen resultado, pudiendo el paciente regresar a su domicilio tras estos procesos, sin necesitar nuevas revisiones, por lo que descartamos cualquier nexo causal entre ellos y el fallecimiento”.*

**SEGUNDO.-** Con fecha 28 de noviembre de 2005 el Director Gerente del SMS dicta resolución de admisión a trámite de la reclamación, que es notificada a las partes interesadas.

El 30 de noviembre de 2005 el órgano instructor solicita copia de la historia clínica e informes de los facultativos que atendieron al paciente en los citados hospitales.

**TERCERO.-** Mediante oficio de 11 de enero de 2006, el Director Gerente del Hospital “Virgen de la Arrixaca” remite copia de la historia clínica y diversos informes.

El informe de 21 de diciembre de 2005 del Dr. x., del Servicio de Cardiología, expresa lo siguiente:

*“Durante el ingreso en cardiología entre el 5 y el 13 de mayo de 2003, el enfermo fue tratado de un infarto agudo mediante angioplastia primaria con implante de 4 stents en coronaria derecha. Durante dicho ingreso la única complicación presentada por el paciente fue prurigo generalizado, diagnosticado por la Sección de Dermatología de prurigo generalizado con neurodermitis y lesiones de rascado de un año de evolución, sin adenopatías palpables, siendo citado su alta en la consulta de dicha especialidad para controles posteriores.”*

Por su parte, en informe de la misma fecha, el Dr. x., del mismo Servicio de Cardiología, se ratifica en lo consignado en la historia clínica con ocasión de la asistencia prestada al paciente el 5 de mayo de 2003, adjuntando copia de la correspondiente hoja de dicha historia (folios 429 y 430 exp.).

El informe de 11 de enero de 2006 de los Dres. x, y., del Servicio de Medicina Interna, señala lo siguiente:

*“Paciente con bacteriemia por Staphylococcus aureus sensible a meticilina, de adquisición comunitaria, que se complica con endocarditis infecciosa con verruga en válvula mitral y que muestra recidiva que es tratada en mayo de 2004, encontrándose al alta en remisión clínica y microbiológica tras tratamiento adecuado según protocolo.*

*La isquemia que presentó simultáneamente puede relacionarse como una complicación de la endocarditis bacteriana favorecida por su enfermedad de base hematológica (mielodisplasia) y cardiológica (miocardiopatía hipertrófica).”*

**CUARTO.-** Mediante oficio de 23 de diciembre de 2005, el Director Gerente del Hospital “Reina Sofía” remitió copia de la historia clínica e informe de 21 de diciembre de 2005 de la Dra. x., del Servicio de Medicina Interna (folios 45 y 46 exp.), del que se destaca lo siguiente:

*“Ingreso en Agosto 2003, tras acudir al Servicio de Urgencias por herida supurativa de primer dedo de pie derecho tras sufrir un golpe, refiriendo astenia y disnea progresiva con aparición de edemas en miembros inferiores, objetivándose en analítica anemia severa y fiebre, recibiendo tratamiento diurético, transfusión de 3 concentrados de hematíes e iniciándose tratamiento antibiótico con teicoplanina tras hemocultivos positivos a estafilococo aureus, con mejoría del cuadro y siendo trasladado, para seguimiento clínico y completar tratamiento antibiótico, por la Unidad de Hospitalización a Domicilio, con los diagnósticos al alta de:*

*Insuficiencia Cardíaca Congestiva*

*Anemia macrocítica severa con repercusión hemodinámica*

*Bacteriemia por estafilococo aureus*

*Cardiopatía isquémica*

*Miocardiopatía hipertrófica apical*

*Cardiopatía hipertensiva*

*Micosis digital en manos*

*Dado que persiste la fiebre, se decide de nuevo ingreso en hospitalización convencional y ampliar estudio, pero el enfermo, tras suspender tratamiento antibiótico y recoger hemocultivos, permanece afebril, con hemocultivos negativos, por lo que se decide alta (leer informe) y seguimiento en Consultas Externas de MI.*

*En las siguientes revisiones en Consultas externas, el enfermo refería estar asintomático, sin fiebre termometrada, pero en las analíticas de control persistía el aumento de los reactantes de fase aguda, llegando los resultados de serología y estudios inmunológicos, que fueron negativos.*

*En la última revisión, el enfermo refería que un mes antes presentó cuadro catarral que trató con un antibiótico que no recordó, presentando desde entonces cuadro de astenia importante, pérdida de apetito, pérdida de 5 kilos de peso, exacerbaciones de las lesiones cutáneas que presentaba de forma crónica con prurito, dolor en manos sin impotencia funcional ni inflamación (carpo y metacarpo-falángicas). No refería fiebre, aunque no se la había termometrado, no sudoración, apareciendo 5 días antes de acudir a la consulta lesiones purpúricas, que no desaparecen con la presión en miembros inferiores, presentando también disestesias en calcetín, ante la sospecha de vasculitis recomendando ingreso para repetir estudios, realizar biopsia de lesiones y EMG.*

*Se inició tratamiento corticoideo tras realización de biopsia, más su tratamiento habitual, alternándose periodos sin fiebre con periodos de febrícula, iniciándose tratamiento antibiótico, tras recibir un hemocultivo donde se aislaba estafilococo aureus, con teicoplanina, gentamicina, cefalosporina y posteriormente se le añade rifampicina, sin aparición de nuevas lesiones vasculíticas. Se realiza ecocardiografía transesofágica donde se visualiza imagen de trombo apical calcificado antiguo y sobre la misma una imagen nodular compatible con endocarditis, confirmándose con TAC y RNM cardíaca. Durante su evolución presenta isquemia de pie izquierdo, realizándose arteriografía donde se confirma trombo en tercio proximal de segunda porción de arteria poplítea izquierda; se inicia tratamiento con ciclosporina, sin mejoría, por lo que se traslada a CSVA, para realización de trombolisis.*

*Ante los datos clínicos, analíticos, histológicos y de imagen se llega a los siguientes diagnósticos provisionales:*

*-ENDOCARDITIS SUBAGUDA SOBRE TROMBO ANTIGUO POR ESTAFILOCOCO AUREUS.*

*-SÍNDROME MIELODISPLÁSICO CON AFECTACIÓN PREDOMINANTE DE SERIE ROJA.*

*-VASCULITIS NECROTIZANTE SECUNDARIA CON AFECTACIÓN CUTÁNEA Y SUBCUTÁNEA CON PROBABLE AFECTACIÓN RENAL Y DE NERVIOS PERIFÉRICOS.”*

**QUINTO.-** Mediante oficio de 10 de enero de 2006, la Directora Gerente del Hospital “Morales Meseguer” remitió copia de la historia clínica e informe de 5 de enero de 2006 del Dr. (FEA Medicina Intensiva), según el cual:

*“Revisada la Historia Clínica remitida, correspondiente a D. x., me ratifico en el Informe de Exitus de 12 de Noviembre de 2.004. Es decir, el paciente falleció por un fracaso multiorgánico, causado por una infección por cocos gram positivos, siendo la única identificación microbiológica objetiva un Staphylococcus Haemolyticus identificado en dos muestras de hemocultivo sobre tres extraídas el día 8 de Noviembre de 2.004.”*

**SEXTO.-** Solicitado informe a la Inspección Médica del SMS, fue emitido el 25 de agosto de 2008, en el que, tras exponer los antecedentes clínicos y analizar el tratamiento dispensado al paciente, concluye lo siguiente:

*“1. No se evidencian signos de infección nosocomial en la documentación analizada, por los siguientes hechos:*

*- El paciente, el día 05/05/03 es sometido a la realización de ACTP primaria a CD e implante de 4 stents. En su ingreso en UCI, como en su posterior traslado a planta, permanece asintomático y estable hemodinámicamente (sin fiebre ni otros signos de infección), por lo que es dado de alta el 13/05/03. La inoculación directa del Staphylococcus aureus al colocar los stents provoca una infección aguda fulminante dada la virulencia del microorganismo y no una endocarditis subaguda diagnosticada (04/03/04), es decir, 10 meses más tarde.*

*- En ambos servicios se siguen los protocolos y medidas dirigidas a prevenir las infecciones hospitalarias. Las medidas de asepsia empleadas se basan en las Recomendaciones de Eficacia Probada o Sugeridas por la Experiencia de Eickof.*

*2. Los hechos que orientan a una infección comunitaria son:*

*- Tras su alta hospitalaria el 13/05/03, el paciente reingresó tres meses después (21/08/03) con fiebre, motivo por el que se le solicita hemocultivos al día siguiente a su ingreso, siendo positivo para el Staphylococcus aureus (sensible a meticilina). Ajustándose dicha infección a la definición de bacteriemia comunitaria, es decir, aquella detectada dentro de las primeras 48 horas*

de la hospitalización, no mediando durante ese periodo ninguna actividad asistencial que pudiera haberlo inducido.

- Entre los antecedentes personales del paciente destacan alteraciones epiteliales (lesiones de rascado de un año de evolución), enfermedades crónicas asociadas a inmunosupresión (síndrome mielodisplásico, hepatopatía crónica, miocardiopatía hipertrófica), así como datos epidemiológicos en relación con factores de riesgo (viajes realizados a vaquerías y granjas ese verano, picaduras de pulgas en EE11...), traumatismo en primer dedo pie derecho con supuración. Todo ello favoreció el paso del microorganismo al torrente circulatorio.

3. La causa de la muerte, en definitiva, se debió a la mala evolución de la infección. La bacteriemia que podría haber sido transitoria, se alteró por la situación patológica cardíaca previa del paciente (miocardiopatía hipertrófica apical con calcificación de trombo antiguo), lo cual favoreció la colonización a distancia del *Staphylococcus aureus* provocando una endocarditis bacteriana y, a su vez, la inmunosupresión favoreció las metástasis a nivel vascular que provocó la vasculitis necrosante".

**SÉPTIMO.-** Por la mercantil "x", aseguradora del SMS, se aportó informe médico de 24 de noviembre de 2008, del Dr. x., que concluye lo siguiente:

"1. El paciente falleció de un shock hipovolémico secundario a una hemorragia digestiva alta y además por una sepsis por *Estafilococo hemolítico*, dentro de una enfermedad muy grave como era una vasculitis necrotizante que le llevó a varias intervenciones para amputación de miembros inferiores.

2. El paciente no falleció por una sepsis por *Estafilococo aureus*.

3. El paciente estaba curado de la endocarditis por *estafilococo aureus* que había padecido, ya que no volvió a tener problemas relacionados con esta enfermedad ni con este germen.

4. La infección por *estafilococo aureus* inicial y la sucesiva (con endocarditis) pudieron ser adquiridas fuera del hospital, ya que el paciente tenía factores de riesgo sistémicos (diabetes) y además locales (heridas de la piel) que pudieron ser la fuente de la infección. No necesariamente, por tanto, la endocarditis fue de adquisición dentro del hospital, no se encuentra esa relación entre la intervención para colocación de los stents y la bacteriemia por *estafilococo aureus*."

**OCTAVO.-** Otorgado trámite de audiencia a las partes, el 26 de enero de 2009 el reclamante presenta escrito en el que se ratifica en su reclamación inicial, apoyándose en el informe de 19 de enero de 2009 del Dr. x., del que se destaca lo siguiente:

*“A. En ningún momento se afirma que x. falleciese por una Endocarditis, sino por una sepsis causada por el S. Aureus. Esta infección fue tratada desde su segundo ingreso hospitalario, en agosto de 2003, recurriendo en diversas ocasiones.*

*B. Si la Sepsis causó o no una Endocarditis, no es motivo de esta discusión. Lo cierto es que falleció a causa de la Sepsis. La presencia de una Hemorragia digestiva la interpreto como causada por una "Úlcera de Estrés". El resultado de la endoscopia no habla concretamente de una hemorragia masiva aunque es cierto que se habla de shock por causa de la Hemorragia.*

*C. No consta la existencia de lesión alguna en el pie derecho, excepto una referencia indirecta. No hemos podido encontrar el diagnóstico de Panarteritis Nodosa en la documentación clínica. Las lesiones pruriginosas cutáneas eran antiguas y, al parecer, de larga evolución, no pudiendo ser interpretadas cabalmente como puerta de entrada del Estafilococo para producir una sepsis.*

*D. Por tanto, mantengo que, ante la ausencia de otras causas inmediatas, y dada la existencia de datos clínicos suficientes, pueden establecerse las conclusiones ya expresadas en el informe de 04 de Noviembre de 2005 que se amplían en las actuales CONCLUSIONES:*

*- El cuadro que condujo a la muerte del paciente se desarrolló a causa de un proceso séptico mal controlado, sobre la base de la Endocarditis que sobrevino, y un fracaso multiorgánico. Es la situación séptica la que causa el fracaso multiorgánico y la Endocarditis y, cualquiera de estas circunstancias, son suficientes para derivar en el éxitus.*

*- Los cuadros patológicos por los que también fue tratado a lo largo del año 2004, especialmente la amputación de ambos miembros inferiores, tuvieron un buen resultado, pudiendo el paciente regresar a su domicilio tras estos procesos, sin necesitar nuevas revisiones, por lo que descartamos cualquier nexo causal entre ellos y el fallecimiento.*

*- Posiblemente la Vasculitis causó la Neuropatía y aquélla fue causada a su vez por una reacción inmunitaria sobre la estructura vascular, ocasionada por la persistente infección.”*

**NOVENO.-** Dicho informe se trasladó a la Inspección Médica del SMS a efectos de que emitiese informe complementario, evacuado el 15 de abril de 2009, en el que se remite al emitido en su momento y añade lo siguiente:

*“La muerte de x. se produce efectivamente por una mala evolución de una infección por Staphylococcus aureus a pesar de ser tratada correctamente, dicha infección no cumple los criterios de nosocomial, puesto que es dado de alta asintomático el 13/05/03, reingresando 3 meses después (21/08/03) con fiebre, motivo por el que se le solicitan los hemocultivos, confirmándose Staphylococcus aureus sensible a meticilina y detectada dentro de las 48 horas de hospitalización, no mediando durante este período actividad asistencial que pudiera haberlo inducido.*

*- Las enfermedades concomitantes padecidas por el paciente pudieron influir en esa mala respuesta al tratamiento, y reiterar que la bacteriemia, que podía haber sido transitoria, se alteró por la situación patológica cardíaca (el diagnóstico principal con el que es dado de alta fue Insuficiencia Cardíaca Congestiva, Anemia Macroscítica severa con repercusión hemodinámica, Síndrome Mielodisplásico, Hepatopatía crónica de origen alcohólico, Bacteriemia por Estafilococo dorado, Cardiopatía isquémica, Micosis digital en manos y Miocardiopatía Hipertrófica Apical con calcificación de trombo antiguo), todo ello favoreció la colonización a distancia del Staphylococcus, provocando una endocarditis bacteriana y, a su vez, la inmunosupresión favoreció la metástasis a nivel vascular que provocó la vasculitis necrosante.”*

**DÉCIMO.-** Otorgado nuevo trámite de audiencia a las partes, el 2 de junio de 2009 el reclamante presenta escrito en el que se ratifica en lo alegado en sus escritos anteriores, oponiéndose a las conclusiones del informe de la Inspección Médica.

**UNDÉCIMO.-** El 19 de junio de 2009 se formula propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación; en síntesis, por considerar, conforme con los informes emitidos, que no se ha acreditado la existencia de mala praxis médica o infracción a la *“lex artis ad hoc”*, por lo que no existe relación de causalidad jurídicamente adecuada entre los daños por los que se reclama indemnización y el funcionamiento de los servicios públicos sanitarios regionales. Propuesta de resolución que fue remitida a este Consejo Jurídico, junto al 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.**

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, reguladora de este Consejo Jurídico.

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

I. Según se expresa en el primer párrafo de la reclamación objeto del presente procedimiento, el interesado reclama indemnización a título propio – es decir, como persona que experimenta el daño moral por el fallecimiento de su padre, a consecuencia, según alega, del mal funcionamiento de los servicios públicos sanitarios regionales- y, además, en nombre de la comunidad hereditaria causada por el fallecimiento de éste, compuesta, según manifiesta, por la viuda y los hijos que se citan en dicho escrito de reclamación, en el cual solicita que se abone *“a la comunidad hereditaria de x. la cantidad de 128.104,54 euros, correspondiendo a cada uno de los herederos las cantidades detalladas en el apartado V de los fundamentos de derecho”* (en el que se desglosan las cantidades que, como indemnización básica por muerte, se establecen en el baremo aplicable en materia de accidentes de circulación, correspondientes al cónyuge y los hijos del fallecido mayores de 25 años, incluido el compareciente).

Por lo que se refiere a la reclamación formulada en nombre de la referida comunidad hereditaria, debe decirse que, sin cuestionar que el compareciente, como presunto coheredero, pueda reclamar en nombre o interés de aquélla, la misma no tiene legitimación para reclamar o reconocérsele indemnización por los daños morales derivados del fallecimiento del causante, ya que, dada la naturaleza personalísima de tales daños, sólo cabe referirlos a personas físicas en su condición de parientes del fallecido, que son los que sufren personalmente tal daño, de forma que el derecho al resarcimiento es propio de ellos y no pertenece o se integra en la herencia de aquél, ni, consiguientemente, en el patrimonio de los herederos a título de tales. Cuestión distinta es la legitimación de los herederos en su condición de parientes directos del fallecido.

Por ello, en el presente caso debe negarse legitimación activa a la comunidad hereditaria en cuyo favor reclama el compareciente, si bien procede requerirle para que acredite la debida representación de su madre y los hermanos que cita en el escrito de reclamación, representación



que sólo podría ser otorgada de forma expresa y a título personal (artículo 32.4 LPAC). Todo lo anterior deberá ser consignado en la resolución que ponga fin al procedimiento, debiendo actuar en este punto conforme resulte del indicado trámite.

Por otra parte, y en todo caso, al compareciente cabe reconocerle legitimación activa para reclamar indemnización para sí mismo a título propio -como hijo, y no meramente heredero, del fallecido, según se ha dicho-, como así parece que también actúa en este procedimiento, según se desprende del escrito de reclamación.

La legitimación pasiva corresponde, en principio, a la Administración regional, por dirigirse contra ella la pretensión indemnizatoria.

II. No hay objeción que realizar sobre la temporaneidad de la reclamación, conforme con lo establecido en el artículo 142.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC).

III. En cuanto al procedimiento tramitado, se han seguido las formalidades esenciales propias de 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 sanitarios regionales y los daños por los que se reclama: falta de acreditación.**

Aplicadas las precedentes Consideraciones al caso que nos ocupa, no puede considerarse acreditada la necesaria y adecuada relación de causalidad entre el alegado mal funcionamiento de los servicios públicos sanitarios regionales y el daño por el que se reclama indemnización. Si bien en su escrito inicial el reclamante alegó que dicho mal funcionamiento estribó en el contagio al paciente de *Staphilococo aureus* con ocasión de la intervención quirúrgica de colocación de 4 stents realizada el 5 de mayo de 2003 en el hospital “*Virgen de la Arrixaca*”, alegando que ello se había producido por no cumplirse en la intervención las necesarias medidas profilácticas para evitar la infección nosocomial, en los posteriores escritos de alegaciones omite toda referencia a dicha intervención como origen del contagio, y sostiene, con base en el informe pericial que aporta, que el fallecimiento de su padre se debió a “*un proceso séptico mal controlado sobre la base de la endocarditis que sobrevino*”, con lo que viene a imputar a los servicios públicos una mala praxis en el tratamiento de dicha sepsis, debiéndose destacar que tal informe no señala ni indiciariamente en qué pudo ser inadecuado el tratamiento que, durante sus diversas asistencias hospitalarias, se dispensó al paciente para tratar la sepsis por *staphilococo aureus*, por lo que no cabe apreciar mala praxis en dicho tratamiento.

Por otra parte, e incidiendo en el origen del contagio, hospitalario o comunitario, de los agentes infecciosos que se advirtieron en el paciente, y aunque los informes de la Inspección Médica del SMS y de la compañía aseguradora no coinciden acerca de cuál fue el que contribuyó al fallo multiorgánico causante del fallecimiento (el primero alude al *staphilococo aureus*, y el segundo al *staphilococo haemolyticus* a que se refiere el informe transcrito en el Antecedente Sexto), lo cierto es que ello no resulta decisivo para las pretensiones del reclamante. En la primera hipótesis, el informe de la Inspección señala que “*tras su alta hospitalaria el 13/05/03, el paciente reingresó tres meses después (21/08/03) con fiebre, motivo por el que se le solicita hemocultivos al día siguiente a su ingreso, siendo positivo para el Staphylococcus aureus (sensible a meticilina).*”

*Ajustándose dicha infección a la definición de bacteriemia comunitaria, es decir, aquella detectada dentro de las primeras 48 horas de la hospitalización, **no mediando durante ese periodo ninguna actividad asistencial que pudiera haberlo inducido.*** Asimismo señala que “entre los antecedentes personales del paciente destacan alteraciones epiteliales (lesiones de rascado de un año de evolución), enfermedades crónicas asociadas a inmunosupresión (síndrome mielodisplásico, hepatopatía crónica, miocardiopatía hipertrófica), así como datos epidemiológicos en relación con factores de riesgo (viajes realizados a vaquerías y granjas ese verano, picaduras de pulgas en EE11...), traumatismo en primer dedo pie derecho con supuración. Todo ello favoreció el paso del microorganismo al torrente circulatorio.” Y, en la hipótesis del staphilococo haemolyticus, advertida esta infección en el último ingreso del paciente y con ocasión de su fallecimiento, no hay ninguna circunstancia concluyente para afirmar su origen nosocomial, vistos los informes emitidos.

Por todo lo anterior, no cabe deducir con el suficiente grado de certeza que el origen del fallecimiento del paciente fuera una infección nosocomial u hospitalaria ni, en consecuencia, puede considerarse acreditado un anormal funcionamiento de los servicios públicos sanitarios, ni, en todo caso, que estuviera vinculado con la necesaria y adecuada relación de causalidad con el fallecimiento del paciente.

En consecuencia, no concurriendo los requisitos necesarios para la declaración de responsabilidad patrimonial de la Administración regional, procede desestimar la reclamación objeto del procedimiento de referencia.

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

### **CONCLUSIONES**

**PRIMERA.-** Procede requerir al interesado para que acredite la debida representación del cónyuge e hijos del fallecido a que se refiere en el escrito de reclamación, en los términos y por las razones expresadas en la Consideración Segunda, I del presente Dictamen. Debe declararse la falta de legitimación activa de la comunidad hereditaria del fallecido, por las razones asimismo expresadas en dicha Consideración.

**SEGUNDA.-** No se acredita la existencia de la necesaria y adecuada relación de causalidad entre el funcionamiento de los servicios públicos sanitarios regionales y los daños por los que se

reclama indemnización, por las razones expresadas en la Consideración Cuarta del presente Dictamen.

**TERCERA.-** En consecuencia, una vez se actúe conforme con lo indicado en la Conclusión Primera, la propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación se informa favorablemente.

No obstante, V.E. resolverá.



**DICTAMEN 03/2010**

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

**Consultante** Consejera de Sanidad y Consumo

**Fecha** 04/01/2010

**Extracto de Doctrina**

La determinación de si la asistencia sanitaria se ajusta o no a normopraxis descansa, de forma necesaria, en la apreciación efectuada por profesionales de la Medicina, pues sólo ellos poseen los conocimientos especializados precisos para una adecuada valoración de los actos médicos en el contexto concreto que presenta cada supuesto. Siendo necesarios, por tanto, conocimientos científicos para valorar hechos o circunstancias relevantes en el asunto -artículo 335 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC)-, el principal apoyo probatorio de las reclamaciones de responsabilidad patrimonial ha de ser, para el reclamante, un informe pericial que ponga de manifiesto los errores u omisiones 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-

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** Con fecha 4 de julio de 2006, x. presenta reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración regional, en solicitud de una indemnización por los daños sufridos con ocasión de la asistencia sanitaria recibida del Servicio Murciano de Salud.

Según el relato de hechos efectuado por el reclamante, el 17 de agosto de 2004 se somete a una polipectomía endoscópica en el Hospital General de Murcia, para extirparle cinco pólipos de sigma. Terminada la intervención se le dice que puede marcharse a casa.

Tras el alta hospitalaria, el paciente comenzó a sentir fiebre alta y dolores abdominales, que iban en aumento a medida que transcurrían las horas, por lo que el 19 de agosto acude al Servicio de Urgencias del Hospital “Morales Meseguer”, donde, tras realizarle una exploración y las oportunas pruebas radiológicas, se evidencia un abdomen agudo y neumoperitoneo, por lo que se le interviene de inmediato.

La intervención, mediante laparotomía media, evidencia un gran plastrón con pus en sigma, y absceso retroperitoneal al mismo nivel, por lo que se practicó una resección segmentaria de colon más colostomía provisional en vacío izquierdo. El alta hospitalaria es de fecha 27 de agosto.

El informe de Anatomía Patológica sobre el segmento de sigma extirpado al reclamante es del siguiente tenor: *“segmento de intestino grueso que mide 6 cm. de longitud y, muestra en superficie mesocólica-antimesentérica, abundante material verdoso de aspecto fibrinoide. A su apertura muestra una mucosa, edematizada y en el borde antimesentérico, una zona de perforación de 0,8 cm. de diámetro, de bordes edematosos. Al corte seriado del tejido adiposo, se observan pequeñas cavidades con contenido de aspecto purulento y el meso se observa tapizado por material de aspecto fibrinoide. Al corte seriado del mismo, no se aíslan ganglios linfáticos, Se incluyen cortes representativos”*.

El diagnóstico del citado estudio fue: *“segmento de intestino grueso, con necrosis transmural y peritonitis fibrino-purulenta”*.

El 11 de abril de 2005 es intervenido nuevamente para reconstrucción del tránsito intestinal y cierre de colostomía.

En el informe de alta hospitalaria tras esta nueva intervención, se hace constar la existencia de “perforación de sigma tras polipectomía”, como también en el informe de alta médica, de 7 de noviembre de 2005, donde se consigna como diagnóstico el de “perforación intestinal tras polipectomía”.

Para el reclamante, el facultativo que le practicó la polipectomía endoscópica el 17 de agosto de 2004, con infracción de la *lex artis*, le perforó el intestino grueso, sin apercibirse de ello y, sin someterlo a observación alguna en el postoperatorio, lo envió a su casa. Según el reclamante, existe una relación causal entre la intervención que se le practicó y la perforación del intestino grueso, haciéndole soportar daños derivados de circunstancias que, según el estado de los conocimientos de la ciencia y la técnica en el momento de su producción, se podían prever y evitar.

Valora los daños padecidos en 114.572,35 euros, más intereses por demora, conforme al siguiente detalle:



- 447 días de incapacidad, de los cuales 19 fueron de estancia hospitalaria y el resto improductivos, a razón de 60 euros/día, 26.864,70 euros.

- "*Lesión permanente parcial*", que describe como incapacidad para la ocupación habitual, lo que ha determinado su cambio de puesto de trabajo. Conforme al "baremo de tráfico", 4.272,05 euros.

- 46 puntos de secuela, incluido el factor de corrección por ingresos laborales, 83.435,60 euros.

Aporta junto a la reclamación diversa documentación acreditativa de su proceso clínico, informe de valoración médico-legal y declaración del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas correspondiente al año 2004.

**SEGUNDO.-** Admitida a trámite la reclamación por Resolución del Director Gerente del Servicio Murciano de Salud, de 20 de septiembre de 2006, se encarga su instrucción al Servicio Jurídico del Ente, que procede a comunicar la recepción de la reclamación al interesado, facilitándole la información prescrita 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).

Asimismo, comunica la reclamación a la compañía de seguros del Ente Público sanitario, a la Dirección de los Servicios Jurídicos, a la Dirección General de Asistencia Sanitaria y a los dos centros hospitalarios que atendieron al reclamante, requiriéndoles a estos últimos la remisión de la historia clínica e informe de los profesionales que le asistieron.

**TERCERO.-** Por el Hospital General Universitario se remite copia de la historia clínica e informe del facultativo que practicó la polipectomía al paciente el 17 de agosto de 2004. Este informe, suscrito también por el Jefe de Sección de Aparato Digestivo del indicado Hospital, es del siguiente tenor:

*"El día 11 de agosto de 2004, se realizó a x., con nº de historia clínica 14552, una colonoscopia completa por el Dr. x., sin complicaciones y con diagnóstico de pólipo de ampolla rectal que extirpa con pinza de biopsia, dado su tamaño, y con resultado histológico negativo para adenoma. Existen además dos pólipos más en sigma, que por sus características podían ser*

*extirpados con asa de diatermia en una segunda colonoscopia, con control de coagulación y valoración previa.*

*El día 17 de agosto de 2004, se realiza rectosigmoidoscopia con comprobación del estado de la coagulación, que no contraindicara la resección endoscópica de los pólipos descritos en la anterior exploración. La resección del pólipo se realizó, con sedación indicada en el tratamiento, según técnica habitual, con inyección de su base con adrenalina al 1/10000 para evitar hemorragia y posteriormente electrocoagulación con plasma argón como medida de más seguridad. El pólipo se recuperó y fue enviado a Anatomía Patológica, con diagnóstico de pólipo con invasión por adenocarcinoma, (tumor maligno), libre los límites de resección endoscópica.*

*Tras la polipectomía, y como indica el protocolo por la sedación que se le administró, estuvo observado y vigilado por el equipo médico y de enfermería, hasta que dado su buen estado y no presentar síntomas de alarma, se le indicó que podía marcharse a su domicilio. También dentro del protocolo, se le indicó que en caso de dolor abdominal, rectorragia o cualquier otra sintomatología que le preocupara, se presentara en el Servicio de Urgencias aportando los informes de las exploraciones realizadas.*

*Las exploraciones endoscópicas en general, por su carácter invasivo, tienen una ineludible tasa de complicaciones que se evalúan en una de cada mil exploraciones.*

*En el caso de las colonoscopias, la tasa de complicaciones, cuando éstas son sólo diagnósticas, se estima en 0,025% y asciende a 3-4% cuando se asocian a técnicas terapéuticas como la polipectomía.*

*Otro factor determinante en el desarrollo de complicaciones endoscópicas está en relación con la experiencia de los facultativos y del personal de enfermería. La experiencia de nuestro Servicio está claramente refrendada por la trayectoria de más de 20 años de la Especialidad de Aparato Digestivo y sus técnicas endoscópicas, con más de 36.500 exploraciones, de las cuales 7.196 corresponden a colonoscopias con una tasa global de perforaciones de 11, lo que supone el 0.15% del total. Un número de polipectomías de más de 600 con un porcentaje de perforaciones del 1,8%. Ambos porcentajes equiparables a los publicados por los distintos centros de trabajo nacionales e internacionales".*

*En la historia clínica consta el informe de 19 de abril de 2005, de alta hospitalaria tras la intervención de reconstrucción del tránsito intestinal y cierre de colostomía, (folio 121), en el que se*

hace constar entre los antecedentes personales: *“Polípectomía endoscópica con AP de adenoma vellosos con adenocarcinoma bien diferenciado que afecta al pedículo de implantación y queda próxima al borde de resección. Perforación de sigma tras polipectomía. HTA esporádica”*.

También se remite historia clínica del paciente obrante en el Hospital “Morales Meseguer”, sin que se acompañe en este caso informe de los facultativos que atendieron al paciente, al considerar el centro hospitalario que tal informe ya se había emitido por quienes le prestaron asistencia en el Hospital General Universitario.

**CUARTO.-** Solicitado, en fecha 4 de diciembre de 2006, informe al Servicio de Inspección de Prestaciones Asistenciales, se emite el 15 de noviembre de 2008, con la siguiente conclusión:

*“En el caso del x., la actuación fue ajustada por cuanto se realizó un diagnóstico correcto, precisamente con la misma técnica que produjo la complicación, en la que también fue informado de los riesgos y complicaciones, firmando tras ellas el consentimiento informado, se informó al paciente de las diferentes alternativas de tratamiento existentes, aunque existe una evidencia científica sobre la idoneidad de la realización de esta técnica para el diagnóstico que nos ocupa. La técnica fue realizada correctamente y con los resultados esperados. Fue advertido el paciente que incluso realizando de forma correcta la colonoscopia y por un especialista experto en la misma, es inevitable un porcentaje (ciertamente pequeño) de complicaciones inherentes a la misma y en las que por más que se tomen todas las precauciones de indicación y realización que son conocidas en la actualidad, es imposible de evitar. En este caso, ni el paciente sufría factores predisponentes que desaconsejaran la intervención, su preparación fue idónea y el médico endoscopista tiene una reconocida experiencia con un porcentaje de complicaciones muy por debajo de los encontrados en la literatura científica.*

*El paciente aceptó la misma y firmó el consentimiento informado que expresamente incluía las complicaciones que luego sufrió. En definitiva, la relación causal en que se fundamenta la reclamación queda desvirtuada al no existir mala praxis o negligencia”*.

**QUINTO.-** Por la aseguradora del Servicio Murciano de Salud se aporta informe médico colegiado de cuatro especialistas en Medicina Interna, en el que, tras relatar los hechos objeto de la reclamación y formular las oportunas consideraciones médicas, concluyen como sigue:

*“1. La técnica es la indicada para el manejo de esta patología (pólipos múltiples sésiles y pediculados del tamaño que presentaba el paciente).*

2. *El paciente no tenía ninguna contraindicación que impidiera su realización.*

3. *El personal médico y de enfermería que la realizó tiene acreditada su preparación con un número suficiente de intervenciones, y un número de complicaciones dentro de los márgenes que se encuentran en la literatura médica.*

4. *El paciente fue adecuadamente informado de los riesgos de la técnica (de hecho, lo fue en dos ocasiones).*

5. *La realización de la prueba se realizó sin complicaciones aparentes, siguiendo el protocolo establecido.*

6. *El paciente, tras un período de observación suficiente, fue dado de alta sin síntomas, al contrario de lo que afirma el reclamante.*

7. *El paciente fue informado de los síntomas que debía vigilar, y por los que debía consultar en caso de presentarse.*

8. *La consulta del paciente se realiza dos días después de la técnica, y según se recoge en la documentación aportada tenía síntomas de más de 24 horas de evolución. Los datos anatomopatológicos confirman una perforación de pequeño tamaño, congruente (proporcionada) con el pólipo extirpado, y relacionado con la propia técnica extirpación, y no con una inadecuada técnica de extirpación.*

9. *El pólipo extirpado mostraba un componente neoproliferativo (tumoral) que pudo favorecer la perforación.*

10. *El diagnóstico de la perforación fue precoz en el Servicio de Urgencias.*

11. *La intervención de la perforación se realizó de forma rápida y sin complicaciones.*

12. *La reconstrucción posterior tampoco presentó complicaciones añadidas”.*

**SEXTO.-** Conferido trámite de audiencia al reclamante, el 26 de marzo de 2009 presenta escrito de alegaciones en el que, a la luz de los informes de la Inspección Médica, de la aseguradora y de los facultativos que atendieron al paciente, presume que, como en el informe de

estos últimos no consta la técnica utilizada para la extirpación de los pólipos, hubo de ser la pinza de biopsiar y no el “asa”, que es la que debió utilizarse en atención a las características del pólipo extirpado (sésil y de 1,5 cm. de diámetro). Considera que sólo con la pinza de biopsiar se puede invadir las paredes del intestino, lo que no puede ocurrir si se utiliza el “asa”, a menos que se utilice indebidamente.

Tacha, además, los informes de la Inspección Médica y de la aseguradora de parciales, realizando el alegante diversas consideraciones médicas opuestas a las consignadas en los aludidos informes.

**SÉPTIMO.-** Remitido el citado escrito de alegaciones a la Inspección Médica, por ésta se emite informe complementario en el que indica que, al contrario de lo afirmado por el reclamante, en el informe del endoscopista sí se recoge la técnica utilizada, pues allí consta que la resección del pólipo se realizó con sedación y “según la técnica habitual”, con inyección de su base con adrenalina al 1/10000 para evitar hemorragia y posterior electrocoagulación con plasma de argón como medida de seguridad. Aclara la Inspección que no es habitual especificar la técnica que se utiliza ya que ésta siempre es la misma: polipectomía por el procedimiento habitual, es decir, con asa de diatermia.

Indica, asimismo que la técnica que el reclamante afirma que se utilizó (pinza de biopsiar) sólo se usa para realizar biopsias, como su propio nombre indica, no para una polipectomía, salvo cuando los pólipos son muy pequeños.

Afirma también que el endoscopista, incluso realizó dos medidas de seguridad que no son siempre obligatorias, pues aplicó una inyección de adrenalina al 1/10000 para evitar hemorragias y, tras extirpar el pólipo con asa de diatermia, empleó la electrocoagulación con plasma de argón como segunda medida de seguridad.

Concluye la Inspección que *“como se dijo en el informe inicial la perforación intestinal en el caso de una polipectomía, es consustancial a la técnica, e inevitable en un 2 a 3 % de los casos, aun habiendo realizado todo el procedimiento conforme a la lex artis. Así consta en el consentimiento informado que se le dio e informó al paciente en su momento, y que firmó y aceptó los riesgos a que se exponía”*.

**OCTAVO.-** Conferido nuevo trámite de audiencia a las partes en el procedimiento, a la vista de la nueva documentación obrante en el expediente, el reclamante presentó escrito de

alegaciones, en las que, en relación al informe complementario emitido por la Inspección Médica, volvía a reafirmarse en las alegaciones inicialmente formuladas, poniendo el acento en que su afirmación acerca de que la técnica utilizada fue la pinza de biopsiar y no el asa de diatermia se basa en el informe anatomopatológico del segmento de colon extirpado durante la intervención de resección de éste, en el cual se puede leer que “la base de la resección del pólipo afecta a la capa submucosa del intestino”, de donde afirma que con el asa de diatermia es imposible afectar las capas submucosas del intestino, por lo que afirma que “es muy posible que, tras la extirpación del pólipo, el Dr. x. no controlara con precisión la aplicación del plasma argón y quemara más allá de la superficie de la pared intestinal, afectando la pared submucosa (sic) de la misma”.

En síntesis, el alegante se reafirma en “*que la afectación de la parte submucosa de la pared intestinal no podría haber acontecido sin que se hubiese utilizado la pinza de biopsiar*” y que la aplicación de plasma argón pudo coadyuvar a la perforación.

**NOVENO.-** Con fecha 20 de julio de 2009, el órgano instructor formula propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación, al considerar que no existe antijuridicidad del daño, al haberse adecuado la actuación de los profesionales intervinientes a la *lex artis*.

**DÉCIMO.-** Según consta en el expediente, el reclamante ha interpuesto recurso contencioso-administrativo, tramitado con número de procedimiento ordinario, 0000341/2007.

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 3 de agosto 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. El reclamante, al padecer 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 interesado para ejercitar la acción de reclamación, a tenor de lo dispuesto por el artículo 139.1 LPAC, en relación con el 4.1 RRP.

2. La legitimación pasiva deriva de la titularidad pública predicable tanto de la actividad sanitaria como del centro hospitalario en el que se prestó la asistencia a la que se imputa el daño, el Hospital General Universitario, dependiente del Servicio Murciano de Salud.

3. La reclamación fue interpuesta antes del transcurso de un año desde el alta médica, de fecha 7 de noviembre de 2005, momento en el que cabe considerar que se estabilizan las patologías y secuelas que se imputan a la asistencia sanitaria, y dentro, por tanto, del plazo anual de prescripción que, para el derecho a reclamar, establece el artículo 142.5 LPAC.

4. El examen conjunto de la documentación remitida permite afirmar que, en lo esencial, se han cumplido los trámites legales y reglamentarios que integran esta clase de procedimientos, salvo el plazo máximo para resolver, de conformidad con lo previsto en el artículo 13.3 RRP. Especialmente reprobable resulta la tardanza de casi dos años en evacuar el informe de la Inspección Médica, que casa mal con los principios de eficacia, agilidad y celeridad que han de inspirar la actuación administrativa.

Precisamente esa excesiva duración del procedimiento ha llevado al interesado a considerar desestimada su reclamación por silencio administrativo, interponiendo el oportuno recurso contencioso-administrativo. Ello no afecta a la obligación que incumbe a la Administración de dictar resolución expresa conforme a lo establecido en los artículos 42.1 y 43.4 LPAC, si bien procede que, previamente y en todo caso antes de dictar la resolución que haya de poner fin al procedimiento, por la instrucción se averigüe el estado de tramitación del recurso contencioso, toda vez que las últimas actuaciones que constan en el expediente en relación con el proceso judicial datan de septiembre de 2007.

**TERCERA.- Responsabilidad patrimonial en materia sanitaria. Requisitos.**

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

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

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

b) Que el daño o lesión sufrida sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos en una relación causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir, alterando el nexo causal.

c) Ausencia de fuerza mayor.

d) Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño.

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

Asimismo, al examinar reclamaciones patrimoniales en materia sanitaria, el Consejo de Estado ha afirmado en numerosas ocasiones (por todos, Dictamen núm. 3.362/2003) que, para estimar las reclamaciones de indemnización por daños derivados de intervenciones médicas o quirúrgicas, no resulta suficiente con que la existencia de la lesión se derive de la atención de los servicios sanitarios, pues ello llevaría a configurar la responsabilidad administrativa en estos casos de forma tan amplia y contraria a los principios que la sustentan que supondría una



desnaturalización de la institución. Así pues, de acuerdo con dicha doctrina, en casos como el presente se hace preciso acudir a parámetros tales como la *lex artis*, de modo tal que tan sólo en caso de una infracción de ésta cabría imputar a la Administración, de la cual dependen los servicios sanitarios, la responsabilidad por los perjuicios causados.

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

Por ello, la doctrina jurisprudencial lo utiliza como parámetro que permita determinar el grado de corrección de la actividad de la administración sanitaria a la que se imputa el daño, diferenciando aquellos supuestos en los que el resultado dañoso se puede imputar a la actividad administrativa y aquellos otros casos en los que el resultado se ha debido a la evolución natural de la enfermedad y al hecho de la imposibilidad de garantizar la salud en todos los casos, y ello porque, como ha manifestado la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo (sentencias de 4 de abril de 2000 y 17 de mayo de 2004, entre otras muchas), el criterio fundamental para determinar si concurre responsabilidad patrimonial en materia de asistencia sanitaria es el de la adecuación objetiva al servicio prestado, independientemente de que existan o no conductas irregulares por parte de los agentes de la Administración y del éxito de los actos terapéuticos, cuyo buen fin no siempre puede quedar asegurado.

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

##### 1. Alegaciones del reclamante.

Para el reclamante el daño se debe a una actuación contraria a la *lex artis* del facultativo que le practicó la polipectomía endoscópica el 17 de agosto de 2004, en el curso de la cual se

produjo una perforación de la pared intestinal, cuya resolución requirió de nuevas intervenciones quirúrgicas y que le generó daños de naturaleza física y psíquica, que no está obligado a soportar.

El reclamante afirma que la técnica utilizada para la polipectomía fue inadecuada, dado que el médico la llevó a cabo mediante “pinza de biopsiar”, que no era la indicada para las características del pólipo que se le extirpó, el cual hubiera precisado de la utilización de asa de diatermia. Considera, además, que de haber aplicado esta técnica sería imposible haber afectado la submucosa del intestino, afectación que considera acreditada con apoyo en el informe de anatomía patológica del fragmento de colon que le fue extirpado.

## 2. La *lex artis* y su prueba.

La determinación de si la referida imputación genera el derecho del interesado a ser indemnizado por los daños sufridos aparece íntimamente ligada al concepto de “*lex artis*”. 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 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 de objetividad e imparcialidad reforzadas, acerca de las actuaciones efectuadas por los facultativos de la Sanidad Pública.

### 3. Examen de la concreta actuación sanitaria que se denuncia.

Ha quedado acreditado en el expediente que, como consecuencia de la polipectomía endoscópica, el paciente sufrió una perforación intestinal. Hecho incontrovertido y que sustenta la

reclamación de responsabilidad patrimonial, en la medida en que los daños, cuyo resarcimiento se pretende, resultan bien de la referida intervención, bien de aquella a que hubo de someterse el reclamante para reparar la perforación.

Por el contrario, no cabe considerar acreditado que la actuación del endoscopista se apartara de los dictados de la ciencia médica al efectuar la resección de los pólipos.

En primer lugar, el informe médico-legal que aporta el interesado junto a su reclamación se limita a efectuar una síntesis de la evolución clínica del paciente y a describir su estado residual tras todo el proceso sanitario, pero no efectúa una valoración crítica de éste a la luz de la *lex artis* ni, en consecuencia, afirma que la intervención a la que se imputa el daño fuera contraria a normopraxis, dejando las imputaciones del interesado huérfanas del necesario apoyo técnico.

Así, en el inicial escrito de reclamación el interesado afirma que se produce una vulneración de la *lex artis* por la mera constatación de la perforación intestinal, sin identificar en qué medida este resultado es demostrativo de una actuación contraria a normopraxis.

Frente a esta alegación, la Inspección Médica no advierte en la actuación del endoscopista que practicó la intervención tal vulneración de las prescripciones de la ciencia médica, sino que considera que la actuación de aquél fue ajustada a normopraxis por cuanto tras un diagnóstico correcto, la polipectomía endoscópica se realizó correctamente y con los resultados esperados, no obstante lo cual se produjo la perforación intestinal, que califica como inevitable, pues aun realizándose la colonoscopia de forma correcta y por un especialista experto, *“es inevitable un porcentaje (ciertamente pequeño) de complicaciones inherentes a la misma y en las que por más que se tomen todas las precauciones de indicación y realización que son conocidas en la actualidad, es imposible de evitar”*, tal y como se le informa de forma reiterada al paciente al recabar su consentimiento para las dos colonoscopias que se le realizan.

Ha de recordarse, una vez más, que, conforme a numerosos pronunciamientos del Tribunal Supremo, la obligación del médico -y por extensión de la Administración Sanitaria- es una obligación de actividad o de medios, porque la calificación de una técnica como absolutamente segura no se compadece con la naturaleza de la medicina, que lejos de ser una ciencia exacta, está sometida, a pesar de los amplios conocimientos y avances técnicos existentes en nuestros días, a eventualidades y contingencias que no permiten asegurar el éxito del acto médico practicado. Por ello, en toda intervención existe una posibilidad de no obtener el resultado deseado o de alcanzarlo, pero generando complicaciones o secuelas típicas y estadísticamente datadas (en

el supuesto, un 2-3 % de las polipectomías producen perforación intestinal, según la Inspección Médica), pero que cabe calificar de inevitables, en tanto que inimputables a la actuación médica, pues aquéllas se producen en el curso de actuaciones ajustadas en todo a la *lex artis*. Precisamente el carácter conocido de tales eventualidades hace que se consignent como riesgos típicos de la correspondiente intervención y se ponga en conocimiento del paciente la posibilidad de su materialización, con ocasión de informarle debidamente acerca de los riesgos que asume al prestar su consentimiento a la actuación médica. Así ocurre en el supuesto sometido a consulta, pues consta al folio 54 de expediente una hoja de consentimiento informado para endoscopia digestiva que recoge entre los riesgos posibles de la intervención el de “perforación”, firmada por el paciente el 17 de agosto de 2004.

Es con ocasión de los dos trámites de audiencia cuando el reclamante concreta su imputación de mala praxis y afirma que la técnica que se le aplicó durante la polipectomía fue inadecuada, pues se utilizó la pinza de biopsiar para extraerle un pólipo, cuyo tamaño y forma desaconsejaban el uso de dicho instrumento e indicaban la aplicación del asa de diatermia. Alcanza dicha conclusión sobre la base de los siguientes razonamientos:

a) Sólo utilizando la pinza de biopsiar se puede explicar la perforación intestinal, imposible de producir con el asa.

Esta afirmación, sin embargo, contradice las de los peritos de la compañía aseguradora, quienes manifiestan que la técnica de la polipectomía con asa es susceptible de producir perforación intestinal, pues, ante un pólipo sésil y para crear un pedículo falso que lo eleve sobre la pared intestinal y facilitar el siguiente paso, que es seccionarlo con un asa que secciona y electrocoagula la base del pólipo, se inyecta adrenalina en la base del pólipo. Esta inyección produce una vasoconstricción local que puede favorecer en ocasiones un déficit de riego en la zona que colabore en la muerte de los tejidos, con su posterior debilitamiento y rotura, lo que origina la perforación. Por su parte, el uso de calor local puede producir también una muerte tardía de las células que rodean a la zona de extirpación, favoreciendo la perforación, la cual, además, pudo verse favorecida por la lesión neoplásica (adenocarcinoma) que se descubrió en el examen histológico del pólipo extraído. El tumor genera zonas de tejido de estructura anómala, que tienen una mayor facilidad para generar puntos débiles de posible rotura.

Frente a estas consideraciones, efectuadas por especialistas en Medicina Interna, no pueden prosperar las realizadas por quien no ha acreditado tener formación y capacitación en Medicina, tales como: a) la vasoconstricción provocada por la adrenalina es muy breve y dado el

grosor de la pared abdominal es muy difícil que mueran todas las células hasta llegar a la perforación; b) el calor debe aplicarse mediante “*toquecitos suaves y breves*” en los puntos de sangrado, de forma que si el médico infringe la *lex artis* y lo aplica de forma continuada y presionando en exceso, sí que produce la perforación; y c) los cánceres de colon se manifiestan mediante obstrucciones intestinales y no mediante perforación.

La ausencia de una prueba que las avale convierte estas alegaciones en meras manifestaciones de parte, huérfanas de cualquier sustento técnico y, en consecuencia, inhábiles para desvirtuar las consideraciones médicas contenidas en el expediente que consideran posible producir perforaciones intestinales al efectuar la polipectomía con asa.

b) El endoscopista no especifica en el protocolo de intervención la técnica utilizada, al contrario de lo que ocurre en la intervención de 11 de agosto, en la que expresamente se indica que utiliza la pinza de biopsiar en la extirpación de los pólipos.

Señala la Inspección Médica, por el contrario, que en el informe realizado por el endoscopista sí se especifica que la extracción del pólipo se realizó “*según la técnica habitual*”, aclarando que no es usual especificar la técnica que se utiliza, ya que ésta es siempre la misma: polipectomía por el procedimiento habitual, es decir con asa de diatermia. La técnica de la pinza de biopsiar sólo se utiliza para biopsias, no para polipectomías, y sólo cabe extraer pólipos con ella cuando éstos son extremadamente pequeños (0,2-0,3 cm.), no del tamaño del que se extrajo (1,5 cm. aproximadamente).

Al margen de la indicado por la Inspección Médica, del mero hecho de que el endoscopista no plasme en el informe sobre la intervención qué técnica utilizó para la polipectomía, no puede extraerse sin más que aplicó la pinza de biopsiar. Pero, además, lo cierto es que del análisis de los documentos obrantes en el expediente, puede deducirse que aquélla se realizó mediante asa de diatermia. En efecto, en el mismo protocolo de la intervención del 17 de agosto (folio 53 del expediente), que es cuando se realiza la polipectomía, se refleja la diferente técnica que utiliza el facultativo según el tipo de pólipo. Así, es significativo que, respecto al que se encuentra a 10 centímetros de los márgenes del ano, que expresamente califica como “pequeño”, describe la actuación realizada como “biopsio”. Por el contrario, respecto del que se encuentra a 40 centímetros, que califica de “pólipo sésil”, describe cómo inyecta en su base adrenalina “y posteriormente realizo polipectomía endoscópica”. Es decir, en la misma intervención aplica dos técnicas en atención a las características de cada pólipo diana: biopsia (cabe entender que con pinza de biopsiar, como su propio nombre indica) para el más pequeño, y polipectomía endoscópica para el más grande.

¿Qué instrumento se utilizó para esta polipectomía?, pues además de lo indicado por la Inspección Médica respecto a cuál es la técnica habitual, la respuesta la ofrece el propio endoscopista interviniente. En efecto, en el informe de la colonoscopia diagnóstica que aquél practica al paciente una semana antes de la polipectomía (folio 49), se hace constar que a 20 y a 35-40 centímetros se encuentran dos pólipos, el más alejado de mayor tamaño, y “*ambos susceptibles de polipectomía endoscópica*”. Posteriormente, en el informe emitido en fecha 27 de octubre de 2006, el endoscopista, sobre la base del indicado protocolo de la intervención, dirá que “*existen además dos pólipos en sigma que por sus características podían ser extirpados con asa de diatermia en una segunda colonoscopia*”. Es a continuación de este párrafo cuando el facultativo interviniente afirma que en dicha colonoscopia (la de 17 de agosto) se reseco el pólipo “*según la técnica habitual*”.

De lo expuesto se infiere que, aunque el endoscopista no afirme de forma concreta y específica que en la polipectomía utilizó el asa de diatermia, los antecedentes permiten considerar que así fue, pues en la intervención diagnóstica se valora el pólipo más grande como reseccable mediante polipectomía endoscópica, actuación terapéutica que el mismo facultativo identifica en su informe posterior como polipectomía con asa de diatermia.

c) En el informe de anatomía patológica del pólipo extraído consta que la base de la resección del pólipo afecta a la capa submucosa del intestino, lo que no podría haber ocurrido de utilizar el asa de diatermia.

Esta afirmación, que no ha sido objeto de valoración por la Inspección Médica, una vez más se realiza sin el necesario soporte probatorio técnico.

No obstante, ha de advertirse que la alegación persigue insistir en el uso para la polipectomía de la pinza de biopsiar, lo que se ha descartado en las consideraciones precedentes.

En cualquier caso, no puede olvidarse que el informe de anatomía patológica desvela la presencia de un adenocarcinoma en el pólipo, que infiltra el pedículo y queda próximo a la base de resección submucosa, lo que apunta una infiltración de la neoplasia en las capas internas del intestino y que la resección de aquélla fue completa. Que esta resección profunda no se puede realizar mediante la polipectomía con asa de diatermia, sino sólo con la pinza de biopsiar es algo que el reclamante no ha acreditado en el expediente, como le incumbía de conformidad con las reglas sobre carga de la prueba, positivadas en el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Procede, en consecuencia, informar favorablemente la propuesta de resolución que no advierte, en los hechos en que se basa la reclamación, la presencia de uno de los requisitos exigidos por el ordenamiento jurídico para declarar la responsabilidad patrimonial, pues la adecuación de la asistencia médica a la *lex artis ad hoc* excluye cualquier antijuridicidad del daño, que no puede ser imputado a la actuación de los médicos intervinientes, aun cuando haya quedado acreditada en el expediente la relación entre la polipectomía endoscópica y la perforación intestinal. Y es que *“una cosa es que las partes pudieran haber aceptado la relación causa-efecto (...) y otra cosa es la existencia o no de mala praxis en el actuar de la Administración que, de no existir, excluye la antijuridicidad del daño exigida por la Ley como elemento determinante del nacimiento de la responsabilidad administrativa”* (sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 28 de marzo de 2007).

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

### **CONCLUSIÓN**

**ÚNICA.-** Se informa favorablemente la propuesta de resolución desestimatoria, en tanto que no se aprecia la concurrencia de un daño antijurídico, elemento legalmente exigido para el nacimiento de la responsabilidad patrimonial de la Administración.

No obstante, V.E. resolverá.





## DICTAMEN 04/2010

<b>Asunto</b>	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por rotura de gafas durante su labor educativa.
<b>Consultante</b>	Consejero de Educación, Formación y Empleo
<b>Fecha</b>	04/01/2010

### Extracto de Doctrina

La conducta inadecuada de la perjudicada interfiere el curso de los actos rompiendo el nexo causal y exonera a la Administración de la atribución de la responsabilidad patrimonial, por lo que, aun cuando los hechos sucedieron en el ámbito de la prestación del servicio público educativo,

### ANTECEDENTES

**PRIMERO.-** Con fecha 28 de enero de 2009, x. presenta escrito de reclamación ante la Consejería de Educación, Formación y Empleo, por los daños sufridos el 14 de noviembre de 2008 en el Colegio Público de Educación Infantil y Primaria (CEIP) "Juana Rodríguez" de Calasparra, cuando impartía clase de música en el curso de 2ºB de Educación Primaria.

En dicha reclamación se describe lo ocurrido del siguiente modo:

*"...el día 14 del mes de noviembre de 2008, en el desarrollo de mi labor educativa, en la clase de Música del nivel 2ºB, de Educación Primaria, en la que también participa una alumna del aula abierta del Centro, x., cogió las gafas de mi uso personal y las rompió, quedando inservibles".*

Por lo anterior solicita *"se me abone el importe correspondiente a dichos daños materiales, por ser daño patrimonial, y que asciende según la factura que se adjunta a un importe de 500 euros".*

Acompaña el informe de la Jefa de Estudios, de 2 de diciembre de 2008, que expresa lo siguiente:

*"Según manifestación realizada por x., especialista de Música del C.E.I.P. "Juana Rodríguez" el día 14 de Noviembre de 2008 se produjo el siguiente incidente en el aula de Música:*

*Durante el horario lectivo del citado día se encontraban los alumnos de 2º-B de Educación Primaria en el aula de Música con la especialista de esta materia x.*

*En un momento determinado del desarrollo de esta actividad, manifiesta que una alumna con necesidades educativas especiales que da clase de Música con este grupo le cogió las gafas, las cuales se encontraban encima de la mesa del profesor, y sin que diera tiempo a quitárselas, las rompió, quedando completamente inservibles”.*

**SEGUNDO.-** Con fecha de 24 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.

**TERCERO.-** A requerimiento de la instructora, según oficio de 24 de febrero de 2009, el Director del CEIP emite informe que remite mediante escrito fechado el 12 de marzo del 2009, en el que expresa:

#### *“1.-OBJETO*

*El presente informe tiene por objeto dar a conocer al Servicio de Riesgos Laborales de la Consejería de Educación Formación y Empleo los hechos en relación con el incidente acaecido a las 12 h del día 14 de noviembre de 2008 en la clase de música.*

#### *2.- ANTECEDENTES*

*Con fecha 25 de septiembre de 2008, el Equipo de Apoyo de este centro valoró la conveniencia de que la alumna, de Educación Especial, x. asistiera a clase de Educación Física, Música y Animación a la Lectura acompañada de una ATE para controlar su comportamiento. Desde el primer día la maestra especialista de música, x., prescindió de la ATE voluntariamente.*

#### *3.- DOCUMENTACIÓN ADICIONAL*

*Se acompaña al informe los siguientes documentos:*

- Declaración de los dos ATES.*
- Declaración de la tutora del Aula Abierta x.*
- Declaración de la ATE x.*

#### 4.- SITUACIÓN PREVIA AL INCIDENTE

*De acuerdo con la información recogida por jefatura de estudios y la dirección del centro, la alumna de necesidades educativas especiales, x., ha estado asistiendo a clase de música con su grupo de referencia 2ºB sin la presencia de la ATE porque la maestra, parece ser, prescindió de ella alegando que no necesitaba vigilantes.*

#### 5.- DESCRIPCIÓN DEL INCIDENTE

*De acuerdo con la información recogida por jefatura de estudios y la dirección del centro parece ser que el día 14 de noviembre del 2008, la alumna de necesidades educativas especiales, x. inicio la clase de música con su grupo de referencia 2ºB, sin la presencia de la ATE. En el transcurso de la misma se levanto, se dirigió a la mesa del profesor, cogió las gafas de la maestra y las rompió.*

*Tras dichos acontecimientos el director del centro se puso en contacto con el departamento de Riesgos Laborales de esta consejería donde es informado de que legalmente no se puede resarcir económicamente el daño causado y de que la reposición económica correspondería a los padres, en todo caso. De dichas diligencias es informada la interesada.*

*El día 5 de diciembre del 2008 la alumna x., alumna del Aula Abierta del centro, acompañada de la ATE x. se personaron en la clase de música. La maestra que se encontraba en la puerta, les impidió la entrada a clase alegando, parece ser, que mientras no se solucionara la reposición económica de sus gafas, no les dejaría entrar a su clase y que ya había informado a la tutora de dicha decisión.*

*Dicho acontecimiento fue comunicado a jefatura de estudios y tras su conocimiento, el director lo comunicó telefónicamente a inspección.*

*De dichos acontecimientos tuvieron conocimiento también los padres de la alumna, los cuales mostraron su preocupación por los hechos producidos, admitiendo hacerse cargo de los daños producidos por su hija pero con el lógico malestar con la actitud de la maestra.*

*A la siguiente sesión, el día 12 de diciembre, la alumna fue acompañada por la ATE y la Jefa Estudios, portadora de un oficio, firmado por el Director del centro, en el que se le recordaba a*

*la maestra su deber de admitirla. Cuando llegaron a clase dicha maestra intentó impedir la entrada de nuevo a la niña, volviendo a esgrimir la frase de que hasta que no se solucionara su problema, por la Consejería, no sería admitida la niña. Tras hacersele entrega del mencionado oficio, admitió la entrada de ésta pero no la de la ATE. Con posterioridad tras considerar su postura admitió a la ATE en clase, a la semana siguiente. En la actualidad la niña asiste a clase de música acompañada ya de una ATE.*

## 6.-CONSIDERACIONES

*PRIMERA.- El Equipo de apoyo está recogido en nuestro Reglamento de Régimen Interior, aprobado por el Consejo Escolar del Centro el 12 de mayo de 1998 y su última revisión se realizó en el curso 2006-07. En él se recogen sus componentes así como sus competencias y funciones. Forma parte de los Órganos de Coordinación Docente y está reglamentado en la autonomía de los centros (LOE Art 120-2).*

*SEGUNDA.- Ningún maestro puede impedir la entrada a clase si no es por razones claramente marcadas en el Plan de Convivencia. Ni a ningún trabajador del centro cumplir con su misión dentro de su horario de trabajo.*

*TERCERA.- La ATE no se encontraba con la niña cuidando su comportamiento en clase, cuando se produjo la rotura de las gafas, ya que había prescindido voluntariamente de su presencia.*

## 7.- CONCLUSIÓN

*ÚNICA.- A la vista de los antecedentes descritos y en base a las Consideraciones presentadas, concluyo que podemos considerar que la rotura de las gafas de la maestra de música fue uno de los posibles incidentes que pueden ocurrir, realizado por una alumna síndrome de down que se encuentra en clase sin un cuidador que controle su conducta”.*

**CUARTO.-** En los escritos que se unen al informe de la Dirección del Centro se contienen las siguientes declaraciones:

### 1. De la tutora del aula abierta.

*“Yo x., tutora del aula abierta, quería comentar lo que me dijo la maestra de música acerca de la alumna x. el día 26 de noviembre de 2008 en mi media hora de tutoría.*

*La maestra me había pedido que cuando pudiera fuera a hablar con ella que me tenía que comentar un incidente ocurrido con esta alumna durante el transcurso de la clase de música del día 14 de noviembre de 2008. Dicho incidente fue la rotura por parte de la alumna de las gafas de la maestra a la cual me estoy refiriendo; la maestra me dijo que hasta que no se le diera una solución al incidente, no quería que la alumna asistiera a su clase, exponiendo además otros motivos por los que no le parecía adecuada la permanencia de la alumna en el aula de música, algunos de estos motivos son la mala ubicación de los enchufes en el aula, entre otras cosas”.*

## 2. De la Ayudante Técnico Educativo (ATE) x.

*“Que el pasado día 5 de diciembre de 2008 llegué al aula de música acompañando a la alumna x., sobre las 12:00 horas. Cuando llegamos la maestra x. acompañada de la maestra x. que se encontraban en la puerta, me dijo que hasta no se solucionara lo de sus gafas no admitiría a la niña en su clase. De dicha circunstancia informé a la Jefa de Estudios y acompañé a la niña, de nuevo, al Aula Abierta.*

*De lo ocurrido informo en el presente escrito, el cual firmo, para que conste a todos los efectos oportunos”.*

## 3. De las ATEs x, y.

*“Las ATEs del centro no asistimos a la clase de música acompañando a la alumna x. porque en un determinado momento, la maestra x. nos comentó que no necesitaba cuidadoras en el aula. Por tanto, abandonamos la clase dejando a la alumna al cuidado de la maestra”.*

**QUINTO.-** La instructora requiere a la interesada para que informe sobre los siguientes extremos:

*“1º En qué lugar del aula estaban las gafas.*

*2º Cuántos alumnos estaban en el aula en el momento del accidente.*

3º Si es cierto que usted, el día 14 de Noviembre, día en el que ocurrieron los hechos, se negó a que la ATE del centro estuviera presente en su clase acompañando a x., alegando, ante la ATE, que no necesitaba vigilantes en el aula.

4º Si es cierto que el día 5 de Diciembre de 2008 la alumna x., acompañada de la ATE, x., se personó en la clase alegando que mientras no se solucionara la reposición económica de sus gafas, no les dejaría entrar en su clase y que usted había informado a la tutora de esa decisión.

5º Si es cierto que el día 12 de diciembre usted intento impedir la entrada de nuevo de la niña y si posteriormente, tras hacerle entrega, la jefa de estudios, de un oficio firmado por el Director del Centro, en el que se le recordaba a la maestra su deber de admitirla, admitió la entrada de ésta pero no la de la ATE”.

El requerimiento fue cumplimentado por la interesada mediante informe que obra a los folios 32 y siguientes del expediente, en el siguiente sentido:

- Lleva a cabo una introducción de los hechos en la que, en síntesis, pone de manifiesto lo siguiente:

1. Narra lo acaecido en el aula el día del incidente de modo similar a como ya lo hiciera en el escrito de iniciación del expediente de responsabilidad patrimonial.

2. Que la única solución que se le dio por el Equipo Directivo para poder resarcirse del perjuicio sufrido como consecuencia de la rotura de sus gafas, fue que reclamara su importe a los padres de la niña, lo que rechazó de plano por considerarlo inadecuado.

3. Que los reparos que, en su día, opuso para la asistencia de x. a sus clases se debían a la falta de seguridad del aula.

4. Que desde principio de curso viene advirtiendo “la necesidad de un apoyo cualificado -y, por tanto, calificado- para poder trabajar con una alumna de estas características. No una ATE, sino alguien capacitado para trabajar el Currículo, de acuerdo con los requerimientos legales del propio Decreto de Currículo”.

5. Que el día 5 de diciembre de 2008, sin que mediara petición o comunicación al respecto, “viene la ATE con la alumna al aula, indicándole que no puede dejarla por la falta de seguridad del

*aula, ni porque tampoco está calificada para realizar la actividad de la materia de Música bajo mi dirección”.*

- A la primera pregunta contesta que *“sobre la mesa del profesor, a unos 30 cm. de donde estaba la profesora”.*

- A la segunda pregunta responde que *“20 alumnos más x”.*

- Sobre la tercera pregunta manifiesta que *“en absoluto. Lo que requerí, como indico más arriba, es la presencia de una persona calificada para la atención docente a la alumna -dadas sus características- de acuerdo con el ordenamiento legal vigente y los derechos que asisten a estos alumnos por su diversidad. Esto mismo es lo que indico en el escrito a la Dirección del Centro de fecha 12/01/09”.*

- En relación con la cuarta pregunta indica que *“es cierto que había informado a la Tutora, así como a la Jefa de Estudios que la alumna requería legalmente una acompañante cualificada para su presencia en la clase. No es cierto que el pretexto era la indemnización por la rotura de las gafas, como ha venido reiterando el Equipo directivo de forma verbal y por escrito”.*

- A la quinta pregunta contesta del siguiente modo *“es cierto que admití la entrada de la alumna en el aula por el oficio del Director del Centro, ya que de hacerlo por propia iniciativa hubiese infringido el derecho legal que asiste a la alumna de recibir una educación en la diversidad, aparte de otras circunstancias de seguridad, ya reiterados en el presente escrito”.*

**SEXTO.-** Con fecha 10 de mayo de 2009 se solicita a la Inspección Educativa informe sobre las funciones que ejerce un ATE; si es obligatoria su presencia en el aula cuando en ella haya un alumno con necesidades educativas especiales; y si puede un profesor prescindir de su presencia en la clase cuando entre sus alumnos figure algún alumno con esas características.

El requerimiento es atendido mediante informe emitido por dicha Inspección el día 4 de junio de 2009, en el que se pone de manifiesto lo siguiente:

1. Las funciones de los ATEs, a tenor de lo establecido en el artículo 12 de la Orden de la Consejería de Hacienda, de 19 de septiembre de 2003, son las siguientes:

a) Prestar servicios educativos complementarios para la formación de los alumnos con necesidades educativas especiales, atendiendo a éstos a su llegada al centro, en los hábitos de higiene, aseo y alimentación, durante la noche y demás necesidades análogas, potenciando su autonomía e integración.

b) Colaborar con los profesores y el resto de los profesionales en los cambios posturales y traslados de aulas o servicios de los escolares, en la vigilancia de éstos en los recreos y en las clases, en ausencia inexcusable del profesor

c) Asistir al alumno en relación con las tareas de la vida diaria que no pueda realizar solo a causa de su discapacidad.

d) Llevar a cabo la atención y cuidado en salidas, paseos, juegos y tiempo libre en general.

e) Colaborar con el maestro mediante la realización de tareas elementales que completen el trabajo de éste en orden a propiciar la autonomía personal y la formación del alumno.

f) Administrar la medicación que no requiera especialización profesional, prescritas por un facultativo y dosificada por el responsable del alumno.

g) Participar en las distintas reuniones de coordinación establecidas en los centros.

h) Aquellas otras actividades que les sean requeridas en el ejercicio de su profesión.

2. El marco legal dentro del cual ha de ejercitar el centro docente su autonomía pedagógica y organizativa es el Proyecto educativo y, dentro de él, las programaciones docentes de cada uno de los ciclos.

*“El Proyecto educativo debe recoger de modo global las medidas de atención a la diversidad del alumnado, que posteriormente se concretan en las programaciones docentes de cada uno de los ciclos y se detallan, en su caso, en las adaptaciones curriculares que sean precisas para cada uno de los alumnos con necesidades educativas especiales, previa evaluación psicopedagógica realizada por el equipo de orientación educativa y psicopedagógica”.*

3. *“No es obligatoria la presencia de un ATE en la clase cuando hay un alumno con necesidades educativas especiales. De hecho en muchos centros hay alumnado de este tipo y no*



*hay personal auxiliar, ya que sólo existe este personal cuando están escolarizados alumnos con necesidades educativas especiales que precisan ayuda para realizar tareas de la vida diaria que no puede realizar solo a causa de su discapacidad, y aún en este caso, será la programación docente y la adaptación curricular la que marque si es necesaria o no la presencia del auxiliar técnico educativo en el aula y en qué momentos y condiciones”.*

4. Finaliza afirmando que *“dentro del marco general establecido en el Proyecto educativo, la programación docente elaborada por todos los maestros del equipo de ciclo y las adaptaciones curriculares elaboradas por el tutor y los maestros especializados responsables de prestar la atención al alumnado con necesidades educativas especiales, asesorados por los equipos de orientación educativa y psicopedagógica, serán las que deben establecer y concretar si es precisa o no la presencia de un Auxiliar Técnico Educativo en la clase, en función de las necesidades educativas especiales que el alumno tiene, sin que cada uno de los maestros individualmente pueda decidir si prescinde o no de dicho recurso”.*

**SÉPTIMO.-** Otorgado trámite de audiencia a la reclamante el 25 de junio de 2009 para que pudiera tomar vista del expediente, entregar documentación o realizar las alegaciones que considerara convenientes, el cónyuge de la interesada, debidamente autorizado por ésta, obtiene copia del informe de la Inspección Educativa, sin que conste que, posteriormente, se formulase alegación alguna.

**OCTAVO.-** La propuesta de resolución, de 28 de septiembre de 2009, desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial, al entender que no existe relación de causalidad entre el daño sufrido y la prestación del servicio público.

Con fecha 5 de octubre 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 CEIP 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 recordar 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, remitiéndonos para ello a nuestro Dictamen 175/2009, en el que se contiene un exhaustivo análisis de dicha doctrina, de la que sólo reproduciremos aquí la relativa a los daños personales sufridos por los docentes por acciones del alumnado.

En relación con este último supuesto se afirma en el citado Dictamen lo siguiente:

*“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”.*

**CUARTA. Análisis sobre la concurrencia de los requisitos determinantes de la responsabilidad patrimonial en el presente caso.**

En el supuesto concreto objeto de Dictamen, con base en la documentación obrante en el expediente, ha quedado acreditado un daño o perjuicio patrimonial efectivo, individualizado en la reclamante, que se produjo en el transcurso de las actividades escolares propias del servicio público docente.

Por otro lado, la alumna causante del daño no puede ser considerada como un tercero, ejercitándose sobre ella unas facultades de vigilancia durante la jornada escolar que, en el presente caso, debían extremarse al presentar la menor unas necesidades educativas especiales; 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.

Lo anterior nos llevaría a reconocer la responsabilidad patrimonial de la Administración educativa en los daños sufridos por la reclamante, pero, para llegar a tal conclusión es preciso proceder antes a examinar si concurre otro elemento del daño, el de la antijuridicidad.

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 45 y 88/2005 y 122/2006), como el Consejo de Estado (entre otros, Dictámenes números 1164/2001y 2009/2002), 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.

Pues bien, considera este Órgano Consultivo que la Administración ha desplegado prueba más que suficiente para acreditar que el daño no fue consecuencia de la prestación del servicio público educativo, sino derivado de la conducta de la propia reclamante que se negó a la presencia de la ATE en el aula, impidiendo así que por ésta se pudiera llevar a cabo una vigilancia y control sobre la alumna a fin de evitar, precisamente, actuaciones como la que finalmente se materializó. Las razones aducidas por la x. (falta de cualificación de la ATE para la atención docente de la alumna), no pueden justificar su negativa, pues las funciones que corresponden a dichos ATEs no son docentes, sino de atención, cuidado y vigilancia (informe de Inspección Educativa obrante al folio 59). La presencia de un ATE en una clase en función de las necesidades educativas especiales de un alumno, se determina *“dentro del marco general establecido en el Proyecto educativo, la programación docente elaborada por todos los maestros del equipo de ciclo y las adaptaciones curriculares elaboradas por el tutor y los maestros especializados responsables de prestar la atención al alumnado con necesidades educativas especiales, asesorados por los equipos de orientación educativa y psicopedagógica(...), sin que cada uno de los maestros individualmente pueda decidir si prescinde o no de dicho recurso”*.

La reclamante, por su parte, no ha acreditado que obrara con la diligencia debida; muy al contrario, su rechazo a la presencia de la ATE supuso una actitud negligente que llevaba implícita una situación de riesgo no sólo para ella, sino también para la propia menor y para el resto de alumnos de su clase.

La situación descrita supone que la conducta inadecuada de la perjudicada interfiere el curso de los actos rompiendo el nexo causal y exonera a la Administración de la atribución de la responsabilidad patrimonial, por lo que, aun cuando los hechos sucedieron en el ámbito de la

prestación del servicio público educativo, determina que el daño deba ser soportado por la propia interesada.

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

### **CONCLUSIÓN**

**ÚNICA.-** Se informa favorablemente la propuesta de resolución desestimatoria, en tanto que no se aprecia la concurrencia de los elementos legalmente exigidos para el nacimiento de la responsabilidad patrimonial de la Administración.

No obstante, V.E. resolverá.



**DICTAMEN 05/2010**

<b>Asunto</b>	Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hijo, debida a accidente escolar.
<b>Consultante</b>	Consejero de Educación, Formación y Empleo
<b>Fecha</b>	11/01/2010

**Extracto de Doctrina**

Es abundante la doctrina sentada por los órganos consultivos 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.

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** Con fecha 29 de abril de 2009, tiene entrada en el Registro General de la Consejería consultante escrito del Director del Centro de Educación Infantil y Secundaria “Príncipe de Asturias” de Alhama de Murcia, sobre la reclamación suscrita por x., en nombre y representación de su hijo y alumno de dicho centro escolar, x., en solicitud de indemnización fundamentada en la responsabilidad patrimonial que a la Administración incumbe según los preceptos de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en lo sucesivo, LPAC), por los daños sufridos por el menor como consecuencia de un accidente escolar ocurrido el día 20 de abril de 2009, cuando, durante el desarrollo de la asignatura de psicomotricidad, su hijo y un compañero chocaron, cayeron los dos al suelo y, como consecuencia del impacto, se rompieron las gafas de x. Acompaña a su solicitud la siguiente documentación: a) factura de una óptica por importe de 92 euros; b) fotocopia del Libro de Familia acreditativo del parentesco entre el menor y el reclamante. Finaliza su escrito reclamando una indemnización por el importe de la reposición de las gafas, es decir, 92 euros.

Junto con la reclamación, el Director envía la comunicación de accidente escolar en la que se indica que el alumno accidentado cursaba, en el momento de acaecer los hechos, Educación Infantil (4 años), relatando aquéllos de forma sustancialmente idéntica a la que se recoge en la reclamación formulada por el padre del menor.

**SEGUNDO.-** Admitida a trámite la reclamación y designada instructora mediante Resolución de la Secretaría General de la Consejería de Educación, Formación y Empleo de fecha 7 de mayo de 2009, se dirige escrito a la Dirección del Colegio solicitando informe de la profesora que impartía la asignatura de psicomotriciad, acerca de las circunstancias en que se produjo el accidente.

El requerimiento es cumplimentado por el Director que remite, el siguiente día 22 de mayo, informe de la profesora, en el que se hace constar lo siguiente:

*“El accidente ocurrió el día 20 de abril del 2009 durante la sesión de psicomotricidad que, como maestra de apoyo, estaba realizando en ese momento con el grupo-aula del nivel de 4 años.*

*Al poco de comenzar la sesión de psicomotricidad, el alumno x. estaba corriendo por la sala cuando un compañero colisionó con él. Dicho choque produjo la caída de las gafas al suelo y seguidamente el alumno, x., encima de las gafas, rompiéndose parte de la montura (no cristales).*

*El alumno se encontraba realizando la actividad programada para esa sesión. En el momento del accidente nos encontrábamos en fase de calentamiento o parte inicial de la sesión, la actividad de esta fase consistía en caminar al ritmo del pandero: lento (caminar despacito), rápido (correr), dándoles suficiente tiempo para que los niños se adaptaran al movimiento. Cuando dejaba de sonar el pandero los alumnos paraban su movimiento. En el momento de la colisión el pandero sonaba rápido y los niños estaban corriendo.*

*El choque entre los dos alumnos, a mi parecer, fue sin intencionalidad y en todo momento los alumnos implicados seguían las instrucciones dadas por mí (caminar al ritmo del pandero). En el momento de la colisión me encontraba aproximadamente a unos cinco metros de los alumnos implicados y el suelo de la sala polideportiva se encontraba en unas buenas condiciones.*

*No estimo otro dato significativo para determinar el alcance de la supuesta responsabilidad del accidente escolar del alumno, que se saldó con parte de una montura de gafa rota. Los alumnos implicados no se hicieron ningún daño físico. Se informó a los familiares de cómo sucedió el accidente”.*

**TERCERO.-** Con fecha 16 de julio de 2009 la instructora se dirige al interesado a fin de que éste proceda a enviar factura justificativa de la reposición de las gafas de su hijo, dado que la



que acompañó a su escrito inicial está fechada el día 11 de diciembre de 2008, es decir, cuatro meses antes de ocurrir el accidente.

El siguiente día 24 de julio la instructora efectúa diligencia en la que hace constar que el reclamante ha notificado telefónicamente que la factura que unió a su reclamación era la correspondiente a las gafas que se rompieron y que, al día de la fecha, no había podido reponerlas debido a su precaria situación económica. Añade que en esos momentos el niño lleva unas gafas que le ha prestado el óptico.

**CUARTO.-** Conferido trámite de audiencia al interesado, éste no comparece ni presenta alegación o documento alguno, procediendo la instructora a formular propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación, al considerar que no existe nexo causal entre los daños sufridos por el alumno y el funcionamiento del servicio público prestado por el centro público donde se produjo el incidente.

En tal estado de tramitación y una vez incorporados los preceptivos extracto de secretaría e índice de documentos, V.E. dispuso la remisión del expediente al Consejo Jurídico en solicitud de Dictamen, mediante escrito que tuvo entrada en este Órgano Consultivo el pasado 22 de octubre 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.- Procedimiento, plazo y legitimación.**

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

La reclamación fue interpuesta dentro del plazo de un año a que se refiere el artículo 142.5 LPAC, habiendo sido formulada por persona que ostenta y acredita la representación legal 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 consultante es competente para resolver el presente procedimiento, al tratarse de unos presuntos daños imputados al funcionamiento del servicio público regional de educación en el que se integra el centro en el que ocurrió el accidente.

**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, éstos tienen el derecho a que aquélla les indemnice, salvo en los casos de fuerza mayor. Además, el daño tiene que ser efectivo, evaluable económicamente con relación a una persona o grupo de personas, siempre que éstas no tengan el deber jurídico de soportarlo de acuerdo con la Ley. De esta manera, la responsabilidad patrimonial de la Administración se presenta configurada como una responsabilidad objetiva y directa.

Ahora bien, a este respecto el Consejo Jurídico, al igual que lo ha hecho en anteriores Dictámenes emitidos en supuestos similares al presente, ha de destacar que si bien es cierto que nuestro ordenamiento jurídico configura un régimen de responsabilidad patrimonial de carácter objetivo, éste no convierte a la Administración en una aseguradora que deba responder automáticamente por el mero hecho de que el evento dañoso se haya producido como consecuencia de la utilización de bienes o servicios públicos con independencia del actuar administrativo, porque, de aceptar esta tesis, el régimen de responsabilidad patrimonial se transformaría en un sistema providencialista no contemplado en nuestro ordenamiento jurídico (sentencias del Tribunal Supremo de 5 de junio de 1998 y de 27 de mayo de 1999, y sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 25 de febrero de 1999).

Por otro lado, el Consejo de Estado en reiterados Dictámenes, entre los que podemos citar el número 229/2001, mantiene un criterio similar al jurisprudencial, al señalar que el carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial de la Administración no implica que “deba responder necesariamente de todos los daños que puedan sufrir los alumnos en centros públicos, sino que, para que proceda la responsabilidad patrimonial, deberán darse los requisitos que la caracterizan, legalmente establecidos en los artículos 139 a 146 LPAC”.

También es abundante la doctrina sentada por el mismo órgano consultivo que propugna la ausencia de la relación de causalidad cuando los hechos se producen fortuitamente, sin que 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.

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

Al respecto, el Tribunal Supremo, en sentencia de 26 de febrero de 1998, indicó que al profesorado le corresponde, durante el desarrollo de las actividades escolares, extraescolares y complementarias, el deber de observar la diligencia propia de los padres de familia. La indeterminación de este concepto, en tanto que alude a un estándar de comportamiento, exige acudir a las circunstancias concurrentes en cada caso para intentar concretar si dicha diligencia existió o no. En el supuesto estudiado cabe concluir que no existió negligencia alguna por parte del personal del Centro, dado que la instrucción no ha logrado descubrir o desvelar la existencia de factores específicos de riesgo, por lo que no resultaban exigibles mayores medidas de cuidado, las cuales, además, por el carácter puramente fortuito del accidente, habrían sido inútiles en orden a impedirlo.

Adviértase, además, que el juego que llevaban a cabo los escolares en el momento del accidente no puede calificarse de inapropiado para la edad de los participantes, ni se ha demostrado por el reclamante que no se ajustara a las reglas habituales de su práctica, de donde pudieran inferirse circunstancias acrecentadoras del riesgo que es connatural a cualquier actividad física. Ésta, por su parte, resulta necesaria para el desarrollo de las capacidades psicomotrices de

los menores en edades tan tempranas, finalidad que es propia de la asignatura que se impartía a los niños (Área de Psicomotricidad).

En consecuencia, cabe apreciar el carácter fortuito del daño y la ausencia de factores específicos de riesgo que hicieran exigibles medidas adicionales de cuidado, de donde no se desprende vulneración alguna del deber de cuidado propio de los docentes hacia los menores a ellos confiados.

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

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

### **CONCLUSIÓN**

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

No obstante, V.E. resolverá.



**DICTAMEN 06/2010**

**Asunto** Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por accidente en centro hospitalario.

**Consultante** Consejera de Sanidad y Consumo

**Fecha** 11/01/2010

**Extracto de Doctrina**

Resulta exigible a todo ciudadano una especial diligencia y unos deberes mínimos de cuidado, pero, al analizar las circunstancias que concurran en cada supuesto, se impondrá una valoración presidida por el principio interpretativo de la razonabilidad.

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** Con fecha 4 de mayo de 2004 x., nacida el 5 de diciembre de 1964, presenta reclamación ante el Hospital Universitario Virgen de la Arrixaca (HUVA), en la que señala que el día 28 de abril de 2004, cuando acudió al citado Hospital a hacerse una ecocardiografía, aparcó su automóvil en el parking del HUVA y al salir de aquél cayó sobre un hierro que sobresalía del adoquín, dándose un fuerte golpe en la pierna. Un celador acudió en su ayuda y la llevó al Servicio de Urgencia, donde le vendaron la herida y le prescribieron reposo y control por su médico de cabecera.

El siguiente día 3 de agosto, la reclamante adjunta nueva documentación:

a) Unas fotos en las que, según la interesada, puede apreciarse que *“el hierro que estaba para arriba ahora está remachado”*. Las copias de las citadas fotos que figuran en el expediente enviado a este Órgano Consultivo son de una calidad pésima y es imposible apreciar algo en ellas.

b) Parte de consulta y hospitalización en el que se indica que la reclamante fue diagnosticada de contusión en tobillo izquierdo el día 28 de abril de 2004.

c) Factura de una farmacia por importe de 216,63 euros.

La interesada reclama por los días que no ha podido trabajar debido a sus lesiones y manifiesta que el accidente fue presenciado por sus hijos.

**SEGUNDO.-** Con fecha 26 de agosto de 2004 el Jefe de Servicio de Ingeniería del HUVA emite el siguiente informe:

*“Realizada la inspección, según fotos adjuntas, se ha comprobado la existencia de dichos elementos, los cuales estaban destinados a sujetar las piezas de hormigón que impiden el acceso de vehículos a la zona destinada al acceso de heliosuperficie, siendo estas piezas instaladas en su día por la empresa concesionaria del Parking Subterráneo.*

*Inicialmente, esta instalación no comprendía un riesgo de caída a mismo nivel, ya que iba ligada al bloque, pero dicho bloque, ha podido ser roto y desplazado puntualmente por vehículos que ocasionalmente han invadido la zona destinada a heliosuperficie.*

*A tal efecto, se han dado las órdenes oportunas para su retirada”.*

**TERCERO.-** El día 4 de junio de 2005 el Servicio Jurídico del SMS requiere a la reclamante para que, a tenor de lo establecido en el artículo 6 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), complete su reclamación *“especificando las lesiones producidas, la presunta relación de causalidad entre éstas y el funcionamiento del servicio público, la evaluación económica de la responsabilidad patrimonial, si fuera posible, y el momento en que la lesión efectivamente se produjo, e irá acompañada de cuantas alegaciones, documentos e informaciones se estimen oportunos y de la proposición de prueba, concretando los medios de que pretenda valerse el reclamante”.*

El requerimiento es atendido por la interesada mediante escrito fechado el 20 de junio de 2005, al que acompaña la siguiente documentación:

- a) Informe de alta del Servicio de Urgencias del HUVA.
- b) Hoja de petición de ecocardiografía.
- c) Parte de consulta y hospitalización expedido por el Dr. x., del Consultorio Médico de Javalí Nuevo.

d) Declaración de la interesada en la que indica que, en la fecha en la que ocurrió el accidente, prestaba sus servicios por horas cuidando a un anciano (adjunta fotocopia del DNI de este último). Por dicho trabajo percibía 9 euros/hora y, debido a las lesiones sufridas, ha faltado a su trabajo durante dos meses.

**CUARTO.-** Mediante escrito fechado el día 28 de septiembre de 2005 se solicita informe al Dr. x., que lo emite el día 8 de febrero de 2006, en el siguiente sentido:

*“Según consta en historial clínico de la paciente, historia número x., fue atendida en este centro el día 7 de junio del 2004 por dolor en tobillo izquierdo, objetivándose en la exploración un hematoma en maléolo interno de dicho tobillo, no apreciándose impotencia funcional. Se propuso tratamiento antiinflamatorio (SERACTIL® 400 mg cada ocho horas y EFFERALGAN® 1 gramo cada ocho horas). No consta que se tramitara incapacidad laboral transitoria. Las consultas sucesivas (23 de septiembre, 17 de octubre y 22 de noviembre) fueron por motivos diferentes al anteriormente referido.*

*Con fechas 7 y 21 de junio fue atendida en consulta para emisión de informe sobre las lesiones objetivadas anteriormente, no estando en ningún momento en situación de incapacidad laboral transitoria”.*

**QUINTO.-** Con fecha 22 de mayo de 2006 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, contratista que ejecutó las obras del parking y aseguradora del SMS. Al mismo tiempo se les comunicaba la apertura del trámite de audiencia, a fin de que pudieran formular las alegaciones y presentar los documentos que considerasen oportunos.

**SEXTO.-** La mercantil x., presenta alegaciones por las que expone desconocer la existencia de hierros o cualquier otro elemento procedente de la obra ejecutada por dicha mercantil, que puedan considerarse causa del siniestro. Por otro lado, añade que en la ejecución de las obras se cumplió escrupulosamente con la normativa relativa a seguridad y prevención de riesgos.

**SÉPTIMO.-** Por su parte la reclamante presenta escrito en que expone lo siguiente:

*“...yo le aporto un dato médico, de mi estado venoso y la cicatriz que se ha quedado y a la vez se han dividido y agravado más la mala circulación y un tratamiento desde entonces de medicación...Sin más aportación que la médica y los daños sufridos y documentación que ustedes*

*tienen, determinen lo que es justo y cierren el caso, esperando que a nadie le pase esto en presencia de mis hijos, puesto que al poco de pasarme a mí aquellos hierros los remacharon y señalaron con la debida precaución”.*

Acompaña informe del Dr. x. de fecha 20 de junio de 2006, en el que se indica que: *“x. presenta, según se desprende de su historial clínico obesidad mórbida, insuficiencia venosa en ambos miembros inferiores con edema de evolución diurna, cicatriz en cara interna del tobillo izquierdo que ocasiona fovea”.*

**OCTAVO.-** Solicitado informe de la Inspección Médica es evacuado el día 26 de enero de 2009, con las siguientes conclusiones:

*“1. X. sufrió caída accidental en el parkin público de la Arrixaca produciéndose una herida contusa en tobillo izquierdo.*

*2. A pesar de tratarse de una contusión leve precisó tratamiento antiinflamatorio, inmovilización relativa con vendaje compresivo y heparina subcutánea profiláctica, en función de los antecedentes de la paciente de obesidad mórbida e insuficiencia venosa de ambos miembros inferiores con edemas.*

*3. La última asistencia que precisó por esta contusión fue un mes después, con persistencia de un hematoma leve pero con funcionalidad normal.*

*4. No existen secuelas salvo una zona cutánea más hundida en el lugar de la contusión.*

*5. No es posible achacar los problemas circulatorios de la paciente ni la necesidad de medicación crónica a la lesión producida tras su caída en el Parking”.*

**NOVENO.-** Con fecha 3 de abril de 2009 se notificó a la interesada la apertura de un nuevo trámite de audiencia sin que hiciera uso del mismo, al no comparecer ni presentar documento o alegación alguna.

A continuación la instructora formuló propuesta de resolución, que 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, al no haber probado ésta la realidad de la caída con declaración de sus hijos o de otros testigos.



Además, añade la instructora, aún admitiendo que la caída se hubiese producido se tendría que considerar como un hecho accidental al que pudo contribuir la propia conducta de la víctima que tenía que haber adoptado las precauciones necesarias para evitarla teniendo en cuenta su condición física y sus problemas circulatorios. Finalmente indica que las secuelas que padece la interesada no son imputables al accidente sino a sus patologías previas.

**DÉCIMO.-** Con fecha 24 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 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 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 (HUVA), 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 parking del HUVA, donde ocurrió el accidente, se

integra instrumentalmente en el servicio público, puesto que su fin es el de permitir el aparcamiento de los vehículos 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 aquélla 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”*.

Según la instructora la realidad del evento dañoso no habría sido probada por la reclamante a quien incumbe a tenor de lo establecido en el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en relación con el artículo 6 RRP. Sin embargo este Órgano Consultivo estima que de los datos obrantes en el expediente se deduce la realidad de la caída; y si la instrucción en su momento dudó de la veracidad de los hechos denunciados debió ampliar su labor investigadora mediante interrogatorio tanto del celador que ayudó a la víctima a acudir al Servicio de Urgencias, como de los hijos de esta última, cuyo testimonio hay que entender ofrecido implícitamente por la reclamante en su escrito de alegaciones (folio 46). Esta actividad instructora resultaba conveniente atendiendo a la doctrina de este Consejo sobre el deber que incumbe a la Administración de colaboración activa en el esclarecimiento de los hechos, así como sobre la modulación del referido principio general sobre la carga de la prueba, por aplicación del también 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”*

(Dictamen 196/2009, entre otros). También resulta acreditado que dicha caída fue a consecuencia de unos hierros que, destinados a sujetar los bloques que impidieran el acceso de vehículos a la heliosuperficie, se habían desprendido de ellos. Esta circunstancia es admitida por el Jefe de Servicio de Ingeniería del HUVA en el informe que obra al folio 3, en el que también señala haber dado las órdenes oportunas para su retirada.

Acreditada, por tanto, la efectividad del daño, así como la titularidad por parte del SMS del parking 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 no haber desplegado, en relación con los elementos que integran el Parking del HUVA, una actividad de conservación más cuidadosa, de modo que la seguridad de los usuarios quedase garantizada o si, por el contrario, como alega la Administración, el hecho no le puede ser imputado al tratarse de *“un hecho puntual”*, a lo que, además, cabría añadir el negligente comportamiento de la interesada que, atendiendo a su condición física, debió extremar las precauciones.

De lo manifestado por la reclamante y por la propia Administración se deduce que la caída se produjo porque en el suelo del parking existían unos hierros al descubierto con los que tropezó y se hirió la interesada. El único informe técnico que aparece en el expediente es el aportado por la Administración y en él se reconoce tal circunstancia, y si bien es cierto que se afirma que los citados elementos no representaban en origen riesgo alguno, también lo es que se admite que en el momento del accidente sí que lo tenían debido a que se habían desprendido de los bloques a los que iban unidos. El hecho de que el Jefe de Servicio de Ingeniería indique que el bloque *“ha podido ser roto y desplazado puntualmente por vehículos que ocasionalmente han invadido la zona destinada a heliosuperficie”* no exime a la Administración de responsabilidad, porque a ella incumbe, como decíamos antes, mantener las instalaciones de su titularidad en condiciones tales que no supongan un riesgo para sus usuarios. El no haberlo hecho constituye, a juicio de este Órgano Consultivo, un anómalo funcionamiento de un servicio público cuyo perjuicio no viene obligado a soportar la reclamante, que en nada contribuyó a la producción del siniestro y que nada tampoco pudo hacer para evitarlo. En este sentido la afirmación de negligencia que el órgano instructor imputa a la interesada no encuentra apoyo en ninguna de las actuaciones incorporadas al expediente. En efecto, resulta exigible a todo ciudadano una especial diligencia y unos deberes mínimos de cuidado, pero, al analizar las circunstancias que concurren en cada supuesto, se impondrá una valoración presidida por el principio interpretativo de la razonabilidad, que, aplicado al caso que nos ocupa, apoya la tesis de que poco pudo hacer la reclamante para evitar tropezar con unos hierros que nada hacía pensar que estuviesen allí.

Por todo ello, al no existir prueba alguna de que el accidente pudiera ser imputable a la interesada no puede considerarse que tenga el deber jurídico de soportar los daños producidos, los cuales, en aplicación de lo establecido en los artículos 139.1 y 141.1 LPAC, han de ser considerados como lesión indemnizable.

#### **CUARTA.- Cuantía indemnizatoria.**

La reclamante se limita a alegar de modo genérico que ha sufrido una serie de daños materiales y físicos, así como un hipotético lucro cesante derivado de la imposibilidad de llevar a cabo una actividad laboral que venía desempeñando consistente en atender unas horas diarias a un anciano; sin embargo, en ningún momento concreta, salvo en lo que se refiere a los gastos farmacéuticos, la cuantía pecuniaria desglosada por conceptos en la que cifra la indemnización solicitada.

La pobreza de la actividad probatoria desplegada en este sentido por la interesada lleva al Consejo a determinar el *quantum* indemnizatorio atendiendo al único concepto que consta debidamente acreditado en el expediente, es decir, el de la duración de las lesiones y secuelas. Según informe del médico de cabecera de la paciente, ésta fue atendida por última vez de la lesión sufrida como consecuencia de la caída el día 7 de junio de 2004, sin que en ningún momento estuviese en situación de incapacidad laboral transitoria. Por otro lado la Inspección Médica indica, al folio 52, que la única secuela imputable a los hechos por los que se reclama sería “*una zona más hundida en el lugar de la contusión*”. No procede indemnizar por los gastos farmacéuticos puesto que éstos se encuentran entre las contingencias cubiertas por el Sistema General de la Seguridad Social. Tampoco ha resultado debidamente probada la concurrencia del lucro cesante que se alega.

Para cuantificar la indemnización, el Consejo, como en tantas otras ocasiones, atendiendo a la consolidada doctrina jurisprudencial existente al respecto, considera razonable acudir, como criterio orientativo, a lo establecido en la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados (vigente en el momento que se ha de tomar como referencia para la valoración) y del baremo actualizado de las indemnizaciones (incluidos los daños morales) para el año 2004, 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, de acuerdo con el siguiente detalle:

a) En lo relativo a la incapacidad temporal, se hará efectiva la cantidad de 1.011,54, correspondiente a los 41 días (desde el 28 de abril al 7 de junio de 2004) que la reclamante estuvo de baja no impeditiva y a una indemnización diaria de 24,671873 euros.

No procede aplicar factor corrector alguno respecto de este concepto, pues, conforme a consolidada doctrina jurisprudencial que, por conocida, hace ociosa su cita, amén de por propio imperativo legal (Tabla V, apartado letra B del referido baremo), es preciso que se acrediten los “ingresos netos anuales de la víctima por trabajo personal”, lo que no ha efectuado la reclamante, a la que incumbía tal acreditación.

b) En lo que se refiere a las secuelas, se considera la descrita por la Inspección Médica como un perjuicio estético ligero con una puntuación de 1, lo que, atendiendo a la edad de la paciente en el momento de ocurrir los hechos -39 años-) daría lugar a una indemnización de 619,31 euros.

Aunque la interesada no ha acreditado los ingresos netos anuales por trabajo personal, señala la norma que, respecto de las lesiones permanentes, ha de incluirse en este apartado a cualquier víctima en edad laboral, fijando un aumento de “hasta el 10%”, si bien no establece los parámetros que habrán de tenerse en cuenta para recorrer ese abanico. Por ello, el Consejo Jurídico, entiende que, según lo ha querido el legislador, la aplicación del máximo, es decir, del 10%, no es automática, pues de haberlo así querido aquél lo habría reflejado en la norma legal, lo que no ha hecho, sino que en ésta ha fijado el ya aludido abanico de “hasta el 10%”, correspondiendo a quien ha de resolver la aplicación de uno u otro porcentaje, hasta dicho máximo, en función de los datos de que disponga. Pues bien, en el supuesto que nos ocupa, es claro que ninguno ha sido ofrecido puesto que la propuesta es desestimatoria, por lo que se considera suficiente aplicar el 5%, por este concepto, sobre la cuantía fijada para las secuelas (lesiones permanentes), lo que supone 30,96 euros.

De la suma de dichas cantidades se obtendría un *quantum* indemnizatorio de 1.661,81 euros, sin perjuicio de su actualización a la fecha en que se ponga fin al procedimiento de responsabilidad.

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

## **CONCLUSIONES**

**PRIMERA.**- Se 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 07/2010

<b>Asunto</b>	Proyecto de decreto por el que se desarrolla en la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia el Real Decreto 1892/2008, de 14 de Noviembre, por el que se regulan las condiciones de acceso a las enseñanzas universitarias oficiales de grado y los procedimientos de admisión a las universidades públicas españolas.
<b>Consultante</b>	Consejero de Universidades, Empresa e Investigación
<b>Fecha</b>	11/01/2010

### Extracto de Doctrina

Responde el reparto competencial en materia de educación en general, y de la enseñanza universitaria en particular, al modelo bases más desarrollo, consagrado en el artículo 149 de la Constitución, configurándose el Proyecto sometido a consulta como un reglamento ejecutivo de la normativa básica estatal, a través del cual la Comunidad Autónoma hace efectiva su competencia de desarrollo legislativo en la materia, de acuerdo con el artículo 27 de la Constitución y las leyes orgánicas que lo desarrollan.

### ANTECEDENTES

**PRIMERO.-** En fecha indeterminada, la Consejería de Universidades, Empresa e Investigación elabora un primer borrador de Decreto por el que se desarrolla en la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia el Real Decreto 1892/2008, de 14 de noviembre, por el que se regulan las condiciones para el acceso a las enseñanzas universitarias oficiales de Grado y los procedimientos de admisión a las universidades públicas españolas.

Sobre este borrador actúa un Grupo de Trabajo en el que están representadas las Universidades públicas de la Región de Murcia, la Dirección General de Universidades y Política Científica, y la Consejería de Educación, Formación y Empleo. Constan en el expediente las observaciones efectuadas por distintos integrantes del Grupo de Trabajo, en representación de la Universidad de Murcia, Universidad Politécnica de Cartagena y Consejería de Educación, Formación y Empleo.

**SEGUNDO.-** Como consecuencia de las observaciones formuladas, se elabora un segundo borrador, que es sometido a la consideración del Grupo de Trabajo, en el transcurso de cuyas deliberaciones la Universidad de Murcia muestra su rechazo a la regulación que el Proyecto contiene sobre la admisión de alumnos en las universidades públicas, con apoyo en un informe de su Asesoría Jurídica.



**TERCERO.-** Elaborado un tercer borrador, que recoge sustancialmente las observaciones planteadas, se da traslado del mismo a las tres Universidades de la Región de Murcia, solicitándoles sus observaciones o la conformidad con el texto; a la Consejería de Educación, Formación y Empleo, a la que se requiere para que se informe el Proyecto por su Servicio Jurídico, atendida la iniciativa conjunta de dicha Consejería con la de Universidades en el Proyecto; y al Consejo Escolar de la Región de Murcia, recabando su preceptivo informe.

Contestan las Universidades mostrando su conformidad con el mismo.

**CUARTO.-** Por Dictamen 7/2009, el Consejo Escolar de la Región de Murcia informa favorablemente el Proyecto, si bien formula diversas observaciones al mismo.

También el Consejo Interuniversitario de la Región de Murcia, informa favorablemente el Proyecto, en sesión de 21 de mayo de 2009, según consta en el expediente por certificación de su Secretario.

**QUINTO.-** El 2 de julio, el Servicio Jurídico de la Consejería de Educación, Formación y Empleo informa el Proyecto, formulando numerosas observaciones de técnica normativa, procedimiento, legalidad y oportunidad.

**SEXTO.-** El 16 de julio se incorpora al expediente una memoria económica, según el cual las actuaciones que de él se derivan conllevan un coste económico (que no cuantifica) que ya está previsto en los Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma para el ejercicio 2009.

De la misma fecha es el informe sobre el impacto por razón de género, señalando que si bien el Proyecto no contempla acciones positivas específicas encaminadas a alcanzar la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres en todos los ámbitos universitarios, sí tiene en cuenta en su redacción la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, utiliza un lenguaje no sexista y respeta en su integridad 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.

**SÉPTIMO.-** Consta en el expediente un cuarto borrador, al que se acompaña una memoria-propuesta que el Director General de Universidades y Política Científica eleva al Consejero de Universidades, Empresa e Investigación para que el texto se tramite como Proyecto de Decreto.

En dicha memoria, de fecha 18 de julio, la Dirección General de Universidades y Política Científica expone el marco normativo en que se inserta la futura disposición, las razones de oportunidad que exigen su aprobación y detalla el procedimiento de elaboración seguido. Asimismo, valora las observaciones formuladas por el Consejo Escolar de la Región de Murcia y por el Servicio Jurídico de la Consejería competente en materia de Educación, justificando el rechazo de las que no se incorporan al texto.

**OCTAVO.-** El 11 de agosto, el Servicio Jurídico de la Consejería de Universidades, Industria e Investigación informa favorablemente el Proyecto.

En la misma fecha se emite el preceptivo informe de la Vicesecretaría de la referida Consejería y se recaba el informe de la Dirección de los Servicios Jurídicos.

**NOVENO.-** Por la Dirección de los Servicios Jurídicos se requiere a la Consejería consultante que se complete el expediente mediante la realización de nuevas actuaciones, lo que da lugar a las siguientes:

a) Informe complementario de la Dirección General de Universidades y Política Científica, de fecha 17 de septiembre, en el que se expone que, si bien inicialmente se consideró conveniente que el Proyecto se elevara al Consejo de Gobierno mediante propuesta conjunta de las Consejerías competentes en materia de Universidades y de Educación, finalmente, y en atención a la motivación contenida en la memoria-propuesta de 18 de julio de 2009, el Proyecto se propone únicamente por la Consejería de Universidades, Industria e Investigación.

b) Informe complementario al de impacto por razón de género, en el que se afirma que para la designación de los miembros de la Comisión Organizadora de la prueba de acceso que no tengan carácter electivo, se atenderá al principio de una presencia equilibrada entre mujeres y hombres.

c) Sendos informes complementarios del Servicio Jurídico y de la Vicesecretaría de la Consejería proponente en los que se indica que los emitidos con anterioridad por dicha unidad administrativa y órgano no efectuaban una valoración jurídica de las observaciones formuladas por el Consejo Escolar de la Región de Murcia y el Servicio Jurídico de la Consejería de Educación, como demanda la Dirección de los Servicios Jurídicos, porque el análisis pormenorizado de ellas ya se realizaba en la memoria-propuesta de la Dirección General de Universidades y Política

Científica, cuyo contenido es aceptado por la Secretaría General de la Consejería impulsora del Proyecto.

**DÉCIMO.-** Con fecha 8 de octubre de 2009, la Dirección de los Servicios Jurídicos emite informe sobre el Proyecto, formulando observaciones relativas a la tramitación (memoria económica, motivación del procedimiento elegido para dar trámite de audiencia, urgencia manifestada en la petición del informe), y al contenido (utilización de la técnica "lex repetita", composición y funciones de la Comisión organizadora de las pruebas, reclamaciones, estructura de la prueba y requisitos para su superación).

**UNDÉCIMO.-** Las observaciones de la Dirección de los Servicios Jurídicos determinan la incorporación al expediente de nueva memoria económica y propuesta de Acuerdo del Consejo de Gobierno para tramitar el Proyecto como Decreto.

Asimismo, la Dirección General de Universidades y Política Científica efectúa una valoración crítica del informe de la Dirección de los Servicios Jurídicos, justificando la aceptación o el rechazo de diversas observaciones y sugerencias.

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 26 de octubre 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 por el artículo 12.5 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia (LCJ), al considerarlo un proyecto de disposición general dictado en desarrollo de legislación básica del Estado.

Si bien la consulta no se detiene en razonar la calificación de ésta más allá de la mera cita al precepto de la LCJ, cabe estimar que el Proyecto de Decreto puede ser incardinado en el supuesto del artículo 12.5 LCJ, pues aunque su regulación no sea un desarrollo directo de la

legislación básica -entendida ésta en sentido estricto como regulación con rango de Ley-, sí que ejecuta una normativa reglamentaria básica que, a su vez, desarrolla las dos Leyes básicas por excelencia en materia educativa y universitaria, las Leyes Orgánicas 2/2006, de 3 de mayo, de Educación (LOE) y 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades (LOU). El carácter básico del reglamento desarrollado (Disposición final primera RD 1892/2008) y la habilitación que efectúa a favor de la Administración regional para que sea ésta la que precise y concrete determinados aspectos de la regulación que aquél contiene, justifican una interpretación extensiva de la LCJ, dada la identidad de razón del supuesto con el que literalmente aparece recogido en la misma.

### **SEGUNDA.- Competencia material y habilitación normativa.**

El artículo 16.1 Estatuto de Autonomía para la Región de Murcia 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. Se trata, por tanto, de una competencia concurrente con el Estado, en tanto que se comparte con él la función normativa sobre la materia, aun cuando en el presente supuesto, no es de la misma cualidad.

Ya advertíamos en la Consideración Primera que no nos encontramos ante un desarrollo directo de las leyes orgánicas que regulan con carácter básico la materia educativa, en general y la enseñanza universitaria, en particular, sino de un reglamento que deriva inmediatamente de aquéllas y que tiene su fundamento en el mandato que el artículo 38.3 LOE y la Disposición Adicional vigésimo quinta de la LOU efectúan al Gobierno de la Nación para fijar las características y condiciones básicas de las pruebas de acceso a la Universidad.

Así, el artículo 38 LOE dispone que el acceso a los estudios universitarios exigirá, además de la posesión del título de Bachiller, la superación de una prueba que permita valorar, junto con las calificaciones obtenidas en el bachillerato, la madurez académica, los conocimientos y la capacidad de los estudiantes para seguir con éxito las enseñanzas universitarias. El apartado 3 de este artículo atribuye al Gobierno de la Nación el establecimiento de las características básicas de la prueba de acceso a la Universidad, previa consulta a las Comunidades Autónomas e informe previo del Consejo de Coordinación Universitaria, (hoy Conferencia General de Política Universitaria y Consejo de Universidades). Las Administraciones educativas y las Universidades organizarán la prueba y deberán garantizar su adecuación al currículo del Bachillerato, así como la

coordinación entre las Universidades y los centros que imparten Bachillerato para la organización de la misma.

Por su parte, la Disposición adicional vigesimoquinta de la LOU establece que el Gobierno de la Nación regulará las condiciones básicas para el acceso a la Universidad de los mayores de veinticinco años que no estén en posesión del título de bachiller o equivalente, titulación ésta que, junto a la superación de una prueba única, el artículo 42 de la misma Ley establece como requisito para acceder a la Universidad. Dicho precepto, asimismo, atribuye al Gobierno la fijación de las normas básicas para la admisión de los estudiantes que soliciten ingresar en los centros universitarios, siempre con respeto a los principios de igualdad, mérito y capacidad.

En cumplimiento de estas habilitaciones, se dicta el RD 1892/2008, que regula las condiciones para el acceso a las enseñanzas universitarias de Grado desde los diversos supuestos previstos por las Leyes Orgánicas de Educación y de Universidades, así como los procedimientos de admisión a las enseñanzas universitarias oficiales de Grado en las universidades públicas españolas.

El citado reglamento estatal contiene llamadas específicas a la actuación normativa de las Comunidades Autónomas, al señalar que las Administraciones educativas constituirán en sus respectivos ámbitos de gestión una comisión organizadora de la prueba de acceso, cuya composición será concretada por las normas que establezcan las Administraciones educativas (art. 16); dicha comisión, *“de acuerdo con la regulación específica de la prueba de acceso que establezcan las Administraciones educativas en cada Comunidad Autónoma”*, adoptará medidas de adaptación para los estudiantes discapacitados que les garantice la realización de la prueba en condiciones de igualdad (art. 19); la organización de las pruebas de acceso a la Universidad para mayores de 25 y de 45 años corresponderá a las Universidades que oferten las enseñanzas solicitadas por el interesado, en el marco establecido por las Administraciones educativas, las cuales, previo informe de las Universidades de su ámbito de gestión, establecerán las líneas generales de la metodología, el desarrollo y los contenidos de los ejercicios y los criterios y fórmulas de valoración de la prueba (arts. 29 y 38, respectivamente); contra la calificación de la prueba de acceso para mayores de 25 y de 45 años, los estudiantes podrán reclamar en los plazos y conforme a los procedimientos que determine cada Comunidad Autónoma (arts. 34 y 42).

En relación con la admisión a las universidades públicas españolas, extremo integrante del contenido esencial de la autonomía universitaria (STC 26/1987 de 27 febrero), las llamadas a la actuación de las Comunidades Autónomas son menos numerosas, limitándose a la aprobación del

número de plazas que, por cada titulación y centro, ofertan las Universidades públicas y a la fijación de las fechas en que las Universidades habrán de hacer públicos los plazos y procedimientos para solicitar plaza en sus enseñanzas y centros (art. 46 RD 1892/2008).

Por su parte, la Ley 3/2005, de 25 de abril, de Universidades de la Región de Murcia (LUMU), establece en su artículo 47 que la Comunidad Autónoma colaborará con las Universidades para que los procedimientos de admisión de alumnos que establezcan, de acuerdo con la normativa básica que fije el Gobierno, permitan que los estudiantes puedan concurrir a las distintas Universidades de su ámbito territorial, incluso mediante la convocatoria de procesos únicos para las Universidades que lo consideren, a cuyo efecto podrán formalizarse los correspondientes convenios. Además, como principio inspirador de la actuación de la Comunidad Autónoma en materia universitaria, se proclama el de acceso a la educación superior en condiciones de igualdad y de no discriminación por motivos económicos o de otra índole (art. 3, letra g), al que se orientan diversas medidas de ordenación de las Universidades; se define como objetivo y fin de la coordinación universitaria a desarrollar por la Comunidad Autónoma el de impulsar el acceso a la Universidad desde otros niveles educativos (art. 5, letra f); y se impone a las Universidades la aplicación de normas de acceso apropiadas que faciliten la movilidad de los estudiantes en el Espacio Europeo de Enseñanza Superior (art. 24.2, letra d).

El escenario expuesto es el propio de una materia sobre la que inciden dos agentes con competencias normativas concurrentes, el Estado y la Comunidad Autónoma. Nos encontramos, en definitiva, ante el ejercicio de una competencia propia de esta última que se verá limitada en sus facultades normativas, tanto por el necesario respeto a la autonomía universitaria proclamada en el artículo 27.10 de la Constitución, como por las bases fijadas por el Estado, entendidas como *“el común denominador normativo necesario para asegurar la unidad fundamental prevista por las normas del bloque de la constitucionalidad que establecen la distribución de competencias (TC S 48/1988, FJ 3). Esto es, un marco normativo unitario de aplicación a todo el territorio nacional (TC S 147/1991), dirigido a asegurar los intereses generales y dotado de estabilidad –ya que con las bases se atiende más a aspectos estructurales que coyunturales (TC S 1/1982, FJ 1)-, a partir del cual pueda cada Comunidad, en defensa de su propio interés, introducir las peculiaridades que estime convenientes dentro del marco competencial que en la materia correspondiente le asigne su Estatuto (TC SS 223/2000, FJ 6; y 197/1996, FJ 5)”* (Sentencia del Tribunal Constitucional 1/2003, de 16 de enero, FJ 8). Responde el reparto competencial en materia de educación en general, y de la enseñanza universitaria en particular, al modelo bases más desarrollo, consagrado en el artículo 149 de la Constitución, configurándose el Proyecto sometido a consulta como un reglamento ejecutivo de la normativa básica estatal, a través del cual la Comunidad Autónoma hace efectiva su

competencia de desarrollo legislativo en la materia, de acuerdo con el artículo 27 de la Constitución y las leyes orgánicas que lo desarrollan.

Desde esta perspectiva, puede afirmarse que el Proyecto sometido a consulta se ajusta al reparto competencial expuesto, correspondiendo al Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma su aprobación mediante Decreto, de conformidad con lo establecido en el artículo 32 del Estatuto de Autonomía para la Región de Murcia y en los artículos 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.- Disposición sometida a consulta.**

El texto de la disposición proyectada se estructura en una parte expositiva innominada, 25 artículos divididos en cuatro capítulos (I. Disposiciones Generales; II. Prueba de acceso a las enseñanzas universitarias oficiales de Grado para quienes se encuentren en posesión del título de Bachiller o equivalente; III. Prueba de acceso a las enseñanzas universitarias oficiales de Grado para mayores de 25 y 45 años; y IV. Procedimiento de admisión en las universidades públicas de la Región de Murcia). La parte final de la norma proyectada se compone de una disposición adicional, una transitoria, una derogatoria y una final.

#### **CUARTA.- Procedimiento de elaboración.**

Una vez subsanadas por el órgano instructor las deficiencias advertidas por la Dirección de los Servicios Jurídicos en la tramitación del Proyecto, puede afirmarse que, en lo sustancial, aquella se ajusta al procedimiento de elaboración de los reglamentos establecido por el artículo 53 de la Ley 6/2004, sin que se aprecien carencias esenciales.

No obstante, ha de advertirse que, de conformidad con el apartado 1 del indicado precepto, en el procedimiento de elaboración reglamentaria ha de incluirse una memoria que justifique la oportunidad de la norma proyectada, y que incluya la motivación técnica y jurídica, con el grado de detalle suficiente que requiera el caso, de las concretas determinaciones normativas propuestas. La extensa y detallada memoria que obra a los folios 273 y siguientes del expediente, sin embargo, no cumple plenamente con la función informadora que, sobre la intención del legislador, debería ofrecer este documento, pues se limita a exponer las razones que justifican la necesidad del Proyecto en su conjunto y a efectuar una valoración de las observaciones y sugerencias formuladas por los órganos que han participado en la elaboración, pero carece de la motivación de

las opciones que el órgano proponente ha considerado necesario incluir desde los primeros borradores en el texto y que constituyen una parte importante de su contenido normativo.

Probablemente, a ello contribuya el hecho de que su incorporación al expediente haya sido muy 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.

#### **QUINTA.- Observaciones de carácter general.**

##### **1. El objeto de la disposición proyectada.**

De conformidad con el artículo 1 del Proyecto, éste tiene por objeto regular, en desarrollo del RD 1892/2008, “las condiciones para el acceso a las enseñanzas universitarias oficiales de Grado” desde los diversos supuestos previstos por las leyes orgánicas de Educación y Universidades, y “la competencia de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia en la aprobación de la oferta de plazas de nuevo ingreso para cada titulación y centro, y el establecimiento de las fechas para solicitar plaza en las universidades públicas”.

Sin embargo, el contenido del Proyecto no se ajusta a dicho objeto, al menos en sentido estricto.

a) Respecto del primer inciso, la regulación de las condiciones para el acceso a una enseñanza oficial como la de Grado, se incardina dentro de la competencia exclusiva del Estado para establecer las normas básicas para el desarrollo del artículo 27 de la Constitución, que le reserva su artículo 149.1, 30ª. Tales condiciones han de ser unitarias en todo el territorio nacional, garantizando la igualdad de todos los españoles en el acceso a esta etapa educativa con independencia de la Comunidad Autónoma en la que hayan cursado sus estudios o en cuyo territorio radique la Universidad a la que pretenden acceder y, en consecuencia, su establecimiento se realiza por las leyes orgánicas de constante referencia y se precisan en el RD 1892/2008. Ciertamente que las indicadas normas efectúan llamadas a la actuación normativa de las Comunidades Autónomas en la materia, pero éstas se refieren no tanto al establecimiento y la definición de tales condiciones, cuanto a la regulación de una de esas condiciones, como son las pruebas de acceso, en sus distintas modalidades. En definitiva, el ámbito de desarrollo normativo que se deja a las Comunidades Autónomas es de carácter marcadamente instrumental, pues queda limitado a la organización y regulación de algunos de los procedimientos de acceso regulados en el artículo 3



RD 1892/2008, no afectando a las restantes condiciones establecidas en el artículo 2 del mismo reglamento.

Por lo expuesto, sería más adecuado, en tanto que más expresivo del contenido real de la disposición y más ajustado a los límites materiales en que se desarrolla la competencia autonómica que con aquélla se ejerce, sustituir el número 1 del artículo 1 del Proyecto, por la relación de procedimientos de acceso contenida en su artículo 3. Ello, a su vez, determinaría la supresión de este último precepto, pues su primer párrafo sería innecesario, en tanto que la competencia de la Comunidad Autónoma para regular dichos procedimientos, al margen de venirle atribuida por las normas que constituyen el llamado bloque de la constitucionalidad, está implícita en el hecho mismo de su regulación en el Proyecto.

Asimismo, procedería suprimir el artículo 4 del Proyecto, que es reproducción literal del artículo 2 RD 1892/2008, en el que se establecen los distintos requisitos y condiciones de acceso a las enseñanzas universitarias oficiales de Grado. Al margen de la conocida doctrina (por todos, Dictámenes 23/1998, 48 y 101/2003 del Consejo Jurídico y 50.261, de 10 de marzo de 1988, del Consejo de Estado), que pone de manifiesto los riesgos de utilizar la técnica de la "*lex repetita*" para incorporar contenidos normativos básicos al ordenamiento regional y las medidas a adoptar para minimizarlos, de la que el expediente contiene abundantes advertencias efectuadas por órganos preinformantes, lo que excusa su exposición *in extenso* en este Dictamen, se observa que el precepto objeto de la presente consideración omite reproducir la letra e) del artículo básico matriz, determinando una restricción en los requisitos que permiten acceder a las enseñanzas de Grado que sería contraria a la norma básica, en la medida en que se excluiría del acceso a la Universidad a quienes estuvieran en condiciones de hacerlo según ordenaciones del Sistema Educativo Español anteriores a la LOE. Esta omisión, que no ha merecido justificación alguna en el expediente, no puede ser interpretada en el sentido expuesto, pues el carácter básico de la regla omitida y la ausencia de competencia de la Comunidad Autónoma para alterar los requisitos de acceso a las enseñanzas universitarias oficiales de Grado determinan que aquélla sea, a pesar de ello, de aplicación en el ámbito regional.

Ahora bien, dado que se opta por integrar la disposición básica en la norma autonómica, ésta debería trasladarla en su integridad, evitando cercenarla. De esta forma se excluiría cualquier interpretación incompatible con el reparto competencial existente en la materia y que ya fue expuesto *ut supra*.

La memoria-propuesta afirma que se ha considerado imprescindible, para la mejor comprensión del texto y su coherencia interna, reproducir el precepto básico, aunque parece no haber reparado en la omisión ahora puesta de manifiesto. En cualquier caso, no comparte el Consejo Jurídico esta apreciación, toda vez que la mejor identificación del objeto de la disposición, en los términos expuestos más arriba, combinada, si se considera oportuno por la Consejería proponente, con una adecuada explicación en la exposición de motivos del sistema en que se encuadran las pruebas objeto de regulación, conseguirían el mismo efecto con menores riesgos para la seguridad jurídica.

b) El número 2 del artículo 1 del Proyecto, por su parte, recoge las limitadas funciones que en materia de admisión a las Universidades públicas corresponden a la Comunidad Autónoma.

Es el Capítulo IV del Proyecto el destinado a regular el procedimiento de admisión en las Universidades públicas de la Región de Murcia, siendo en buena medida innecesario, pues se limita a reproducir contenidos normativos ya presentes en otras disposiciones (RD 1892/2008 y LUMU). La única innovación en el ordenamiento jurídico la constituye el artículo 25, al establecer la fecha límite para que las Universidades públicas propongan la oferta de plazas de nuevo ingreso, siendo este precepto el único del Capítulo que debería permanecer en el Proyecto, procediendo a suprimir los dos restantes y cambiando la denominación del Capítulo o, incluso, suprimiendo el Capítulo y trasladando el contenido del artículo 25 a una disposición adicional.

Desde esta perspectiva, afirmar en el artículo 1.2 del Proyecto que es objeto de éste regular la competencia de la Comunidad Autónoma en la aprobación de la oferta de plazas de nuevo ingreso y el establecimiento de fechas para solicitar plaza en las universidades públicas de la Región de Murcia, resulta inexacto, pues nada se dice en el Proyecto acerca del último inciso y, en cuanto al primero, únicamente se establece un límite temporal para la propuesta de las plazas por parte de las Universidades, aspecto tan concreto y limitado que, afirmar que con él se regula la competencia aprobatoria de la Comunidad parece un exceso.

En consecuencia, el artículo 1.2 del Proyecto ha de ajustarse al contenido del actual artículo 25.

## **2. La Comisión Organizadora de la prueba de acceso.**

a) Dispone el artículo 16.1 RD 1892/2008, que las Administraciones educativas constituirán en sus respectivos ámbitos de gestión una comisión organizadora de la prueba de acceso. Este

órgano colegiado, en el que han de participar representantes de las Universidades públicas, de la Administración educativa, del profesorado del Bachillerato y otros expertos, será el encargado de organizar y desarrollar la prueba de acceso, para lo que se le inviste de numerosas atribuciones (convocatoria, designación de tribunales, fijación de criterios de elaboración de exámenes y de evaluación, etc.), así como, incluso, de resolver las reclamaciones que se produzcan, poniendo fin a la vía administrativa.

Se trata, por tanto, de un órgano colegiado de composición interadministrativa, que reúne a entidades diferentes y dotadas de autonomía, cuyas competencias, no obstante, han de ser articuladas y coordinadas para posibilitar la organización y realización de la prueba de acceso a las enseñanzas universitarias. Ha de precisarse, asimismo, que la Comisión organizadora no es un órgano a través del cual la Administración regional ejerce sus funciones de coordinación sobre las Universidades de su territorio, sino que aparece configurado como un verdadero órgano de cooperación entre entidades con competencias concurrentes y que actúan en este ámbito en situación de paridad, como muestra no sólo la composición del órgano, sino también la remisión a un convenio de la determinación de las funciones administrativas y la participación que corresponde a cada una de ellas en el proceso.

La peculiar composición del órgano, en cualquier caso, no lo excluye del ámbito de aplicación de las normas básicas que sobre órganos colegiados establece la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), cuyo artículo 22.2 alude a los órganos compuestos por representaciones de distintas Administraciones Públicas, los cuales quedarán integrados en la Administración Pública que corresponda, aunque sin participar en la estructura jerárquica de ésta. De hecho, el Proyecto efectúa una remisión expresa del régimen jurídico aplicable a la Comisión al previsto para los órganos colegiados en la LPAC y 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.

Nada establece el Proyecto acerca de la integración de la Comisión en la Administración regional o en la de las Universidades (como ocurría en tiempos pasados conforme al artículo 2 de la Orden de 9 de junio de 1993, del Ministerio de Educación, sobre pruebas de aptitud para el acceso a las facultades, escuelas técnicas superiores y colegios universitarios), ni tampoco lo hace la norma básica.

Las opciones organizativas son variadas y así, junto a Comunidades Autónomas que han optado por la integración de la Comisión en la Consejería competente en materia de Universidades (Castilla y León, Orden 2017/2009, de 15 de octubre, de la Consejería de Educación), la mayoría no se pronuncian acerca de esta relevante cuestión y guardan silencio, quizás porque interpretan que la constitución del órgano por parte de la Administración educativa implica de suyo la integración en aquélla, o quizás porque parten de una concepción más funcional y menos organicista, según la cual, en tanto que la comisión constituida por cada Administración educativa está absolutamente preordenada al procedimiento de acceso a las enseñanzas de Grado, al modo de órgano *ad hoc*, sólo actúa mientras se organizan y desarrollan las pruebas y hasta que se resuelven las reclamaciones, sin tener una vocación de integración permanente en las estructuras organizativas de ninguna de las Administraciones implicadas.

Adviértase en este sentido cómo, aunque se atribuye a la Administración regional la constitución del órgano, la norma básica no predetermina la integración del órgano en ella ni impide que se dé un protagonismo institucional a las distintas Universidades, pues cada año académico varía su presidencia, que recaerá en el Rector que decidan los de las Universidades públicas de la Región (art. 8.1 del Proyecto), por lo que tampoco cabría descartar una integración en la Universidad cuyo Rector ostente en cada momento la presidencia de la comisión, como parece desprenderse de la previsión contenida en el artículo 12 del Proyecto, según la cual se entiende que, a efectos del recurso-contencioso administrativo que pudiera interponerse contra las resoluciones de la Comisión, aquélla depende de la Universidad a cuyo Rector corresponda la presidencia en el momento de dictarse los actos.

En cualquier caso, ya sea por aplicación del artículo 22.2 LPAC, ya por la del artículo 23.2 de la Ley 7/2004 e independientemente de la opción organizativa que se elija, la norma por la que se constituye el órgano colegiado debe establecer la integración administrativa del mismo.

En atención a lo expuesto y como primera observación, procede determinar en el Proyecto en qué Administración se integra la Comisión que en él se constituye, sin que ello determine una dependencia jerárquica respecto de ningún otro órgano de dicha Administración.

b) Al margen de la integración administrativa que corresponda, lo cierto es que la indicada Comisión, aun siendo un órgano de caracteres muy específicos que presenta una clara preponderancia institucional de las Universidades públicas, constituye “Administración educativa”, y no tanto por razones orgánicas (dada la importante presencia de las Consejerías competentes en materia de universidades y de educación), cuanto estrictamente funcionales, en la medida en que

su misión fundamental es posibilitar el desarrollo de un aspecto básico del sistema educativo, cual es el acceso desde las enseñanzas no universitarias a las de este carácter. Ello haría innecesario acudir a la técnica de la delegación (art. 9.3 del Proyecto) para encargar a la Comisión que elabore el informe anual de desarrollo y resultados de las pruebas, que el artículo 16.6 RD 1892/2008, asigna a la Administración educativa.

c) De conformidad con el artículo 16.2 RD 1892/2008, en la comisión habrá una representación del profesorado de bachillerato de centros públicos. No se ajusta a esta norma el artículo 8.1 del Proyecto que regula la composición del órgano, pues no cabe entender garantizada la representación del indicado profesorado con la presencia de “un Director de Instituto de Educación Secundaria” (de titularidad pública, cabría añadir). Habría de incorporarse, también, la exigencia de que aquél imparta docencia en el Bachillerato, pues de conformidad con los artículos 133 y 134 LOE los elegibles como Director de IES no se extraen únicamente de entre quienes imparten docencia en el Bachillerato, sino en cualquiera de las enseñanzas del centro.

d) La previsión contenida en el último párrafo del artículo 12 del Proyecto, según la cual, a efectos del recurso contencioso-administrativo contra las resoluciones de la Comisión, se entenderá que ésta depende de la Universidad a cuyo Rector corresponda la presidencia de aquella, reproduce el artículo 1.5 del todavía vigente Decreto 60/2000, de 18 de mayo por el que se desarrolla el Real Decreto 1640/1999, de 22 de octubre, que regula la prueba de acceso a estudios universitarios. Ya en nuestro Dictamen 27/2000, relativo al Proyecto de dicho Decreto, se desaconsejaba la introducción de esta norma en la disposición y se sugería su traslado al convenio que había de regular la participación de cada una de las instituciones en el proceso. En idéntico sentido procede pronunciarse ahora, pues no han variado las circunstancias que justificaron aquella observación en lo tocante a la posible confusión de los interesados y a lo innecesario de su previsión en la norma, quedando mejor encuadrada en el ámbito del reparto de responsabilidades y funciones administrativas a que se dirige el convenio contemplado en el artículo 11 del Proyecto.

Si se desatiende esta sugerencia y se mantiene la previsión en el texto, debería añadirse “recurridos” a continuación de “actos”.

e) La cita correcta del Capítulo que la Ley 7/2004 dedica a regular los órganos colegiados exige completar la referencia con la del Título II en que aquél se incardina (art. 8.2 del Proyecto).

#### **SEXTA.- Observaciones particulares al texto.**

1. A la parte expositiva.

- Debe incluirse una referencia expresa al artículo 16 del Estatuto de Autonomía, precepto que atribuye a la Comunidad Autónoma la competencia en cuyo ejercicio se dicta la disposición proyectada.

- La cita de la LOU debe simplificarse, eliminando la referencia a la modificación efectuada por la Ley 4/2007, pues se presume que la cita se hace a la versión vigente de la indicada Ley orgánica. Esta observación se hace extensiva al resto de citas de la norma existentes en el Proyecto, como los artículos 3.3 y 13.2.

- Debe excluirse de la fórmula promulgatoria la mención a los órganos consultivos diferentes del Consejo Jurídico, de acuerdo con las Directrices 13 y 16 de las de técnica normativa aprobadas por Acuerdo del Consejo de Ministros de 22 de julio de 2005, toda vez que si en la parte expositiva han de constar los principales informes evacuados, como los del Consejo Interuniversitario y el Consejo Escolar de la Región de Murcia, ello ha de hacerse en párrafo separado e independiente, antes de la fórmula promulgatoria.

2. Al articulado.

- Artículo 6. Condiciones generales de la prueba.

a) El precepto reproduce contenidos normativos de los artículos 7 y 8 RD 1892/2008, por lo que debería dejar constancia del origen básico de las normas que incorpora.

b) En el apartado 4, la cita del Decreto 262/2008, de 5 de septiembre, debe realizarse ajustada a su denominación oficial, es decir, *“por el que se establece el currículo del Bachillerato en la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia”*. Parece oportuno recordar, además, que en nuestro Dictamen 133/2008, sobre el proyecto del que a la postre se convertiría en el indicado Decreto, ya dijo el Consejo Jurídico que tanto la LOE como el RD 1467/2007, por el que se aprueba la estructura del Bachillerato y las enseñanzas mínimas de éste, *“agotan la regulación de la estructura de la etapa, que es una materia sustancialmente básica. No es correcto, en consecuencia, que el título de la futura norma anuncie como objeto de su regulación “la estructura y el currículo” del Bachillerato (...) En consecuencia, y en orden a evitar interpretaciones irrespetuosas con el reparto competencial expuesto, el título o denominación del Proyecto debería modificarse, eliminando la referencia a la estructura del Bachillerato”*.

- Artículo 15. Requisitos para acceder a la prueba de acceso para mayores de 25 años y mayores de 45 años.

Ya se advertía en consideraciones anteriores el rechazo de la doctrina de este Consejo Jurídico al uso innecesario de la técnica "*lex repetita*" y los riesgos que su utilización conlleva, lo que excusa reiterarlos. No obstante, ha de indicarse que el precepto objeto de consideración es reproducción literal de los artículos 28 y 37 RD 1892/2008, sin incorporar una referencia a su origen básico, lo que ha de corregirse si se considera oportuno mantener el artículo que, en cuanto trasunto de normas básicas de directa aplicación en defecto de disposiciones autonómicas, resulta innecesario.

- Artículo 16. Estructura general de la prueba de acceso para mayores de 25 años.

a) El primer inciso del apartado 3 (hasta el punto y seguido), debería ajustarse a la redacción del precepto básico que incorpora al ordenamiento regional.

b) El apartado 4 ganaría en claridad si se cambia el orden de las frases que lo componen. Se sugiere la siguiente redacción: "En función de las titulaciones que imparta, corresponde a cada Universidad determinar cuáles de las opciones deben incluirse en sus pruebas y las materias que, en un máximo de tres, integran su fase específica".

- Artículo 17. Estructura general de la prueba de acceso para mayores de 45 años.

a) Según el apartado 1, la primera parte de la prueba (ejercicios), tendrá como objetivo apreciar, entre otras capacidades, la madurez e idoneidad de los candidatos para seguir con éxito los estudios universitarios. Sin embargo, el artículo 38.1 RD 1892/2008 predica dicho objetivo de la prueba en su conjunto (ejercicios y entrevista personal), no sólo de la primera parte.

b) Según la norma básica, a efectos de poder entender superada la prueba, el aspirante deberá superar un mínimo de cinco puntos en la calificación final, en la que únicamente podrán tomarse en consideración las calificaciones de los ejercicios que componen la primera parte de la prueba y siempre que en cada uno de los dos ejercicios se haya obtenido un mínimo de cuatro puntos (art. 41 RD 1892/2008). En el sistema dibujado por el reglamento estatal, por tanto, la entrevista personal es un requisito necesario para poder superar la prueba, pero no aporta valor numérico alguno a la calificación final de ésta, dado que el resultado de la entrevista será un mero

apto o no apto. En consecuencia, si el aspirante no alcanza en la primera parte de la prueba una calificación mínima de cinco puntos, no parece tener sentido realizar la entrevista personal pues, aunque se le considere apto, no podrá superar la prueba. Esto es lo que viene a establecer el precepto objeto de consideración en su apartado 2, si bien, no es correcto limitar la referencia al reglamento estatal a lo dispuesto en su artículo 38.3, sino que debe añadirse el 41.

- Artículo 18. Convocatorias.

El título que encabeza el artículo se ajustaba al primer borrador del texto, porque su apartado 1 contemplaba la convocatoria anual de las pruebas de acceso. Sin embargo, al suprimirse este apartado en la versión definitiva del Proyecto, el epígrafe no guarda relación con el contenido del precepto, lo que debe ser corregido.

- Artículo 19. Metodología, desarrollo y contenidos de los ejercicios de la prueba de acceso.

Cuatro de los siete apartados en que se divide el artículo, reproducen diversos contenidos del Decreto 262/2008, de 5 de septiembre, por el que se aprueba el currículo del Bachillerato, ofreciendo una panorámica de las materias, tanto comunes como de modalidad, que se imparten en segundo de Bachillerato, en la medida en que tales materias habrán de ser el referente de las pruebas de acceso.

Atendida la ubicación del artículo, sus previsiones serían de aplicación a las pruebas de acceso tanto para mayores de 25 años como de 45 años; sin embargo, de los dos ejercicios que habrán de superar estos últimos (comentario de texto o desarrollo de un tema de actualidad y Lengua Castellana), sólo éste parece poder referirse a los programas y contenidos de segundo de Bachillerato.

En consecuencia, sería conveniente diferenciar qué apartados del artículo son aplicables a la prueba de acceso para mayores de 25 años y cuáles lo son a la de los mayores de 45. Para ello, quizás lo más conveniente fuera la supresión de buena parte del artículo y la reordenación sistemática de sus contenidos, según la siguiente sugerencia:

- Los apartados 2, 3, 5 y 6, en la medida en que reproducen otra norma autonómica, son prescindibles, bastando con la remisión al currículo del Bachillerato efectuada en el artículo 16.5 del Proyecto, en relación con las pruebas para mayores de 25 años.



- El apartado 1 podría suprimirse pues, en referencia a la prueba de mayores de 25 años viene a reiterar lo establecido en el artículo 16.5 del Proyecto. Respecto de la de mayores de 45 años, y en atención a lo antes indicado, bastaría con añadir en el artículo 17.1, letra b), que el ejercicio de Lengua Castellana se adaptará a los programas y contenidos de dicha materia para segundo de bachillerato, conforme a lo establecido en el currículo.

- El apartado 4 sólo es aplicable a las pruebas de acceso para mayores de 25 años, por lo que podría incorporarse al artículo 16, aunque sería en parte reiterativo con lo establecido en el apartado 5 de este artículo, por lo que debería ajustarse la redacción.

- El apartado 7 sí es común a todas las pruebas de acceso por criterios de edad reguladas en el Proyecto, por lo que o bien se mantiene en el artículo 19, cuyo contenido quedaría circunscrito a este extremo, o bien se incorpora a los artículos 16 y 17 como un nuevo apartado.

- Artículo 22. Reclamaciones.

El plazo establecido para la resolución y notificación de la reclamación (3 meses) parece excesivo, sobre todo si se compara con el establecido en otras regulaciones autonómicas como Aragón, Baleares o Navarra (entre 15 y 20 días), y si se considera que la suma de plazos contemplados en los artículos 21 (revisión de calificaciones) y 22 (reclamación) del Proyecto, en la medida en que se trata de fases sucesivas, podrían llegar a demorar en cerca de 5 meses la resolución definitiva de las pruebas.

3. A la parte final.

A modo de observación general a toda la parte final de la norma, no debería abandonarse en ella la correcta técnica consistente en epigrafiar o intitular las disposiciones que la conforman.

- Disposición adicional.

a) Esta disposición debería calificarse como final, de conformidad con la Directriz 42 de las de técnica normativa, pues se retrasa la producción de determinados efectos de la norma, sin que ello implique la pervivencia temporal de la norma derogada, que sería propio de una transitoria.

En efecto, el precepto acompaña la aplicación de las diferentes pruebas que regula al calendario que establece el ordenamiento básico, ajustándola a la disposición transitoria única RD

1892/2008. Sin embargo, mientras que ésta sí declara la pervivencia temporal de las normas que deroga, lo que determina la calificación de la disposición como transitoria, en el ámbito regional no se da esta circunstancia, pues:

- La nueva prueba de acceso de quienes ostentan el título de Bachiller será aplicable, de conformidad con la norma básica de referencia, desde el curso 2009-2010, por lo que desde el momento en que entre en vigor el futuro Decreto, habrá de aplicarse ya éste y no el 60/2000 que la regula en la actualidad.

- La nueva prueba de acceso para mayores de 25 años será aplicable a partir del 1 de enero de 2010, por lo que una vez entre en vigor el futuro Decreto no será necesario mantener provisionalmente la pervivencia del Decreto 134/2004, de 30 de diciembre, por el que se desarrolla en el ámbito de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, el Real Decreto 743/2003, de 20 de junio, por el que se regula la prueba de acceso a la Universidad de los mayores de 25 años.

- La prueba de acceso para los mayores de 45 años, cuya aplicación queda demorada hasta el año académico 2010-2011 no cuenta con regulación autonómica.

b) El número del verbo “atendrán” debe ser el singular.

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 advertidas en la Consideración Cuarta de este Dictamen.

**TERCERA.**- Tienen carácter esencial las consideraciones relativas a los siguientes extremos:

- Al artículo 4, en los términos expresados en la Consideración Quinta, 1 de este Dictamen.

- La integración administrativa de la Comisión Organizadora y su composición (art. 8.1), conforme a lo indicado en la Consideración Quinta, 2 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 08/2010

<b>Asunto</b>	Reconocimiento de obligaciones contraídas por la convocatoria de subvenciones para la compensación económica de árbitros en las elecciones sindicales, sin el trámite de fiscalización previa.
<b>Consultante</b>	Consejero de Educación, Formación y Empleo
<b>Fecha</b>	11/01/2010

### Extracto de Doctrina

1. 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.

2. Los órganos gestores deben tener especialmente presente el mandato del artículo 53 LPAC, debiendo seguir el procedimiento adecuado, teniendo en cuenta, además, que, para que el Consejo de Gobierno pueda valorar adecuadamente la actuación que conviene al interés público, es necesario que la información aportada al expediente por aplicación del artículo 33 RCIM sea completa (Dictamen 20/1998).

### ANTECEDENTES

**PRIMERO.-** Mediante una orden carente de fecha, el Director General de Trabajo, a propuesta del Subdirector y por delegación del Consejero de Educación, Formación y Empleo, aprobó el gasto de 37.000 euros correspondiente a una convocatoria de subvenciones para el programa de árbitros en elecciones sindicales, regulado por Orden de 8 de julio de 2009. La propuesta del Subdirector, fechada el 28 de julio de 2009, indica que la misma se realiza "sometida a fiscalización del titular de la Intervención Delegada de la Consejería la aprobación del gasto".

**SEGUNDO.-** Las subvenciones fueron convocadas por resolución de la Dirección General citada de 30 de julio de 2009, previo expediente tramitado al efecto, en el que el Servicio Jurídico de la Consejería advirtió en el informe de 2 de junio de 2009 que la propuesta de gasto debía someterse a la fiscalización previa prevista por el artículo 28.2 de la Ley de Subvenciones.

**TERCERO.-** En el escueto expediente remitido por la Consejería consultante, consta a continuación un informe del Subdirector General de Trabajo relativo a la “fiscalización de la resolución de la Dirección General de Trabajo por la que se convocan subvenciones sobre compensación económica para árbitros en elecciones sindicales”, de 4 de diciembre de 2009, en el que, después de citar los antecedentes oportunos, se indica que puesto que se omitió la fiscalización de la autorización del gasto, procede iniciar los trámites previstos por el artículo 33 del Decreto 161/1999, de 30 de diciembre, por el que se desarrolla el régimen de control interno ejercido por la Intervención General (RCIM), a lo que añade que “teniendo en cuenta las fechas en que se ha detectado la omisión interventora, la Dirección General de Trabajo no formulará observaciones al informe que realice la Intervención, por lo que se considera emitido (sic) la Memoria a la que hace referencia el artículo 33 del Decreto 161/1999, de 30 de diciembre”. A continuación aparece un idéntico informe, con igual fecha, suscrito por el Consejero consultante y dirigido a la Intervención Delegada.

**CUARTO.-** Según indica también el Interventor Delegado en el informe de 15 de diciembre de 2009, emitido a los efectos del artículo 33 RCIM, a la falta de fiscalización previa se une otra irregularidad, que es la aprobación del gasto sin fecha; también dice que existe crédito presupuestario adecuado y suficiente y que no es conveniente la revisión de los actos.

**QUINTO.-** No se acompaña la propuesta de reconocimiento de la obligación y pago para cada uno de los beneficiarios.

**SEXTO.-** El 17 de diciembre de 2009 el Consejero consultante formuló una propuesta para elevar al Consejo de Gobierno con el fin de que éste acuerde que “por el titular de la Consejería de Educación, Formación y Empleo se proceda a la autorización del gasto” en el expediente de referencia.

Tras ello, se formalizó la consulta mediante escrito que tuvo entrada el día 17 de diciembre de 2009, en el que, con cita del artículo 12.17 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia (LCJ), se solicita la emisión del preceptivo Dictamen como “muy urgente”.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

**PRIMERA.- Carácter del Dictamen.**

Según lo establecido en el artículo 12.12 LCJ (y no 12.17, como se indica en el escrito de consulta) 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 muy urgente, motivando ello en que “es necesario efectuar el pago dentro de este ejercicio 2009”. 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 solo 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. No obstante, a la vista de las actuaciones practicadas y con el fin de subsanar cuanto antes las irregularidades advertidas, se emite el presente Dictamen a la mayor brevedad posible.

**SEGUNDA.- Sobre el procedimiento del incidente de omisión de fiscalización previsto en el artículo 33 RCIM.**

La instrucción del procedimiento no puede considerarse suficiente, ya que la memoria a que se refiere el artículo 33 RCIM no se ha emitido y deja sin aclarar, por tanto, la omisión de la fecha de la orden de aprobación del gasto.

Es preciso centrar la atención sobre el procedimiento aplicable, que es el regulado en el artículo 33 RCIM. A tenor de lo establecido en el artículo 53 de la Ley 30/1992, de 26 de

noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), los actos que dicten las Administraciones Públicas se producirán por el órgano competente ajustándose al procedimiento establecido. Siguiendo este mandato, el órgano gestor no puede ni alterar el orden de los trámites ni desistir de ellos cuando le competen (art.12.1 LPAC). En anteriores ocasiones ha destacado este Consejo Jurídico (sobre todo a partir del Dictamen 44/2000) que no parece que la posibilidad de iniciar un procedimiento como el presente haya sido pensada para que de ella hagan uso los órganos gestores. Más bien se trata de un instrumento pensado para ser empleado por los órganos de control, puesto que es a ellos a los que se refiere el artículo 33 RCIM cuando dice *“si el Interventor General o los interventores delegados al conocer de un expediente observaran alguna de las omisiones ... lo manifestarán a la autoridad que hubiera iniciado aquél y emitirán al mismo tiempo su opinión respecto de la propuesta....”*. Si no es el órgano de control el que inicia el procedimiento se producen distorsiones en su tramitación puesto que, como ha ocurrido en el presente, el informe del Interventor se evacua no de oficio sino a instancia del órgano gestor y sin que propiamente se le haya puesto de manifiesto la propuesta a que se refiere el artículo 33 RCIM, que no puede ser otra más que la propuesta de pago.

Todo lo dicho es coherente con la propia naturaleza del procedimiento que examinamos. Se trata de un incidente que surge en el curso de otro procedimiento principal. El artículo 33 RCIM lo deja bien claro cuando expresamente dice: *“Si el Interventor ... al conocer de un expediente ... lo manifestará al que hubiera iniciado aquél ...”*. Siendo un incidente que surge porque en una intervención -no en otro órgano- se observa la existencia de la anomalía que nos ocupa, no se puede realizar tal observación independiente del procedimiento principal. De otra manera estaríamos aceptando que la función de control interno no es ejercida en exclusiva por los órganos de intervención, tal como dispone el artículo 91.1 del Texto Refundido de la Ley de Hacienda de la Región de Murcia, aprobado por Decreto Legislativo 1/1999, de 2 de diciembre (TRLH), sino que estaría “diluida” entre todos los órganos de la Administración autonómica. No quiere decirse con esto que la omisión de la preceptiva fiscalización no pueda ser denunciada por ningún otro órgano, pero sí que esa denuncia no debería servir para habilitar un procedimiento con el que dar solución a un problema en el que la falta de fiscalización puede ser sólo una de las carencias observables, máxime si, como ocurre en el asunto examinado, existen otras irregularidades que es preciso aclarar. Por ello los órganos gestores deben tener especialmente presente el mandato del artículo 53 LPAC, debiendo seguir el procedimiento adecuado, teniendo en cuenta, además, que, para que el Consejo de Gobierno pueda valorar adecuadamente la actuación que conviene al interés público, es necesario que la información aportada al expediente por aplicación del artículo 33 RCIM sea completa (Dictamen 20/1998).

A la vista de ello, es esencial que el procedimiento se instruya adecuadamente aportando la propuesta de gasto que proceda, sometiéndola a la Intervención Delegada, emitiendo ésta, entonces, el informe del artículo 33 RCIM, para que después, una vez formulada la memoria por la Dirección General de Trabajo, se someta a Dictamen preceptivo de este Consejo Jurídico la propuesta que el titular de la Consejería proyecte elevar al Consejo de Gobierno, la cual no puede ser que se “proceda a la autorización del gasto” por dicho Consejero, sino autorizar a que reconozca la obligación, es decir, remover un obstáculo para que la Consejería interesada pueda dar salida al expediente interrumpido, reconociendo la obligación contraída ilegalmente y ordenando su pago. Finalmente resuelve la Consejería, pero debe orientar su actuación en el sentido acordado por el Consejo de Gobierno, único modo de que la orden de pago resultante pueda ser favorablemente fiscalizada (Dictamen 20/1998).

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

### **CONCLUSIÓN**

**ÚNICA.-** Se dictamina desfavorablemente la propuesta consultada, debiendo instruirse el procedimiento conforme a lo expresado en este Dictamen.

No obstante, V.E. resolverá.





**DICTAMEN 09/2010**

<b>Asunto</b>	Resolución de contrato formalizado por la mercantil - - y el Consorcio para la Gestión de los Residuos Sólidos de la R. M. (COGERSOL), por la gestión de los residuos sólidos de la Región de Murcia.
<b>Consultante</b>	Consejero de Agricultura y Agua (2004)
<b>Fecha</b>	18/01/2010

**Extracto de Doctrina**

El artículo 43.2 LPAC, después de establecer en su inciso inicial la regla general de la producción del silencio positivo (en el caso pretendido por la empresa, por haber transcurrido el plazo de tres meses desde la presentación de su solicitud), exceptúa de su aplicación, entre otros, a los procedimientos administrativos “cuya estimación tuviera como consecuencia que se transfirieran al solicitante o a terceros facultades relativas al dominio público o al servicio público”; y debe destacarse que el empleo en este precepto del término “relativas” implica que con el mismo el legislador ha querido aludir a la transferencia al solicitante de facultades que se refieran o relacionen de cualquier modo con el servicio público, y es claro que entre ellas están tanto la que da derecho a prestar tal servicio como a dejar de prestarlo, como sería el caso aquí pretendido por la empresa.

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** Con fecha 11 de agosto de 2005, la Comisión de Gobierno del Consorcio para la Gestión de los Residuos Sólidos de la Región de Murcia, adoptó acuerdo de adjudicación a la “—” del contrato para la explotación, mediante concesión, del Centro de tratamiento, selección y compostaje de residuos sólidos urbanos (x) y de las estaciones de transferencia (de residuos) del citado Consorcio, por un plazo de diez años, a contar desde la entrega al concesionario de las referidas instalaciones, quedando formalizado el oportuno contrato administrativo el 12 de agosto de 2005.

**SEGUNDO.-** Iniciada el 20 de agosto de 2005 la gestión del servicio, el 14 de marzo de 2008 la empresa formula reclamación por desequilibrio económico de la concesión y solicita, además, que se proceda a la adaptación y adecuación de los equipos del x. a las demandas reales del servicio para que el mismo se pueda prestar adecuadamente, y que si tales inversiones hubieran de ser afrontadas por el concesionario, se modifique el contrato para compensarle con la retribución adecuada; también reclama el abono de las certificaciones pendientes de pago.

I. En síntesis, en la citada reclamación se expone que desde el inicio de la explotación de las instalaciones del x. en Ulea se han advertido dos circunstancias sobrevenidas e imprevistas, imputables exclusivamente a la Administración concedente, que condicionan técnica y económicamente la prestación del servicio:

1ª) La imposibilidad de alcanzar los rendimientos de recuperación de subproductos previstos en el Pliego de Condiciones del contrato, por causas ajenas al concesionario, a cuyo fin la empresa aporta dos informes técnicos elaborados por “--, S.L.” y “--, S.L.”; el primero de ellos acredita, según afirma, que cualquier incremento de la cantidad de residuos a tratar por encima de las 30 tm./hora reduce considerablemente el porcentaje de recuperación de subproductos y aumenta el de generación de rechazos, así como que las instalaciones carecen de la tecnología adecuada para la selección de los residuos; el segundo de los informes acredita que la empresa realiza una correcta ejecución de los diferentes procesos, dentro de lo técnicamente posible. Por ello, la contratista afirma que los criterios utilizados en los pliegos de condiciones para determinar los ratios de recuperación de subproductos y de rechazo de residuos en que se basó su oferta son erróneos, y que no estaban basados en la experiencia previa del funcionamiento de las instalaciones porque, en el periodo anterior a la adjudicación del contrato, funcionaron de forma muy reducida en comparación al momento actual, como lo demuestra el muy diferente consumo de energía eléctrica producido en uno y otro período.

2ª) El fuerte incremento de las toneladas realmente gestionadas sobre lo previsto en los pliegos (lo que no pudo ser previsto entonces), muy por encima de la capacidad técnica de las instalaciones; capacidad que es, según considera el primero de los informes aportados, de 115.000 tm./año; añade que la insuficiencia de las instalaciones se demuestra en el hecho de que en escrito del Consorcio de 26 de junio de 2007 se le autoriza a trasladar a una instalación de apoyo, reflejada en su oferta (x), parte de los residuos previstos para los meses de julio y agosto de 2007.

Ello da lugar, según afirma, a un incremento de los costes de gestión del proceso de rechazo de residuos (por la diferencia entre el porcentaje de rechazos estimado en la oferta y el real), a una reducción de ingresos por la recuperación de subproductos (por la diferencia entre el porcentaje de recuperaciones estimado en la oferta y el real) y a un incremento de los costes operativos, debido al funcionamiento de los equipos por encima de su capacidad técnica, lo que genera un elevado aumento del consumo energético, de averías y del gasto en la sustitución de elementos, así como otros gastos derivados de la seguridad laboral.

Añade que también son circunstancias que desequilibran económicamente la concesión el hecho de tener que gestionar residuos industriales, por así obligarlo el Consorcio, sin que la instalación esté técnicamente preparada para ello, y la modificación del sistema de recogida de aguas pluviales por orden de la Comunidad Autónoma, que les obliga a gestionar aguas pluviales como lixiviados.

Por todo ello, solicita que se le reconozca el derecho a percibir la cantidad de 3.114.105,63 euros, suma de las cantidades calculadas por los conceptos antes expresados (costes de gestión del proceso de rechazo de residuos, reducción de ingresos en la recuperación de subproductos e incremento de los costes operativos).

II. Asimismo, según la concesionaria, todo lo anteriormente expuesto justifica la necesidad de que se proceda a la adaptación y adecuación de los equipos del x. a las demandas reales del servicio, para que el mismo se pueda prestar adecuadamente, y que si tales inversiones hubieran de ser afrontadas por el concesionario, se modifique el contrato para compensarle con la retribución adecuada, todo ello en los términos establecidos en los escritos previamente presentados al Consorcio con tal fin.

Con el reseñado escrito de reclamación, la concesionaria adjunta diversos documentos, entre los que destacan los informes técnicos anteriormente reseñados, varios escritos en los que se calculan las indemnizaciones reclamadas por los diferentes conceptos expresados en la instancia, y varias comunicaciones entre la empresa y el Consorcio relativas a determinadas obligaciones a cumplir por la concesionaria en relación con el servicio.

**TERCERO.-** Requerida la empresa para que aclarase algunos aspectos de su reclamación, el 15 de mayo de 2008 presentó escrito al efecto (f. 303 a 307 exp.).

**CUARTO.-** El 2 y el 25 de junio de 2008 los servicios del Consorcio emiten sendos informes, técnico y jurídico, en los que analizan pormenorizadamente las alegaciones de la concesionaria y concluyen que las relativas al desequilibrio económico y a la modificación del contrato no procede estimarlas; en cuanto al abono de las certificaciones pendientes de pago, reconocen su procedencia (vid. f. 242 a 270 exp.).

**QUINTO.-** El 27 de junio de 2008, la Presidencia del Consorcio, acogiendo lo informado previamente por sus servicios, dicta resolución desestimatoria de la reclamación por desequilibrio económico y para la modificación del contrato, estimando la relativa al abono de las certificaciones

pendientes de pago. El 9 de julio de 2008, la Junta de Gobierno del Consorcio ratifica la Resolución de la Presidencia.

**SEXTO.-** Con fecha 7 de noviembre de 2008 la contratista presenta escrito solicitando la resolución del contrato. Fundamenta dicha resolución en el incumplimiento grave por la Administración de sus obligaciones contractuales esenciales, alegando, en síntesis, lo siguiente:

1. Manifiesta insuficiencia técnica de las instalaciones, por imposibilidad absoluta de cumplir los rendimientos estipulados en los Pliegos de Condiciones que rigieron la contratación, conforme se desprende de los informes técnicos que adjunta (los mismos que aportó con su reclamación por desequilibrio económico). Viene a reiterar lo alegado al respecto en la citada reclamación (vid. Antecedente Segundo).

2. Manifiesta insuficiencia técnica de las instalaciones para la adecuada prestación del servicio, según las valoraciones óptimas de la Administración, consistentes en 40 toneladas/hora. Alega que las instalaciones no tienen la capacidad técnica necesaria para gestionar adecuadamente dicha cantidad de residuos, como se desprende de los referidos informes. Igualmente, viene a reiterar lo alegado en este punto en la citada reclamación.

En relación con estas dos circunstancias, manifiesta que ha recurrido el acto del Consorcio por el que desestimó su reclamación indemnizatoria por desequilibrio económico de la concesión, estando pendiente de resolución ante los Tribunales de Justicia.

3. Incumplimiento por parte de la Administración de los requerimientos establecidos en la Declaración de Impacto Ambiental (DIA) del x., relativos a la falta de cubrición de las zonas de almacenamiento del compost y del rechazo derivado del proceso de producción del compost.

4. Incumplimiento de pago de los intereses de demora devengados por el retraso en el abono de diversas certificaciones de los servicios prestados, por una cantidad que asciende a 715.300'99 euros, según relación que adjunta.

5. Los gastos desmesurados del suministro eléctrico, que desde el inicio de la actividad se han visto triplicados en relación con los existentes anteriormente, acreditan que el funcionamiento de las instalaciones con anterioridad no era el exigido en los Pliegos que sirvieron de base para la contratación.

Con base en todo lo anterior, la concesionaria solicita la resolución del contrato, ofreciendo seguir con el mismo sólo hasta el 31 de diciembre de 2008; asimismo solicita la liquidación del contrato y que se le reconozcan las cantidades que se le adeudan por la prestación del servicio, las que posteriormente se le adeuden por los servicios que siga prestando, los intereses de demora que correspondan y todos los daños y perjuicios sufridos con motivo de la resolución contractual por causa imputable al Consorcio, que como mínimo ascienden al lucro cesante hasta la indicada fecha, así como la devolución de la garantía prestada.

**SÉPTIMO.-** Con fecha 23 de diciembre de 2008, la Junta de Gobierno del Consorcio adoptó acuerdo en el que dispuso:

*“PRIMERO.- Iniciar expediente de resolución de contrato a instancia de la empresa concesionaria x., poniendo de manifiesto que la resolución del contrato corresponde a la Administración, de oficio o a instancia del contratista, y por las causas legalmente previstas.*

*SEGUNDO.- Solicitar los informes pertinentes.*

*TERCERO.- Dar traslado del presente acuerdo de iniciación del expediente al contratista, otorgándole un plazo de diez días naturales para que efectúe las alegaciones que estime oportunas, advirtiéndole que en caso de dejar de prestar el servicio a fecha 31 de diciembre de 2008 incurrirá en abandono del servicio, constituyendo éste el mayor y más grave de los incumplimientos en la prestación de un servicio público, un incumplimiento culpable del contratista, con las consecuencias establecidas en la ley.”*

**OCTAVO.-** Notificado este acuerdo a la concesionaria, con fecha 5 de enero de 2009 presenta escrito reiterando lo expresado en el inicial, si bien manifiesta que continuarán en la prestación del servicio hasta la terminación del procedimiento.

**NOVENO.-** El 19 de enero de 2009, la Secretaria de los órganos colegiados del Consorcio emite informe al que incorpora el contenido de otros dos, sin fecha, emitidos por los servicios técnicos y la Intervención del Consorcio, en contestación a las alegaciones de la contratista, que a continuación se resumen.

I. Por lo que se refiere al informe técnico, éste, en lo que atañe a la alegada insuficiencia técnica de las instalaciones y el exceso de residuos gestionados por encima de la capacidad

técnica de aquéllas, reitera lo informado sobre estos extremos con ocasión de la reclamación por desequilibrio económico, en los términos que se indican a continuación.

Los rendimientos previstos en el Pliego de Condiciones del contrato fueron aceptados por el contratista como parte integrante del contrato, y son ratios de referencia que se incluyeron en la oferta, siendo los rendimientos de recuperación de subproductos ofertados un criterio base de la adjudicación. La empresa concesionaria, en su oferta, calculó los porcentajes de recuperación que se podían obtener en una Planta biológico-mecánica como es x., pero si no ha obtenido los rendimientos ofertados, no puede imputarlo al Consorcio, ya que es riesgo y ventura del concesionario obtener los beneficios esperados por la consecución de los ratios de recuperación de subproductos incluidos en su oferta.

Además, no hay relación inversamente proporcional entre las toneladas tratadas y los rendimientos de recuperación obtenidos, ya que estos últimos se van incrementando progresivamente conforme aumenta la producción de residuos. Analizando los ratios de recuperación durante el año 2006 y el año 2007, se puede observar que la empresa adjudicataria está progresando en la consecución de los ratios de recuperación establecidos, de modo que si en el año 2006 se quedaban lejos de éstos, se debía a una deficiente gestión de las instalaciones, la cual ha ido mejorando con el paso del tiempo. Por tanto, el que no se alcancen los porcentajes de recuperación de subproductos ofertados corresponde al riesgo y ventura del adjudicatario, circunstancia que evidencia una gestión ineficiente de las instalaciones, con la colocación de un número reducido de operarios en el triaje secundario de x., tal y como se le ha manifestado en reiteradas ocasiones a través de diversos escritos.

Por otra parte, las toneladas que se establecen en los Pliegos de condiciones son la previsión de producción de residuos de los Ayuntamientos consorciados para el año 2005, año de inicio del contrato de gestión del servicio. En el contrato no se establece esta producción para el año 2005 como capacidad máxima de tratamiento de la Planta, siendo por el contrario previsible un incremento progresivo de producción durante la ejecución del contrato. En este sentido, la Planta está diseñada con suficiente flexibilidad para tratar los incrementos producidos dentro del rango de 30-40 toneladas/hora. La capacidad óptima de funcionamiento se establece, según las características técnicas de los equipos, en 35 toneladas/hora.

En el Pliego de Prescripciones técnicas del contrato vigente se establece en el punto 2.2.2 "*Volumen de residuos a tratar*" lo siguiente:

*"Las capacidades de las líneas de tratamiento del x. son, de forma orientativa, las siguientes:*

*-Línea de fracción resto: 30 tn/hora*

*-Línea de fracción envases ligeros: 6 tn/hora*

*La cantidad orientativa de producción de residuos totales en los municipios del Consorcio para el año 2005 es de 171.085 tm.*

*La proporción de envases ligeros dependerá del grado de implantación de la recogida selectiva en cada municipio.*

*El Consorcio podrá decidir las cantidades que serán recepcionadas y las cantidades que serán procesadas en cada línea y podrá exigir al concesionario la adscripción de más personal, de más turnos de trabajo o el empleo de mayores medios, al objeto de poder procesar adecuadamente las cantidades que determine".*

De conformidad con lo anterior, se concluye que la capacidad de 30 tn/hora es una capacidad orientativa, no es la capacidad máxima de la planta, la cual se establece, según las fichas de los equipos, en una capacidad óptima de 35 tn./hora y una capacidad máxima de 40 tn/hora. Por otra parte, tal y como se indica en el punto 2.2.2, *"El Consorcio podrá exigir al concesionario la adscripción de más personal, de más turnos de trabajo o el empleo de mayores medios, al objeto de poder procesar adecuadamente las cantidades que determine"*, de modo que ante el aumento paulatino de residuos gestionados por la UTE, se ha solicitado a la misma la inclusión de más personal y la sustitución de las bajas de larga duración, a lo que se ha hecho caso omiso por parte de la empresa concesionaria, lo cual ha influido negativamente en los ratios de recuperación.

De este modo, con la instalación existente se puede tratar en condiciones óptimas un volumen anual de residuos de  $35 \times 6.15 \times 3 \times 6 \times 52 = 201.474$  tm/año. En el último año (desde el 20 de agosto de 2007 hasta el 19 de agosto de 2008) se han tratado en x. 192.765,72 toneladas de residuos en masa, los cuales se han utilizado como parámetro de cálculo para la revisión del canon. Por tanto, nos encontramos en una situación próxima al límite óptimo de la instalación, pero aún no se ha alcanzado.

Añade dicho informe técnico que, a fin de responder a las necesidades futuras, y siendo consciente el Consorcio de la situación en la que se encuentra x. en cuanto a la capacidad de tratamiento para los próximos años, los órganos de gobierno tomaron la decisión de realizar una serie de inversiones encaminadas a la ampliación de la planta, para incrementar la capacidad de tratamiento de la misma, automatizar las líneas de selección y ejecutar la construcción de una estación de transferencia para el traslado del rechazo para mejorar la eficiencia de la gestión de los residuos.

II. En lo que se refiere a la alegación del contratista (nueva respecto de lo manifestado en su reclamación por desequilibrio económico) relativa al incumplimiento por parte de la Administración (titular de la instalación) de determinados requerimientos establecidos en la DIA emitida en su día sobre la planta, consistentes en la falta de cubrición de las zonas de almacenamiento del compost y del rechazo derivado del proceso de producción de compost, el citado informe técnico expresa que, efectivamente, la DIA obliga a la cubrición de las zonas de acopio de compost y rechazo de afino, de modo que se tendrá que cubrir con lonas el material acopiado en estas zonas. Por otra parte, el almacenamiento de compost se realiza dentro de la nave de fermentación, con lo cual el único producto a cubrir con lonas sería el rechazo de afino, como se ha indicado por parte del Consorcio en repetidas ocasiones, y siempre con tiempos de permanencia en la plataforma de afino inferior a 24 horas, ya que el destino final de este material es el de servir de estructurante al proceso de fermentación de lodos en la Planta de x.

III. Por lo que atañe a la alegación relativa al gran incremento del consumo eléctrico, el reseñado informe técnico expresa que se debe a que durante la prestación del servicio por parte de la anterior empresa, el proceso de compostaje se realizó en instalaciones de ésta, de modo que el sistema de aspiración de gases de fermentación no se utilizó, dando lugar a un consumo menor de energía eléctrica en la planta de Ulea, y que la gestión del compost en instalaciones externas a ésta se autorizó por el carácter provisional del contrato con el empresa x., el cual se estableció por seis meses y se prorrogó posteriormente por otros seis más.

IV. El informe emitido por la Intervención del Consorcio, señala, en síntesis, que el mero retraso en el abono de los intereses de demora en el pago de certificaciones no puede ser considerado *"per se"* como una de las causas de resolución legalmente establecidas. Asimismo informa que, conforme con lo establecido en el artículo 43, apartado segundo, de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), el plazo máximo de resolución del procedimiento es de tres meses,



y el transcurso dará lugar a la desestimación por silencio de la solicitud del interesado para que se declare la resolución del contrato.

Además, el informe de la Secretaria de los órganos colegiados del Consorcio señala que lo adeudado por facturaciones pendientes de abono vencidas asciende a 1.844.136,64 euros, correspondiente a certificaciones de julio a octubre de 2008, no concurriendo la causa de resolución prevista en el artículo 167,a) del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (TRLCAP) para los contratos de gestión de los servicios públicos. Respecto de los intereses de demora, indica que su reclamación no es objeto del presente procedimiento.

Por todo ello, dicho informe propone desestimar la solicitud de resolución contractual, previa audiencia del interesado.

**DÉCIMO.-** El 30 de enero de 2009, la Junta de Gobierno del Consorcio acuerda aprobar el dictamen de la Comisión de Gobierno, la cual, a su vez, había asumido previamente lo expresado en el reseñado informe de la Secretaria de los órganos de gobierno del Consorcio.

**UNDÉCIMO.-** Con fecha 8 de abril de 2009, la contratista presenta escrito de alegaciones, en el que incide en las presentadas anteriormente, añadiendo que se ha producido la resolución del contrato por silencio administrativo. Por ello, solicita que se declare que el contrato ha quedado resuelto por silencio positivo y, en su defecto, que se acuerde su resolución por las causas alegadas por la empresa.

Además, a lo expresado en escritos anteriores añade que, según el proyecto de construcción de la planta, de julio de 2000, la misma está dimensionada para tratar 153.600 toneladas/año, proyecto cuya copia solicitó al Consorcio y éste denegó el 3 de abril anterior, por lo que ha vuelto a solicitarla. Por ello, solicita que, en cualquier caso (debe entenderse, no obstante, con carácter subsidiario a la petición a que se hace referencia en el párrafo anterior), se acuerde la suspensión del plazo para resolver, a efectos de que se le facilite copia de dicho proyecto de construcción para que, a su vista, pueda alegar lo oportuno en defensa de sus intereses.

Adjunta a dicho escrito un anexo con un listado del personal incorporado a los servicios objeto del contrato.

**DUODÉCIMO.-** El 27 de abril de 2009 la Secretaria de los órganos colegiados del Consorcio emite nuevo informe en el que analiza la alegación relativa al silencio administrativo, concluyendo que el régimen aplicable al presente procedimiento es el que establece el carácter negativo de dicho silencio, por aplicación de lo establecido en el artículo 43.2 LPAC (de posterior comentario). En lo demás, se remite a lo expresado en los informes técnico y de la Intervención reseñados en el Antecedente Noveno.

Concluye su informe considerando que procede desestimar la solicitud de resolución contractual, previo Dictamen del Consejo Jurídico de la Región de Murcia, *“por existir oposición del contratista”*. En cuanto a la pretendida suspensión del plazo para resolver el procedimiento por causa de la solicitud de copia del proyecto de construcción del x., considera que ambas peticiones no proceden, pues el supuesto no se encuentra entre los previstos en el artículo 42 LPAC y el derecho de acceso a los documentos administrativos se debe ejercitar formulando una petición individualizada de los mismos y no una solicitud genérica.

**DECIMOTERCERO.-** El 7 de mayo de 2009 el técnico responsable del Consorcio emite nuevo informe, en el que expresa lo siguiente:

*“Respecto a los puntos en los que x. manifiesta su desacuerdo respecto al anterior informe técnico emitido por el Consorcio relativo a la solicitud de resolución de contrato de fecha 7 de noviembre de 2008, el Técnico Responsable informa sobre las alegaciones efectuadas en los siguientes términos:*

*1. Insuficiencia técnica de las instalaciones.*

*Los rendimientos previstos en el Pliego de Condiciones del contrato, fueron aceptados por el contratista como parte integrante del contrato. Estos rendimientos son ratios de referencia, los cuales se incluyeron en la oferta, siendo los rendimientos de recuperación de subproductos ofertados un criterio base de la adjudicación recogido en el aspecto 2.3.2.3: "Propuesta sobre la gestión de los subproductos comercializables. Eficacia del proceso de reciclado". En este punto x. se compromete en su oferta a la obtención de los porcentajes de recuperación siguientes:*

- Recuperación del 5% de subproductos de la línea de fracción resto*
- Recuperación del 12% de compost de la línea de fracción resto.*
- Recuperación del 65% de envases ligeros de la línea de envases.*

*De este modo, la empresa concesionaria, en su oferta, calculó los porcentajes de recuperación que se podían obtener en una Planta biológico-mecánica como es x. Si no se han obtenido los rendimientos ofertados no puede ser imputado al Consorcio, ya que es riesgo y ventura del Concesionario el obtener los beneficios esperados por la consecución de los ratios de recuperación de subproductos incluidos en su oferta.*

*Por otra parte, no hay relación inversamente proporcional entre las toneladas tratadas y los rendimientos de recuperación obtenidos, ya que éstos últimos se van incrementando progresivamente conforme aumenta la producción de residuos. Analizando los ratios de recuperación durante el año 2006 y el año 2007, se puede observar que la empresa adjudicataria está progresando en la consecución de los ratios de recuperación establecidos, de modo que si en el año 2006 se quedaban lejos de éstos se debía a una deficiente gestión de las instalaciones, la cual ha ido mejorando con el paso del tiempo.*

*Por tanto, el que no se alcancen los porcentajes de recuperación de subproductos ofertados evidencia una gestión ineficiente de las instalaciones, con la colocación de un número reducido de operarios en el triaje secundario de x, tal y como se ha manifestado en reiteradas ocasiones a través de escritos del Consorcio. En la oferta de x. se propuso la colocación de 16 peones de triaje por turno en la línea de triaje secundario de fracción envases y 8 peones de triaje por turno en la línea de triaje secundario de la fracción resto. Esta dotación se ha incumplido de modo sistemático en la prestación del servicio, tal y como se recoge de las actas de inspección y escritos remitidos a la empresa concesionaria, la cual dispone de forma habitual de un máximo de 8 peones de triaje por turno en la línea de envases ligeros y de 2 peones por turno en la línea de fracción resto, lo que hace un total de 10 peones en la cabina de triaje secundario. La insuficiente dotación de personal de triaje conlleva, a juicio de este técnico, y avalado por informes de x. y de la Dirección General de Calidad Ambiental, el que no se alcancen los ratios de reciclaje ofertados por la empresa concesionaria.*

*Por otra parte, los medios humanos ofertados formaban parte de los criterios de adjudicación, en los cuales se ofertó un número total de trabajadores de 57 personas, la cual y según se indica en su oferta "Esta plantilla es básica, para las condiciones técnicas actuales de las instalaciones del Consorcio, y podría ser modificada con respecto a las variaciones que se produzcan en capacidad y volumen gestionado durante el contrato". En este sentido, esta plantilla se dimensionó para el tratamiento de un volumen de residuos inicial estimado para el año 2005 en 168.363 toneladas anuales de residuos de fracción resto y 2.722 toneladas anuales de residuos de envases.*

*Desde el 2005 hasta hoy se ha producido un incremento en la producción de residuos, de modo que durante el año 2008 se han tratado 188.114,90 toneladas de residuos de fracción resto y 4.877 toneladas de residuos de envases, lo que supone un incremento significativo de residuos, frente al cual la empresa concesionaria debería haber procedido a la contratación de nuevo personal asociado a la variación al alza de los residuos gestionados, la cual lleva asociado también un incremento en la facturación al Consorcio.*

*Respecto a los informes realizados por las empresas x, y. en los que se basan para justificar que no se alcanzan los valores de recuperación ofertados por causas ajenas al concesionario, por parte de este Consorcio no se entra a valorar los criterios en los que se apoyan los informes mencionados.*

*En cuanto al funcionamiento del sistema de compostaje, en el escrito de 12 de marzo de 2007 del Consorcio, cuando se refiere al sistema de compostaje diseñando "inicialmente", se refiere al sistema de compostaje implantado al inicio de actividad por parte de x. con la incorporación de la nueva volteadora y el cambio del sistema de volteo de las parvas, el cual no estaba dando unos rendimientos en producción de compost satisfactorios, como ya se indicó en la Resolución de la reclamación por desequilibrio económico de 30 de Junio de 2008.*

*En el Pliego de Cláusulas Administrativas que rigieron el proceso de contratación se incluyeron como cuarto criterio de adjudicación las mejoras sin cargo para el Consorcio, las cuales incluían obras de primer establecimiento o reforma de las existentes en el recinto de la planta, maquinaria y equipos u otros elementos materiales que el licitador se comprometía a realizar o aportar al servicio sin cargo alguno para el Consorcio. Con carácter indicativo, se señalaron como posibles objetivos de las mejoras las instalaciones de tratamiento, el parque de fermentación, evacuación de rechazo de selección, tratamiento de lixiviados y el acondicionamiento ambiental. Dentro de las mejoras ofertadas por la concesionaria se incluyó una volteadora de compost móvil "para acelerar el proceso de compostaje, cuando el mismo lo requiera, dado que o bien puede apoyar a la existente, actuando en solitario posee una capacidad de tratamiento superior a la que posee el Consorcio", tal y como se indica en la descripción de la mejora ofertada. Por tanto, la concesionaria conocía las características del sistema de compostaje, el cual intentó mejorar con la inclusión de una nueva volteadora como apoyo a la ya existente.*

*De este modo, las graves dificultades técnicas o deficiencias en las instalaciones de compostaje alegadas se consideraron corregidas por parte del Consorcio con la inclusión de la nueva volteadora o de otras propuestas de mejora incluidas en su oferta.*

*2. Exceso de residuos gestionados por encima de la capacidad técnica de la instalación.*

*Las toneladas que se establecen en los Pliegos de condiciones son la previsión de producción de residuos de los Ayuntamientos Consorciados para el año 2005, año de inicio del contrato de gestión de servicio con x.*

*En el contrato no se establece esta producción para el año 2005 como capacidad máxima de tratamiento de la Planta, siendo por el contrario previsible un incremento progresivo de producción durante la ejecución del contrato. En este sentido, la Planta está diseñada con suficiente flexibilidad para tratar los incrementos producidos dentro del rango de 30-40 toneladas/hora. La capacidad óptima de funcionamiento se establece, según las características técnicas de los equipos, en 35 toneladas/hora.*

*Además, en el Pliego de Prescripciones técnicas del contrato vigente se establece, en el punto 2.2.2 "Volumen de residuos a tratar", lo siguiente:*

*Las capacidades de las líneas de tratamiento del x. son, de forma orientativa, las siguientes:*

*-Línea de fracción resto: 30 tn/hora*

*-Línea de fracción envases ligeros: 6 tn/hora*

*La cantidad orientativa de producción de residuos totales en los municipios del Consorcio para el año 2005 es de 171.085 tm.*

*La proporción de envases ligeros dependerá del grado de implantación de la recogida selectiva en cada municipio.*

*El Consorcio podrá decidir las cantidades que serán recepcionadas y las cantidades que serán procesadas en cada línea y podrá exigir al concesionario la adscripción de más personal, de más turnos de trabajo o el empleo de mayores medios, al objeto de poder procesar adecuadamente las cantidades que determine"*

*De conformidad con lo anterior, se concluye que la capacidad de 30 tn/hora es una capacidad orientativa, no es la capacidad máxima de la planta, la cual se establece, según las fichas de los equipos, en una capacidad óptima de 35 tn/hora y una capacidad máxima de 40 tn/hora. Por otra parte, tal y como se indica en el punto 2.2.2, "El Consorcio podrá exigir al concesionario la adscripción de más personal, de más turnos de trabajo o el empleo de mayores medios, al objeto de poder procesar adecuadamente las cantidades que determine", de modo que ante el aumento paulatino de residuos gestionados por la UTE se ha solicitado a la misma la inclusión de más personal y la sustitución de las bajas de larga duración, de lo cual se ha hecho caso omiso por parte de la empresa concesionaria, lo cual ha influido negativamente en los ratios de recuperación.*

*De este modo, con la instalación existente se puede tratar en condiciones óptimas un volumen anual de residuos de  $35 \times 6.15 \times 3 \times 6 \times 52 = 201.474$  tm/año. En el último año (desde el 20 de agosto de 2007 hasta el 19 de agosto de 2008) se han tratado en x. 192.765,72 toneladas de residuos en masa, los cuales se han utilizado como parámetro de cálculo para la revisión del canon. Por tanto, nos encontramos en una situación próxima al límite óptimo de la instalación, pero aún no se ha alcanzado. Por otra parte, se permite el uso de instalaciones de apoyo a x. de forma puntual y excepcional en caso de puntas de producción o avería de alguna de las líneas de producción.*

*Siendo consciente este Consorcio de la situación en la que se encuentra x. en cuanto a la capacidad de tratamiento para los próximos años, los órganos de gobierno del Consorcio tomaron la decisión de realizar una serie de inversiones encaminadas a la ampliación de x. para incrementar la capacidad de tratamiento de la misma, automatizar las líneas de selección y ejecutar la construcción de una estación de transferencia para el traslado del rechazo para mejorar la eficiencia de la gestión de los residuos.*

*3. Incumplimiento por parte de la Administración de los requerimientos establecidos en la DIA.*

*En este punto de la reclamación, se informa que, efectivamente, la DIA obliga a la cubrición de las zonas de acopio de compost y rechazo de afino, así como la zona de evacuación de rechazo.*

*El almacenamiento de compost se debe realizar dentro de la nave de fermentación, con lo cual el único producto a cubrir con lonas sería el rechazo de afino, como se ha indicado por parte*

*de este Consorcio en repetidas ocasiones, y siempre con tiempos de permanencia en la plataforma de afino inferior a 24 horas, ya que el destino final de este material es el de servir de estructurante al proceso de fermentación de lodos en la Planta de x.*

*Para solventar de forma definitiva el problema de la cubrición de las zonas de acopio de compost y rechazo de afino se van a realizar una serie de inversiones en x. para la construcción de una nave aneja a la nave de afino para el almacenamiento de compost y rechazo de selección.*

*En cuanto a la delimitación de áreas en función de la naturaleza de los procesos y operaciones de la actividad, cada área está perfectamente delimitada en planos e independizada para cada uno de los procesos realizados en x.”*

**DECIMOCUARTO.-** Previo dictamen favorable de la Comisión de Gobierno, la Junta de Gobierno del Consorcio, en sesión celebrada con fecha 12 de mayo de 2009, adoptó acuerdo cuya parte dispositiva expresa lo siguiente:

*“Primero.- Desestimar las alegaciones presentadas al expediente de resolución del contrato instada por la concesionaria x. (y) con fecha 7 de noviembre de dos mil ocho por las razones expuestas y debidamente motivadas en el Informe anteriormente transcrito.*

*Segundo.- Solicitar dictamen del Consejo Jurídico de la Región de Murcia al formularse oposición del contratista, suspendiendo el plazo para resolver.*

*Tercero.- Autorizar al Sr. Presidente del Consorcio para realizar los trámites oportunos para la petición de Dictamen.*

*Cuarto.- Dar traslado del presente acuerdo a la concesionaria para su conocimiento y efectos oportunos”.*

**DECIMOQUINTO.-** Solicitado dicho Dictamen por el Vicepresidente del Consorcio, mediante Acuerdo 8/2009, de 27 de julio, este Consejo Jurídico requirió al consultante para que acreditase la facultad con que formulaba la petición de Dictamen y para que, en su caso, completase el expediente con la remisión de determinada documentación. Mediante oficio registrado en este Consejo Jurídico el 19 de noviembre de 2009, el Consejero de Agricultura y Agua, y Presidente del Consorcio, solicita la emisión de Dictamen, acompañando la documentación requerida en el reseñado Acuerdo.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

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

Solicitado el Dictamen de este Consejo Jurídico con carácter preceptivo por considerar el consultante que se está ante el supuesto previsto en el artículo 12.7 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia, cabe dudar fundadamente de que tal sea el caso que nos ocupa. El citado precepto se refiere a los supuestos de *“resolución de los contratos administrativos y concesiones cuando se formule oposición por parte del contratista”*, y se plantea la cuestión de si tal oposición se refiere necesariamente a la resolución del contrato (lo que implica una previa pretensión del órgano de contratación con tal fin, fundada en el ejercicio de su correspondiente prerrogativa, iniciando al efecto el pertinente procedimiento administrativo, solución que es la que se deduce de la regulación contenida en el artículo 59 TRLCAP), o si el comentado precepto puede extenderse a casos como el presente, en que el contratista no se opone a la resolución contractual, al contrario, la pretende, y quien se opone a la misma son los servicios del órgano de contratación que han informado al respecto, y el contratista discrepa de ellos. En el primer caso hay una inicial pretensión del órgano administrativo competente (el órgano de contratación) de poner fin al contrato, y a ello se opone el contratista; en el segundo supuesto es el contratista el que pretende resolver el contrato, y quien se opone a ello son los servicios informantes del referido órgano, manteniendo aquél su pretensión resolutoria en el trámite de audiencia final, insistiendo a tal efecto en sus alegaciones y rechazando las consideraciones expresadas en los referidos informes, de forma que puede decirse que el contratista *“se opone a la oposición”* de la Administración plasmada en dichos informes.

En cualquiera de los casos se procede a emitir el Dictamen interesado, lo que se justifica, en todo caso, por el interés de algunas de las cuestiones planteadas.

#### **SEGUNDA.- Sobre el silencio administrativo.**

La primera cuestión que debe analizarse, prioritariamente a cualquier otra, es la relativa a la alegada estimación por silencio administrativo de la solicitud de resolución contractual objeto del presente procedimiento, pues de haberse producido tal estimación presunta, la Administración debería, bien dictar resolución expresa estimatoria de dicha solicitud (artículo 43.4, a) LPAC), bien



proceder a la revisión de oficio del acto producido por silencio positivo (artículo 43.3 en relación con el Capítulo I del Título VII de dicha Ley), en el caso de que la referida estimación presunta se considerase contraria a Derecho.

La concesionaria alega, con base en diversas sentencias que cita, que en materia de contratación administrativa y, en concreto, respecto de una solicitud de resolución contractual como la deducida, es aplicable el régimen establecido para el silencio administrativo en el artículo 43.2 LPAC. Tal afirmación es cierta, vista la jurisprudencia existente sobre la incidencia de dicha ley en materia de contratación administrativa. Sin embargo, no puede decirse que exista jurisprudencia sobre el alcance de la aplicación de tal precepto cuando se trata de un caso como el que nos ocupa, en que la eventual estimación por silencio administrativo de una solicitud de resolución de una concesión de servicio público produciría la extinción de la misma y, por tanto, el acto administrativo presunto otorgaría al antiguo concesionario el derecho (y el deber) de dejar de prestar dicho servicio público, con las graves consecuencias que ello supondría para la población afectada.

El citado artículo 43.2 LPAC, después de establecer en su inciso inicial la regla general de la producción del silencio positivo (en el caso pretendido por la empresa, por haber transcurrido el plazo de tres meses desde la presentación de su solicitud), exceptúa de su aplicación, entre otros, a los procedimientos administrativos *“cuya estimación tuviera como consecuencia que se transfirieran al solicitante o a terceros facultades relativas al dominio público o al servicio público”*; y debe destacarse que el empleo en este precepto del término *“relativas”* implica que con el mismo el legislador ha querido aludir a la transferencia al solicitante de facultades que se refieran o relacionen de cualquier modo con el servicio público, y es claro que entre ellas están tanto la que da derecho a prestar tal servicio como a dejar de prestarlo, como sería el caso aquí pretendido por la empresa. Ambos supuestos, es decir, la adquisición por un particular, por virtud de la figura del silencio administrativo, del derecho a prestar un servicio público, o a dejar de prestarlo, son un inmejorable ejemplo de lo que el legislador pretende impedir al establecer esta excepción a la producción del silencio administrativo positivo en lo que se refiere a los servicios públicos.

En consecuencia, no puede aceptarse que la solicitud de resolución contractual objeto del presente procedimiento haya sido estimada por silencio administrativo.

### **TERCERA.- Procedimiento.**

Conforme se señaló en el Antecedente Undécimo, en su escrito presentado el 8 de abril de 2009 la contratista solicita que se le dé copia del proyecto de construcción del x. para posibilitar adecuadamente su derecho de defensa en el presente procedimiento, solicitando también que se acuerde su suspensión en tanto se practique dicho trámite.

Si bien, como entiende el informe reseñado en el Antecedente Duodécimo, no es posible acordar la solicitada suspensión del procedimiento, por no tener amparo legal la causa invocada al efecto (la práctica de una prueba documental como la referida es un acto de instrucción que no se encuentra entre los supuestos que permiten la suspensión de aquél, ex artículo 42.5 LPAC), no puede aceptarse, en cambio, lo expresado en dicho informe como motivo para denegar la documental solicitada, esto es, el carácter genérico o no individualizado del documento de que se trata, ya que el proyecto de construcción del x. es un documento técnico perfectamente individualizado y que puede ser puesto a disposición del interesado para su examen e, incluso, cumpliendo los oportunos requisitos, facilitarse su copia.

Por otra parte, a la vista de la naturaleza de las alegaciones de la contratista y, en general, de las cuestiones planteadas en el procedimiento en orden a la pretendida resolución del contrato (entre otras, la alegada falta de aptitud de la planta –puesta por la Administración a disposición de la concesionaria- para cumplir con el objeto del contrato), no puede decirse que la referida prueba documental sea manifiestamente improcedente o innecesaria, únicas circunstancias que, conforme con lo establecido en el artículo 80.3 LPAC, podrían justificar la denegación de su práctica. Así, el dato de la capacidad de la planta según el proyecto de su construcción se conecta razonablemente con la controversia planteada acerca de la aptitud de la instalación para cumplir con el objeto contractual, tanto en lo que respecta al debido tratamiento de los residuos como a la consecución de los ratios de recuperación de subproductos previstos en su clausulado (cuyo interés es evidente para la concesionaria, pues influye en la rentabilidad de la explotación).

Todo lo anterior, claro está, ha de entenderse sin prejuzgar en modo alguno la virtualidad de lo que establezca el proyecto de construcción de las instalaciones en lo atinente a su capacidad (frente a lo informado por el Consorcio sobre la capacidad de los equipos) y, en general, sin prejuzgar la incidencia que esta cuestión relativa a la capacidad técnica de las instalaciones pueda tener para justificar la pretendida resolución del contrato; aspectos que deberán ser abordados en la nueva propuesta de resolución que se formule una vez sea practicada la reseñada prueba, se hayan incorporado al expediente determinados documentos, que posteriormente se reseñan, y se hayan completado los informes técnicos del Consorcio en los términos que se señalan a

continuación, así como el correspondiente nuevo trámite de audiencia al contratista al objeto de que, tras todo lo anterior, pueda formular las alegaciones que estime convenientes.

En este sentido, deben incorporarse formalmente al procedimiento las fichas técnicas de los equipos, las actas de inspección y los escritos relativos a la dotación de personal que el informe técnico de 7 de mayo de 2009 dice remitidos en su momento al contratista, así como los informes de x. y de la Dirección General de Calidad Ambiental a que también se refiere dicho informe, pues se trata de documentos en los que se apoya el Consorcio para sostener la aptitud de las instalaciones y el incumplimiento de la contratista de sus obligaciones en materia de dotación de personal.

Por otra parte, no es aceptable lo expresado en el referido informe de 7 de mayo de 2009 en relación con la no valoración de las auditorías presentadas por la contratista con su solicitud de resolución contractual. La adecuada instrucción de todas las cuestiones planteadas en el expediente requiere de un pronunciamiento de los servicios técnicos del Consorcio acerca de la virtualidad que dichos informes pueden tener en orden a justificar las alegaciones del contratista sobre la falta de aptitud de las instalaciones del x. para posibilitar el cumplimiento del contrato en los términos que quedaron establecidos en los pliegos que rigieron su adjudicación y en la oferta aceptada de la empresa. Y ello, entre otras razones, porque en su escrito de 8 de abril de 2009 la empresa afirma que *“ha acreditado, en base a los dos informes o auditorías aportados, que no resulta técnicamente posible obtener los ratios previstos en los pliegos con las deficientes instalaciones y no por causa imputable a la concesionaria, sino por las instalaciones propias del ente adjudicador”*, y que *“nada se dice en el informe técnico del Consorcio sobre dichos informes. Ni tan sólo se valoran. Simplemente se obvian los mismos”*. Todo ello, claro está, como anteriormente se apuntó, sin prejuzgar la virtualidad que tales alegaciones pudieran tener para justificar la resolución contractual pretendida u otras consecuencias jurídicas posibles, lo que no procede analizar en este momento, sino tras la realización de los indicados actos de instrucción.

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

### **CONCLUSIONES**

**PRIMERA.-** No es aplicable al procedimiento objeto de Dictamen el régimen del silencio administrativo positivo establecido en el primer inciso del artículo 43.2 LPAC, sino la excepción a dicho régimen prevista en tal artículo, por las razones expresadas en la Consideración Segunda del presente Dictamen.

**SEGUNDA.**- Previamente al examen del fondo de las restantes cuestiones planteadas en el procedimiento, procede realizar los actos de instrucción a que se refiere la Consideración Tercera del presente Dictamen.

No obstante, V.E. resolverá.



## DICTAMEN 10/2010

<b>Asunto</b>	Responsabilidad patrimonial instada por x., como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.
<b>Consultante</b>	Consejera de Sanidad y Consumo
<b>Fecha</b>	18/01/2010

### Extracto de Doctrina

Sólo en el caso de que se produzca una infracción de la lex artis responde la Administración de los daños causados, pues en caso contrario dichos perjuicios no son imputables a la atención sanitaria pública y no tendrían la consideración de antijurídicos, por lo que deberían ser soportados por el paciente.

### ANTECEDENTES

**PRIMERO.-** El 5 de julio de 2006 x. presentó escrito, dirigido al Servicio Murciano de Salud (SMS), de reclamación de responsabilidad patrimonial en el que, en síntesis, expresa lo siguiente: que el 11 de mayo de 2003 sintió molestias en su ojo izquierdo, con sensación de cuerpo extraño, por lo que acudió al Hospital “*Morales Meseguer*”, de Murcia, donde, tras explorarla, le apreciaron disminución de la agudeza visual, le diagnosticaron una úlcera crónica y dudosa sobreinfección, y le prescribieron aciclovir crema, cada cinco horas. Cuando se aplicó en el ojo la crema prescrita, al no ser ésta de carácter oftálmico, sintió fuertes síntomas de irritación, por lo que acudió de nuevo a dicho hospital, donde le realizaron una nueva exploración física, que evidenció lo siguiente: “*hiperemia mixta, opacificación corneal, edema y úlceras corneales múltiples*”; se le realizó un lavado ocular, se le prescribió pomada óculos epitelizante, tobrex, oclusión 48 horas, y nolotil, y se le dio cita con el oftalmólogo.

Según la reclamante, a partir de ese momento, empezó a sufrir dolores de cabeza, y comenzó a ser tratada por el oftalmólogo. Así, en febrero de 2004 se sometió a un transplante de cornea y, a partir de dicha intervención, a revisiones quincenales, y posteriormente mensuales. Como consecuencia de todo lo relatado, en la actualidad su ojo no está curado y presenta una agudeza visual de 0,05 con corrección y de 0,00 (sic), sin posibilidad de mejoría. En su opinión, se le ha producido un daño causado por la sanidad pública, por las lesiones que presenta, a consecuencia de la aplicación de la pomada prescrita. A este respecto, señala que el prospecto del citado medicamento indicaba que no se recomendaba su aplicación tópica en membranas

mucosas como la boca y el ojo, y se debía tener especial cuidado para evitar la introducción accidental en el ojo. Concreta el daño causado en la pérdida de la visión del ojo izquierdo, los días necesitados para estabilizar las secuelas, y el daño psicológico sufrido, que le ha causado un trastorno del humor con episodio depresivo. Cuantificó dicho perjuicio en 105.262,12 €, que desglosó en diferentes conceptos (secuelas físicas y psíquicas y periodo de incapacidad). También indicó que con ocasión de dichos hechos se interpuso en su día una denuncia, tramitada en el Juzgado de Instrucción nº 1 de Murcia en Diligencias Previas nº 2254/2003, concluidas mediante Auto de fecha 18 de junio de 2003, que declaró el sobreseimiento libre y el archivo de las actuaciones, que se le notificó en fecha 21 de febrero de 2006.

La reclamante adjunta a su escrito diversa documentación: informes médicos de la asistencia que se le dispensó en el Servicio de Urgencias del citado hospital el día 11 de mayo de 2003 y otros sobre su posterior proceso, e informes de 15 de diciembre de 2005, de facultativo Especialista en Medicina de Deporte, y de 10 de marzo de 2006, de Psicóloga, de valoración de secuelas padecidas. También presentó documentación relativa a las citadas diligencias penales.

**SEGUNDO.-** El 9 de noviembre de 2006 el Director Gerente del Servicio Murciano de Salud dictó resolución de admisión a trámite de la reclamación, que fue notificada a las partes interesadas. Asimismo, se solicitó al reseñado hospital copia de la historia clínica de la paciente e informes de los facultativos que la atendieron.

**TERCERO.-** Mediante oficio de 12 de febrero de 2007 el citado hospital remitió la documentación interesada.

El informe de 9 de enero de 2007, emitido por el Jefe de Servicio de Urgencias, señala lo siguiente:

*“La paciente acude a este Servicio el día 11-5-2003 a las 08:04 h., siendo el motivo de consulta sensación de cuerpo extraño en ojo izquierdo, refiriendo que son molestias parecidas a las que otras veces ha tenido a consecuencia de presentar una úlcera oftálmica crónica en el referido ojo. La paciente es explorada, apreciándose disminución de la agudeza visual, cornea edematosa con úlcera corneal de aspecto crónico, y dudosa imagen dendrítica al teñir con fluoresceína, siendo el resto de la exploración normal.*”

*Con los datos clínicos de la anamnesis y exploración, se concluyó con el Juicio Clínico de úlcera crónica probablemente sobre infectada, junto con la necesidad de descartar Neuralgia, remitiéndose para control por su oftalmólogo y neurólogo.*

*A su alta se le prescribió tratamiento con aciclovir crema cada 5 horas ante la sospecha de sobre infección herpética, siendo éste el nombre genérico del fármaco. Consideramos que la aplicación del tratamiento prescrito no ha influido en el pronóstico de su patología, ya que el proceso de queratitis que padece la paciente presenta un carácter crónico”.*

Junto al informe anterior, se remitió el informe elaborado por el Jefe del Servicio de Oftalmología donde se trató a la paciente, que el 25 de enero de 2007 indicó lo siguiente:

*“Paciente con antecedentes de queratouveitis herpética en ojo izquierdo y trastorno psicológico tratado en nuestro servicio de psiquiatría.*

*Fue intervenida de trasplante de cornea en el año 2004, de ojo izquierdo, de cataratas de ojo izquierdo, el 6-6-05 y de catarata de ojo derecho el 6-2-06.*

*El 8-3-06 presentaba una agudeza visual de 0,8 en ojo derecho y de 0,1 en ojo izquierdo y estaba en tratamiento por queratitis herpética en ojo izquierdo.*

*El 15-3-06 se le diagnosticó de absceso corneal que fue tratado convenientemente hasta comprobar su cicatrización y estabilización el día 31-5-06.*

*Desde entonces ha tenido diversos episodios de queratouveítis que han sido tratados tanto en consulta como en urgencias que le han llevado a una disminución severa de la visión.*

*Este proceso plantea las siguientes cuestiones:*

*¿Como era la visión de la paciente antes de iniciar sus tratamientos en este Hospital? Era inferior a 0.05.*

*¿Ha habido algún tratamiento que haya influido en el pronóstico visual? Rotundamente no. El proceso de queratitis que presenta es antiguo”.*

**CUARTO.-** Consta la interposición de recurso contencioso-administrativo ante el Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 1, de Murcia, tramitado en el procedimiento ordinario nº 660/2007, contra la desestimación presunta de la reclamación patrimonial.

**QUINTO.-** Solicitado informe a la Inspección Médica del SMS, ésta, tras valorar la documentación contenida en el expediente, lo emitió el 15 de abril de 2009, en el que formuló las siguientes conclusiones:

*“1. X., de 58 años, reclama por la pérdida de agudeza visual, tras el trasplante de cornea, debido a las supuestas complicaciones sufridas al aplicarse Aciclovir tópico en el ojo izquierdo, prescripción realizada en el Hospital Morales Meseguer.*

*2. Padecía úlceras crónicas en ojo izquierdo, lo que consta en los antecedentes personales del 15/12/97, y así mismo se recogen en los antecedentes personales del día 11/05/03.*

*3. El 11/05/03, ante una córnea edematosa con úlcera de aspecto crónico y dudosa imagen dendrítica, se le prescribe el Aciclovir crema, no especificándose que fuera oftálmica. 08.04 h.*

*4. La aplicación del Aciclovir tópico en la conjuntiva puede producir una irritación superficial que en la conjuntiva se traduce en hiperemia conjuntival y en la cornea, edema que ya tenía por la mañana, y opacificación, que es la evolución natural de las úlceras. Este efecto no deseado se trató esa misma tarde a las 17:15 h. con el lavado ocular, la prescripción de epitelizante, antibiótico y analgésico, más la oclusión del ojo durante 48 horas.*

*5. Siete meses después es derivada para control hospitalario por un oftalmólogo particular, con el diagnóstico de recidiva de Queratitis Herpética en una fase de uveitis y descematocele.*

*6. La perforación de la córnea tiene correlación directa con los antecedentes de úlcera crónica y queratitis herpética que afectan profundamente a la integridad de la misma y la afectación de la visión.*

*7. No se encuentra relación de causalidad entre la aplicación de Aciclovir tópico en el ojo de forma puntual y la pérdida de visión”.*

**SEXTO.-** Por la compañía aseguradora del SMS se aportó dictamen médico de 6 de junio de 2009, del que se destaca lo siguiente:



*“En el caso que nos ocupa, desde hacía tiempo, la paciente presentaba en el OI episodios recidivantes de queratouveítis herpética. En mayo de 2003, tuvo una nueva recidiva y fue atendida en urgencias del H. Morales Meseguer. Como tratamiento, se le indicó Aciclovir, que es el antivírico indicado. Sin embargo, en lugar de prescribir Aciclovir pomada oftálmica, se le prescribió Aciclovir crema. El Aciclovir pomada oftálmica contiene aciclovir al 3%, mientras que el Aciclovir crema lleva aciclovir al 5%, es decir, la crema tiene una mayor concentración de producto activo. La pomada oftálmica está indicada para uso ocular, mientras que la crema está indicada para usar en la piel. La administración de la crema a nivel ocular o en mucosas produce irritación, y por ello se debe evitar el contacto con los ojos y mucosas.*

*En el caso de esta paciente, es evidente que se produjo un error en la prescripción. El facultativo prescribió el tratamiento con el nombre genérico del fármaco, Aciclovir, que para uso tópico se comercializa sólo en crema. El Aciclovir en forma de pomada oftálmica no se comercializa de forma genérica, y hay que prescribirlo con el nombre comercial, Zovirax® pomada oftálmica o Virmen® pomada oftálmica (de ahí posiblemente el error).*

*Debido al error en la prescripción, la paciente se administró en el ojo el Aciclovir crema (para uso en la piel) en lugar la pomada oftálmica (para uso ocular). Como consecuencia de la aplicación, se le produjo una importante irritación ocular que le obligó a acudir a urgencias, en donde le encontraron una hiperemia ocular (enrojecimiento), edema corneal y múltiples ulceritas. Cabe mencionar que antes de la aplicación de la crema, la paciente había ido a urgencias y tenía un edema y úlcera corneal. Lo normal es que la aplicación de la crema en el ojo produzca enrojecimiento, alteraciones del epitelio y posiblemente edema corneal, que revierten en unos días. Cuando la paciente fue a urgencias tras administrarse la crema, de inmediato le realizaron un lavado con abundante suero fisiológico y le prescribieron el adecuado tratamiento con indicación de acudir a revisión a su oftalmólogo.*

*No consta en el expediente ninguna consulta de la paciente hasta ocho meses después, en enero de 2004, cuando va a un oftalmólogo privado que le diagnostica una recidiva de queratouveítis herpética, con importante adelgazamiento corneal y peligro de perforación, motivo por el que le recomienda acudir a un centro hospitalario. Al día siguiente la paciente va al H. Morales Meseguer y la ingresan. La cornea se perfora y le realizan un queratoplastia en febrero de 2004, con resultado exitoso según consta en el informe del Jefe de Servicio. Más tarde también fue operada del mismo ojo de catarata y en 2006 se produjeron nuevas recidivas de queratouveítis herpética que le han llevado a la pérdida de visión del OI.*

*La paciente relaciona la evolución de su OI con el incidente de la administración de la crema de aciclovir. Pues bien, ya hemos visto que la administración de la crema ciertamente puede producir una alteración de la superficie ocular, pero se trata de una alteración reversible y de ningún modo es la causa de su mala evolución.*

*La desfavorable evolución del ojo de esta paciente se debe a su propia enfermedad, es decir, a la evolución de su queratouveítis herpética. Como hemos visto anteriormente, las múltiples recidivas de la enfermedad que ha tenido van dejando secuelas y pueden dar lugar a úlceras tróficas (que no cicatrizan) y que pueden llevar a la perforación corneal, como le ha sucedido, haciendo necesario un trasplante.*

*No se puede atribuir por lo tanto la pérdida de visión que padece en su oi (sic) al incidente con el Aciclovir, sino a las lesiones y secuelas producidas por las sucesivas reactivaciones de la queratouveítis que padecía desde años antes.”*

**SÉPTIMO.-** Otorgado trámite de audiencia a los interesados mediante oficio de 23 de junio de 2009, no consta la presentación de alegaciones.

**OCTAVO.-** El 20 de julio de 2009 se formula propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación; en síntesis, por considerar, conforme con los informes emitidos, que no se ha acreditado la existencia de mala praxis médica o infracción a la “*lex artis ad hoc*”, por lo que no existe relación de causalidad jurídicamente adecuada entre los daños por los que se reclama indemnización y el funcionamiento de los servicios públicos sanitarios regionales. Propuesta de resolución que fue remitida a este Consejo Jurídico, junto al 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.**

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, reguladora de este Consejo Jurídico.

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

I. La legitimación activa corresponde a la reclamante, por ser quien ha sufrido los daños personales por los que reclama indemnización.

La legitimación pasiva corresponde, en principio, a la Administración regional, por dirigirse contra ella la pretensión indemnizatoria.

II. No hay objeción que realizar sobre la temporaneidad de la reclamación, conforme con lo establecido en el artículo 142.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), teniendo en cuenta a estos efectos la interrupción del plazo prescriptivo de un año allí previsto, por razón de la tramitación de las actuaciones penales reseñadas en el Antecedente Primero y la fecha de la notificación de la conclusión de las mismas (21 de febrero de 2006).

III. En cuanto al procedimiento tramitado, se han seguido las formalidades esenciales propias de 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 sanitarios regionales y los daños por los que se reclama.**

Como expresa la propuesta de resolución, de los informes de la Inspección Médica del SMS y de la aseguradora de esta entidad incorporados al expediente se deduce que a la reclamante se le prescribió la aplicación de un antivírico no indicado para su patología, pero dicho error sólo produjo una irritación en la conjuntiva (hiperemia conjuntival) y en la cornea de su ojo izquierdo, con consecuencias mínimas y reversibles, del que no le quedaron secuelas, pues en cuanto acudió ese mismo día por la tarde al hospital, se procedió al lavado del ojo y se le prescribió el tratamiento adecuado, de forma que en ningún caso la aplicación de la pomada en cuestión fue la causa de las lesiones que presenta en la actualidad.

Ahora bien, el informe de la aseguradora del SMS reconoce que, a consecuencia de lo que considera un error en la prescripción del medicamento, se le ocasionó a la paciente una irritación ocular "*importante*", lo que, sin duda, le produjo unas ciertas molestias, que la interesada no tiene el deber jurídico de soportar, y que son imputables al anormal funcionamiento de los servicios públicos sanitarios. Aun cuando, como expresan los citados informes, lo anterior no le haya ocasionado secuela alguna, dichas molestias deben ser indemnizadas en lo que atañe al periodo de su curación (no así el transcurrido para la curación de las patologías previas y su evolución posterior, ajena a dichos servicios sanitarios); periodo que, ante la falta de otra información en el expediente, puede centrarse razonablemente en los días transcurridos desde la aplicación del medicamento (11 de mayo de 2003) hasta la fecha en que se citó a la paciente con el oftalmólogo para su control (el siguiente 29 de ese mes y año), según se consigna en el parte del Servicio de Urgencias correspondiente a la asistencia prestada tras la aplicación de la pomada en cuestión (folio 10 exp.).

Así, tomando como referencia el baremo aplicable en materia de accidentes de circulación, los 19 días transcurridos de incapacidad (no impeditiva, pues no se acredita otra cosa), valorados por referencia al año 2003, deben indemnizarse en 456'76 euros (19 x 24'04 euros/día), cantidad que deberá 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.**- Existe relación de causalidad entre el funcionamiento de los servicios públicos sanitarios regionales y los daños por los que se reclama indemnización a que se refiere la Consideración Cuarta del presente Dictamen, por las razones expresadas en la misma, debiendo reconocerse a la reclamante la indemnización que allí se expresa.

**SEGUNDA.**- En consecuencia, la propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación se informa desfavorablemente.

No obstante, V.E. resolverá.



**DICTAMEN 11/2010**

**Asunto** Responsabilidad Patrimonial instada por x., como consecuencia de los daños físicos sufridos por caída en el paseo de la Barra de Cabo de Palos.

**Consultante** Consejero de Obras Públicas y Ordenación del Territorio

**Fecha** 18/01/2010

**Extracto de Doctrina**

El artículo 1.3 del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, regulador del Reglamento de los Procedimientos de Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas, exige la preceptiva audiencia del contratista en los casos de reclamaciones de daños causados a terceros “durante la ejecución de contratos” (administrativos), y aunque, en rigor, el daño en cuestión se produce después de haber terminado la ejecución normal del contrato (pues se produce después de que la Administración hubiera recibido las obras, es decir, ya dentro del plazo de un año de garantía de las mismas), a los específicos efectos procedimentales de que aquí se trata debe sostenerse una interpretación amplia del concepto “ejecución del contrato”, pues, como señala el Dictamen del Consejo de Estado de 25 de febrero de 1988, “la liquidación definitiva, transcurrido el año normal de plazo de garantía, no implica sino la exoneración total de las responsabilidades (del contratista), no sólo contractuales, sino también las extracontractuales que hayan podido producirse durante el plazo de garantía después de la liquidación provisional y hasta el momento de la liquidación y recepción definitivas” (a salvo su responsabilidad quincenal por vicios ocultos, se entiende), es decir, que responde por los daños producidos a terceros durante el plazo de garantía siempre que tengan su causa en deficiencias de las obras.

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** En fecha 11 de diciembre de 2008, x. presenta escrito de reclamación de responsabilidad patrimonial, dirigida a la Administración regional, en el que solicita indemnización por los daños físicos sufridos en el Paseo de La Barra de Cabo de Palos, en la zona donde se ha ejecutado recientemente un tramo de obra de la denominada Senda Marítima de Cabo de Palos, al tropezar el 28 de junio de 2008, entre las 19 y las 20 horas, con un foco de luz de los instalados en el pavimento del paseo, en zona de tránsito peatonal, y que sobresale del suelo unos siete u ocho centímetros, formando parte de una hilera, cuya visibilidad de día es escasa o nula. Alega, además, que el vigente Código Técnico de la Edificación (CTE) establece en su apartado 3.1.2, “Discontinuidad en pavimentos”, que “no se han de admitir imperfecciones o irregularidades con



*una diferencia de nivel de más de 6 milímetros”. Señala que el foco que provocó el accidente “sobresalía sobre el pavimento en forma notoria y suficiente para provocar la caída que, de haber cumplido con la normativa de aplicación, nunca se hubiera producido.”*

Afirma que a consecuencia del tropezón se fracturó el primer dedo del pie derecho, lo que requirió asistencia médica, con 21 días de inmovilización y 60 días en los que se desplazó con muletas, pero en los que no pudo hacer su vida habitual. Por tal concepto solicita una indemnización de 3.060 euros (60 euros diarios por baja impeditiva y 30 por baja no impeditiva, según el criterio judicial común).

Adjunta a su escrito copia de un parte clínico del Centro de Salud de La Manga, de 28 de junio de 2008, y de una hoja de interconsulta de *“atención primaria-atención especializada”* del hospital *“Santa María del Rosell”* de Cartagena, de 18 de septiembre de 2008, y de un escrito de 24 de julio de 2008 del Director General de Puertos y Costas de la Administración regional en el que comunica a la interesada que se ha procedido a la sustitución de los focos en cuestión por otros planos, lamentando el percance sufrido, en contestación a un previo escrito de aquélla comunicando el accidente.

**SEGUNDO.-** Mediante oficio de 30 de enero de 2008 se comunica a la reclamante la entrada de su escrito de reclamación de responsabilidad patrimonial y la tramitación del correspondiente procedimiento, a cuyo efecto se le requiere para que subsane y mejore su solicitud con la aportación de determinados documentos

**TERCERO.-** Solicitado informe de la Dirección General de Transportes y Puertos, es emitido el 10 de febrero de 2009, en el que expresa lo siguiente:

*“Las obras relativas al Paseo de La Barra en Cabo de Palos fueron realizadas por la Dirección General de Puertos y Costas de la Consejería de Turismo y Consumo (actualmente D.G. de Transportes y Puertos de la Consejería de Obras Públicas y Ordenación del Territorio) realizándose la recepción de la misma el día 17 de junio de 2008, fecha a partir de la cual se computa el periodo de garantía de un año. Transcurrido este plazo y tras la liquidación del contrato, las obras serán cedidas al Ayuntamiento de Cartagena, que puso a disponibilidad de esta Administración los terrenos necesarios para la realización de la misma, a excepción de los situados en dominio público marítimo terrestre, para lo que se obtuvo la preceptiva autorización de la Dirección General de Costas del Ministerio de Medio Ambiente.*

*Con respecto a la realidad y certeza del evento lesivo producido en el paseo, únicamente tenemos la declaración (que aparece sin firmar) que figura en el expediente de la demandante x., en el que declara que hubo fractura de un dedo del pie al tropezar con uno de los focos del pavimento el día 28 de junio, y que permaneció de baja hasta el 18 de septiembre. De los documentos que enumera en su escrito sólo consta en el escrito un parte de Atención Primaria de Cartagena en la que se puede leer "Dedo morado" el día de la lesión y algo ilegible en la actuación de la enfermera, sin remitir a otro médico ni hospital, y un segundo parte del Hospital Santa María del Rosell, de 18 de septiembre, que se refiere a un traumatismo en un dedo del pie derecho. No parece debidamente justificado que el accidente se produjera en el lugar de los hechos ni que realmente hubiera fractura ni baja al no figurar ningún documento que acredite estos extremos.*

*En esta Dirección General se tuvo constancia de los hechos el 7 de julio de 2008, fecha en la que se recibió un escrito de la reclamante poniendo en conocimiento el tropezón y la fractura. En este mismo documento se instaba a la Administración a adoptar las medidas necesarias para evitar que se pudieran repetir hechos similares.*

*Para evitar nuevos accidentes como los sufridos por la x., esta Dirección General procedió a la sustitución de los mismos. Esta actuación se comunicó en fecha 24 de julio de 2008 a la reclamante.*

*Los focos sustituidos son elementos de mobiliario urbano y no irregularidades del pavimento, como se menciona en el escrito. Estos elementos son de práctica habitual en el mobiliario urbano de las áreas públicas y formaban parte del proyecto de las obras. Como se puede apreciar en la fotografía numerada como anexo 1, son perfectamente visibles durante el día, y por la noche están iluminados. No obstante, para evitar nuevos problemas en una zona de recreo, se procedió a su sustitución por otros que no sobresalen del pavimento, del tipo mostrado en el anexo 2."*

Se adjuntan a dicho informe dos fotografías del lugar de los hechos.

**CUARTO.-** Con fecha 17 de febrero de 2008 la reclamante presenta escrito al que acompaña determinados documentos, en cumplimiento de lo requerido previamente por el órgano instructor. Destaca un acta notarial de manifestaciones, de fecha 12 de febrero de 2009, en la que dos testigos declaran que el 28 de junio de 2008, entre las 19,00 y las 20,00 horas, iban paseando por el Paseo de La Barra de Cabo de Palos, en la zona donde se ejecutó un tramo de obra de la denominada "Senda Marítima de Cabo de Palos", cuando fueron testigos presenciales de una

caída que sufrió x. Indican que la caída se produjo al tropezar con un objeto fijo existente en el suelo, concretamente un foco de luz de un material consistente y compacto de los que se han instalado en la Senda Marítima, que sobresale del suelo unos siete u ocho centímetros aproximadamente, cuya visibilidad de día es escasa o nula, y que como consecuencia de la caída dicha persona se fracturó el primer dedo del pie derecho.

**QUINTO.-** Otorgado trámite de audiencia mediante oficio de 27 de abril de 2009, no consta la presentación de alegaciones.

**SEXTO.-** El 20 de julio de 2009 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 regionales y los daños por los que se solicita indemnización, ya que las exigencias constructivas establecidas en el CTE no son aplicables al paseo marítimo ni, en todo caso, la existencia de un foco de luz, que es un elemento propio del mobiliario urbano, puede ser calificado como irregularidad o imperfección a los efectos del alegado precepto del CTE.

Dicha propuesta de resolución fue remitida a este Consejo Jurídico, junto al 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, 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 reclamante ostenta legitimación activa para deducir la reclamación indemnizatoria objeto de Dictamen, al ser quien dice haber sufrido los daños físicos cuyo resarcimiento pretende en este procedimiento.

Los daños se imputan a la Administración regional por ser la que contrató las obras de acondicionamiento del paseo marítimo en que acontecieron los hechos, entre las que se incluye la instalación de uno de los focos que causó el tropiezo de la reclamante. Dado que dicha contratación es confirmada por el informe de la Dirección General de Puertos y Costas reseñado en el Antecedente Tercero y que dichas obras aún no habían sido cedidas al Ayuntamiento de Cartagena (porque, entregadas por el contratista a la Administración regional, se encontraban en periodo de garantía), la Administración regional, como dueña de las obras, está legitimada pasivamente para tramitar y resolver la presente reclamación.

II. Por lo que se refiere a si 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), debe señalarse que, acaecido en junio de 2008 el hecho (tropezón) del que derivan los daños por los que reclama, y presentada la reclamación en diciembre de ese año, no hay objeción que realizar desde la perspectiva de su temporaneidad, sin perjuicio de lo que más adelante se dirá respecto de la falta de acreditación de los daños en cuestión.

III. En cuanto al procedimiento, se ha seguido, en lo sustancial, lo establecido en la normativa de aplicación. No obstante, debió haberse emplazado al contratista de la obra. El artículo 1.3 del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, regulador del Reglamento de los Procedimientos de Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas, exige la preceptiva audiencia del contratista en los casos de reclamaciones de daños causados a terceros *“durante la ejecución de contratos”* (administrativos), y aunque, en rigor, el daño en cuestión se produce después de haber terminado la ejecución normal del contrato (pues se produce después de que la Administración hubiera recibido las obras, es decir, ya dentro del plazo de un año de garantía de las mismas), a los específicos efectos procedimentales de que aquí se trata debe sostenerse una interpretación amplia del concepto *“ejecución del contrato”*, pues, como señala el Dictamen del Consejo de Estado de 25 de febrero de 1988, *“la liquidación definitiva, transcurrido el año normal de plazo de garantía, no implica sino la exoneración total de las responsabilidades (del contratista), no sólo contractuales, sino también las extracontractuales que hayan podido producirse durante el plazo de garantía después de la liquidación provisional y hasta el momento de la liquidación y recepción definitivas”* (a salvo su responsabilidad quincenal por vicios ocultos, se entiende), es decir, que

responde por los daños producidos a terceros durante el plazo de garantía siempre que tengan su causa en deficiencias de las obras. Trasladando lo anterior a la normativa del TRLCAP y de su reglamento, aplicable al caso, si la causa del daño al tercero hubiera sido imputable a una defectuosa ejecución de las obras por parte del contratista, o a deficiencias del proyecto que éste eventualmente hubiera redactado, habría sido el responsable en última instancia de tal daño (artículos 167 y 169 de dicho reglamento y 219 TRLCAP), para cuyo resarcimiento podría serle incautada la garantía prestada, ex artículos 43.2, b) y 47 TRLCAP. Tales circunstancias ya serían suficientes para justificar el emplazamiento del contratista en un procedimiento de reclamación como el presente, para preservar su derecho de defensa si la Administración decidiera finalmente, en la resolución del mismo, que la responsabilidad final por los daños en cuestión le corresponde al contratista.

No obstante lo anterior, en el caso que nos ocupa no resulta necesario retrotraer las actuaciones para dar audiencia al contratista, pues del informe de la Dirección General de Transportes y Puertos obrante en el expediente se desprende con claridad que los daños por los que se reclama no tienen su causa en deficiencias en la ejecución de las obras, sino en su mero uso, y sin que conste que el contratista hubiera sido el autor del proyecto de las mismas.

### **TERCERA.- Sobre el fondo del asunto.**

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, efectivos e individualizables, 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.

II. Por lo que se refiere a los daños por los que se reclama indemnización, la reclamante no acredita suficientemente su existencia. Así, de los partes médicos presentados no sólo no se desprende con claridad que hubiera sufrido la fractura del primer dedo de su pie derecho, sino que no consta el período de incapacidad, impeditivo o no, que alega haber sufrido a consecuencia de dicha fractura. Ello se debería incluir en la propuesta de resolución.

Sin perjuicio de lo anterior, se examinarán el resto de requisitos legales exigibles para determinar la responsabilidad patrimonial que pretende que se reconozca.

III. Por lo que se refiere al imputado mal funcionamiento de los servicios públicos regionales, la reclamante alega que la colocación de los focos de luz en el suelo del paseo marítimo en que ocurrieron los hechos fue inadecuada porque, al sobresalir aquéllos notablemente sobre la rasante del pavimento, podían provocar, como así sucedió, el tropiezo de los viandantes, ya que, a su juicio, no eran suficientemente visibles de día. Añade que su instalación contravenía lo establecido en el CTE, que exige que las irregularidades o imperfecciones en el pavimento no deben sobresalir más de seis milímetros, sobresaliendo los focos en cuestión siete u ocho centímetros. La realidad del tropiezo con uno de los focos de dicho paseo se acredita por la declaración testifical reseñada en el Antecedente Cuarto de este Dictamen (si bien no puede aceptarse probada la realidad de la fractura del pie a que se refieren los testigos, pues ello depende de unos adecuados informes médicos que, como se indicó en el punto anterior, no son los aportados por la reclamante, como también apunta el informe de la Dirección General de Transportes y Puertos reseñado en el Antecedente Tercero).

A la vista del expediente tramitado, tampoco pueden aceptarse las alegaciones de la reclamante en lo atinente al imputado mal funcionamiento de los servicios públicos. En primer lugar, porque de las fotografías adjuntas al informe de la Dirección General de Transportes y Puertos se desprende con claridad que dichos focos eran perfectamente visibles de día por un viandante que paseara con un mínimo nivel de atención por el lugar en cuestión. En segundo lugar, porque, sin entrar a dilucidar si el CTE es o no aplicable a un paseo marítimo como el del caso, aun en el hipotético supuesto de que su norma 3.1.2, transcrita en el Antecedente Primero, fuese aplicable, aun por analogía, al pavimento de dicho paseo, es claro que unos focos de luz en el suelo no encajan en el concepto de imperfecciones e irregularidades del pavimento a que se refiere dicha norma, sino que son un elemento perfectamente admitido del mobiliario urbano al servicio de la funcionalidad del paseo. Y el hecho de que posteriormente se hubieran sustituido por otros focos planos no implica en modo alguno la inadecuación de los originarios, pues ya se ha dicho que el lugar de su colocación los hacía perfectamente visibles para los viandantes que circularan con la atención debida por la vía pública, lo que no quita para que la Administración, en su deseo de eliminar accidentes por falta de atención de los viandantes, los haya sustituido por otros que considera más adecuados a estos efectos.

Por todo lo expuesto, no puede aceptarse que exista la necesaria y adecuada relación de causalidad entre el funcionamiento de los servicios públicos de conservación y mantenimiento de la vía pública de referencia y los daños por los que se reclama, por lo que no procede declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración regional.

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

### **CONCLUSIONES**

**PRIMERA.**- No se acreditan suficientemente los daños por los que se reclama indemnización, lo que se debería incluir en la propuesta de resolución, conforme con lo expuesto en la Consideración Tercera, II, del presente Dictamen.

**SEGUNDA.**- No existe la necesaria y adecuada relación de causalidad entre el funcionamiento de los servicios públicos regionales y los daños por los que se reclama indemnización, por las razones expresadas en la Consideración Tercera, III, del presente Dictamen.

**TERCERA.**- Por todo lo anterior, la propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación se informa favorablemente.

No obstante, V.E. resolverá.



**DICTAMEN 12/2010**

**Asunto** Responsabilidad patrimonial instada por x en nombre y representación de su hijo x, debido a accidente escolar.

**Consultante** Consejero de Educación, Formación y Empleo

**Fecha** 18/01/2010

**Extracto de Doctrina**

Nota: igual doctrina que la expresada en el Dictamen 5/2010.





## DICTAMEN 13/2010

<b>Asunto</b>	Revisión de oficio de la Orden dictada en expediente sancionador por infracción a la normativa en materia de prevención de riesgos laborales.
<b>Consultante</b>	Consejero de Educación, Formación y Empleo
<b>Fecha</b>	25/01/2010

### Extracto de Doctrina

Los intentos de notificación fueron correctamente realizados y no constituyen ninguno de los vicios de nulidad de pleno derecho de los previstos en el artículo 62 LPAC.

### 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 en su domicilio a “-, S.L.”. 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 a las dos empresas responsables, siendo efectuado el 2 de diciembre de 2008 a “-, S.L.” en el domicilio antes reseñado, es decir, en el expresado por dicha empresa en sus 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 a la empresa por el servicio de correos, por no cumplir con las exigencias legales, y la revisión de la posterior notificación por edictos de tal Resolución; asimismo, insta la declaración de nulidad de la Orden resolutoria del recurso de alzada. Además, solicita que, una vez declarada tal nulidad, se anule la Resolución de referencia, a virtud del recurso de alzada que contra la misma también formula en dicho 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 la previa notificación de la Resolución recurrida.

**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.

**NOVENO.-** En el Dictamen nº 179/2009, de 15 de octubre de 2009, este Consejo Jurídico concluyó que *“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.”*

**DÉCIMO.-** Mediante oficio de 26 de octubre de 2009 la Consejería consultante otorga el trámite de audiencia antes indicado, en el cual el 14 de noviembre de 2009 “-, S.L.” presenta

escrito de alegaciones en el que, en síntesis, se adhiere a la revisión de oficio instada por "--, S.L." respecto de la Orden del Consejero de 28 de octubre de 2008, considerando a tal efecto que incurre en causa de nulidad de pleno Derecho porque se basa (al igual que la previa y ya citada Resolución sancionadora de 8 de agosto de 2008) en un acta de infracción de la Inspección de Trabajo en la que se consigna que se han llevado a cabo nuevas actuaciones de comprobación de la infracción (nuevas actuaciones respecto de las llevadas a cabo en una anterior acta de infracción, que fue emitida en un primer expediente sancionador, luego caducado), cuando tales nuevas actuaciones no existen; además, vuelve a insistir en la inexistencia de la infracción por la que se le sancionó, formulando parecidas alegaciones a las realizadas en su día en el procedimiento sancionador de referencia.

**UNDÉCIMO.-** En sesión celebrada el 30 de octubre de 2009, el Consejo de Gobierno acordó avocar para sí la competencia para resolver la revisión de oficio instada por la empresa en relación con los intentos de notificación y con la posterior publicación edictal de la Resolución del Director General de Trabajo de 6 de agosto de 2008, dada la íntima conexión existente entre tales actos administrativos y la posterior Orden del Consejero de 28 de octubre de 2008, cuya nulidad también insta dicha empresa.

**DUODÉCIMO.-** Mediante oficio de 18 de diciembre de 2009, el Secretario General de la Consejería de Educación, Formación y Empleo, por delegación del Consejero, solicita de este Consejo Jurídico la emisión de su preceptivo Dictamen, acompañando copia de las actuaciones complementarias realizadas y un borrador de propuesta de resolución del procedimiento, a elevar al Consejo de Gobierno, del mismo tenor desestimatorio de la nulidad de la citada Orden, que ya se contenía en la inicial propuesta de resolución, reseñada en el Antecedente Séptimo, extendiendo ahora, además, expresamente dicho pronunciamiento desestimatorio sobre la también instada nulidad de los actos administrativos de intento de notificación domiciliaria y de publicación edictal de la Resolución sancionadora de referencia.

A la vista de los reseñados antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

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

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, al versar sobre una propuesta de resolución de un procedimiento de revisión de oficio de determinados actos administrativos de la

Administración regional, conforme 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 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).

**SEGUNDA.- Competencia y procedimiento.**

I. En lo que se refiere a la pretendida declaración de nulidad de la Orden del Consejero de Educación, Formación y Empleo de 28 de octubre de 2008, compete resolver el procedimiento al Consejo de Gobierno, de conformidad con lo establecido 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.

En lo que atañe a los actos de intento de notificación domiciliaria y de publicación edictal de la Resolución del Director General de Trabajo de 6 de agosto de 2008, también compete al Consejo de Gobierno la resolución del procedimiento revisorio, debido a la avocación de la competencia originaria del Consejero realizada por el Acuerdo de 30 de octubre de 2009, reseñado en el Antecedente Undécimo.

II. Una vez realizadas las actuaciones a que se refería nuestro Dictamen nº 179/2009 (Antecedente Noveno) no hay reparo alguno que realizar a la tramitación del procedimiento.

**TERCERA.- Objeto del presente procedimiento de revisión de oficio. Determinación y análisis de los actos administrativos cuya declaración de nulidad de pleno Derecho se pretende.**

Conforme se desprende de los Antecedentes, la mercantil “--, S.L.”, al amparo de lo establecido en el artículo 102 LPAC, insta la nulidad de pleno derecho de diversos actos administrativos, recaídos en el procedimiento sancionador en materia laboral que dió lugar a la imposición, a dicha empresa y a “--, S.L.”, de una sanción de 12.000 euros, luego reducida a 6.010,13 euros a virtud de la estimación parcial del recurso de alzada interpuesto en su día por esta última empresa. Para un mejor análisis de las cuestiones planteadas en el presente procedimiento revisorio, conviene deslindar los actos administrativos objeto de la solicitud de declaración de nulidad radical, y abordar separadamente las imputaciones que en cada caso y a tal efecto formulan los interesados.

I. En primer lugar, se pretende la declaración de nulidad radical de los dos actos administrativos de intento de notificación domiciliaria a “--, S.L.”, realizados los días 21 y 26 de agosto de 2008 en la calle “—“ de Cieza (Murcia), de la ya citada Resolución sancionadora del Director General de Trabajo de fecha 6 de agosto de 2008.

Alega a tal efecto dicha empresa lo siguiente:

A) Que los citados intentos de notificación se dirigieron a un domicilio que no era el que debía tener en cuenta la Administración, pues le constaba que el domicilio de la empresa era otro. Por ello, en el primero de los escritos presentados, viene a sostener que tales intentos no pueden entenderse válidamente realizados, por lo que después no pudo entenderse válidamente notificada, vía publicación, la citada Resolución sancionadora, *“incurriendo la inexistencia de notificación en las causas de nulidad previstas en el artículo 62.1, a) y e) LRJPAC”* (sic). Más allá de lo confuso de tal afirmación, lo cierto es que los cuestionados intentos de notificación se realizaron en el domicilio que, para notificaciones, indicó la empresa en los escritos que presentó en el mismo procedimiento sancionador, circunstancia que obviamente prevalece frente a otros domicilios de la empresa que pudieran constarle a la Administración regional, por lo que tales actos no adolecen de ningún vicio jurídico, ni siquiera de mera anulabilidad.

B) Que en el acuse de recibo acreditativo del primer intento de notificación no se identifica el acto cuya notificación se pretende.

Tal imputación no constituye un vicio de nulidad de pleno derecho de los previstos en el artículo 62 LPAC, lo que es razón suficiente para su desestimación, lo que así deberá expresar la propuesta de resolución.

Además, y en cualquier caso, como señala la propuesta dictaminada, la alegación de la empresa no es cierta, pues en el anverso del citado acuse de recibo se hace constar que éste se refiere a la resolución del expediente nº 200855130308 (folio 101 exp.).

C) Que el segundo intento de notificación no se realizó dentro de los tres días siguientes al primero, como manda la ley.

Asimismo, se trata de un alegado vicio o infracción que claramente no constituye un motivo de nulidad de pleno derecho de tales actos, sino una mera irregularidad no invalidante, como expresa la propuesta de resolución.

D) Que tras dichos dos intentos de notificación no se dejó en el domicilio en cuestión ningún aviso para que la empresa pudiese ir a las dependencias del servicio de correos para notificarse el acto de que se trataba.

Igualmente, debe decirse que lo alegado no consiste ni da lugar a ningún motivo de nulidad radical de tales actos, lo que debería expresar la propuesta de resolución.

Además, y ya fuera del ámbito propio de este procedimiento revisorio, debe añadirse que tampoco es cierta tal alegación, pues en el reverso del citado acuse se hace constar por la correspondiente dependencia que la carta no fue retirada de la misma (vid. la casilla de dicho acuse relativa al envío “*no retirado*”), lo que implica que estuvo en dichas dependencias durante el plazo establecido al efecto, y este hecho no se explica si antes el funcionario de correos no ha extendido el correspondiente aviso que se deja en el domicilio en el que no pudo realizarse la notificación.

II. Por lo que se refiere a la pretendida nulidad radical del acto de notificación por edictos y posterior publicación en el BORM de la reseñada Resolución sancionadora, la citada empresa pretende su nulidad por ser un acto que trae causa de los previos actos de intento de notificación domiciliaria. Siendo así, y a la vista de la ya razonada inexistencia de vicios de nulidad radical de tales actos administrativos, ha de sostenerse igual pronunciamiento desestimatorio para la declaración de nulidad pretendida en relación con este otro acto.

Por ello, la necesaria conclusión que se obtiene de lo anterior es que la válida publicación en el BORM de la Resolución sancionadora de referencia surtió, para la empresa en cuestión, los efectos jurídicos que le son propios, es decir, la notificación de dicho acto a todos los efectos y, entre ellos, el de determinar el comienzo del plazo para que pudiera interponer el correspondiente recurso de alzada, lo que no hizo. Tal circunstancia, sin perjuicio de la resolución del presente procedimiento revisorio, impone que deba dictarse otra en la que, por los indicados motivos (es decir, por la confirmada validez y eficacia de la notificación, vía publicación en el BORM, de la citada resolución sancionadora) se acuerde inadmitir, por extemporáneo, el recurso de alzada que contra tal resolución también se formula en el escrito que inicia este procedimiento revisorio, vistas las fechas de la referida publicación en el BORM y la de la presentación del citado escrito impugnatorio.

III. Por lo que se refiere a la pretendida nulidad de la Orden del Consejero de fecha 28 de octubre de 2008, “--, S.L.” tampoco aduce ningún motivo de nulidad radical propio de la misma, sino que su pretendida nulidad vendría a traer causa de la nulidad instada para los actos de notificación de la previa Resolución sancionadora del Director General de Trabajo, antes citada.

Por ello, ningún motivo de nulidad de pleno derecho concurre en dicha Orden, pues trae causa de actos en los que no concurre ningún vicio jurídico de tal naturaleza, tal y como se ha razonado.

Por su parte, la otra interesada, “--, S.L.”, se adhiere en su escrito de alegaciones a la nulidad radical pretendida por la primera empresa sobre dicha Orden, si bien por considerar la segunda que dicho acto se basa (al igual que la previa y ya citada Resolución sancionadora de 8 de agosto de 2008) en un acta de infracción de la Inspección de Trabajo en la que se consigna que se han llevado a cabo nuevas actuaciones de comprobación de la infracción (refiriéndose ello a nuevas actuaciones respecto de las llevadas a cabo por tal Inspección con ocasión de una anterior acta de infracción, emitida en un primer expediente sancionador, luego caducado), afirmando la empresa que no existen tales nuevas actuaciones de comprobación.

Es evidente que lo alegado no funda ningún motivo de nulidad de pleno derecho de los previstos en el tan citado artículo 62 LPAC. La Orden cuestionada es un acto que se limitó a resolver el recurso de alzada previamente interpuesto por dicha empresa, y a tal efecto analizó y consideró las alegaciones deducidas en aquél, estimándolo parcialmente por las razones expresadas en la Orden, a lo que nada obsta la alegación ahora deducida por la empresa, que se refiere a un aspecto de legalidad ordinaria (a los hechos que fundan la sanción impuesta y, en concreto, a los atinentes a su comprobación administrativa) que, como ya se ha razonado con anterioridad, no puede ser enjuiciado en el seno de este especial procedimiento revisorio, dada la necesaria limitación de su objeto a los supuestos tasados en el indicado precepto jurídico.

IV. Por todo lo anteriormente expresado, procede desestimar la solicitud de declaración de nulidad de pleno derecho de los actos objeto de este procedimiento de revisión de oficio.

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

### **CONCLUSIONES**

**PRIMERA.**- Se dictamina favorablemente la propuesta de resolución que desestima la solicitud de declaración de nulidad de pleno derecho de los actos objeto del procedimiento de revisión de oficio a que se refiere el presente Dictamen, por las razones expresadas en su Consideración Tercera.

**SEGUNDA.**- Debe dictarse la resolución a que se refiere la Consideración Tercera, II.

No obstante, V.E. resolverá.





**DICTAMEN 14/2010**

**Asunto** Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hija, debida a accidente escolar.

**Consultante** Consejero de Educación, Formación y Empleo

**Fecha** 25/01/2010

**Extracto de Doctrina**

El Consejo de Estado ha tenido ocasión de pronunciarse en relación con daños producidos en el desarrollo de clases de Educación Física, propugnando la ausencia de la relación de causalidad cuando los hechos se producen fortuitamente dentro del riesgo que supone este tipo de actividades, y no por falta de la vigilancia exigida al profesorado o por mal estado de las instalaciones (Dictamen 3760/2000), tesis mantenida también por este Órgano Consultivo en numerosos Dictámenes (por todos 44/2003), y en la Memoria correspondiente al año 2003,

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** Con fecha 21 de noviembre de 2007, tiene entrada en el Registro de la entonces Consejería de Educación, Ciencia e Investigación, reclamación de responsabilidad patrimonial instada por x., en representación de su hija, alumna de 4º de Primaria en el CEIP “Nuestra Señora de la Paz” de Murcia.

Según refiere la interesada, el 19 de noviembre de 2007, mientras la niña jugaba a “la roca” en clase de Educación Física, al saltar un niño tropieza con ella y, al romperse las gafas que portaba, se clava la patilla entre las cejas y el párpado. Reclama una indemnización de 69 euros, importe a que asciende la reposición de las gafas, según acredita mediante la aportación de una “hoja de pedido” expedida por establecimiento de óptica.

Se acompaña la reclamación, además, de la siguiente documentación: a) informe de la Directora del centro escolar, que coincide en el relato de los hechos con el contenido en la reclamación; b) fotocopia del Libro de Familia, acreditativo del parentesco que une a la niña accidentada con la madre reclamante; c) fotocopia de la hoja de datos identificativos del titular de una libreta de ahorros.

Con posterioridad aporta nueva documentación (presupuesto de establecimiento de óptica por valor de 176,40 euros y parte médico de consulta de la niña en un centro de salud, que refiere

*“traumatismo ocular por caída accidental con herida contusa en ceja izquierda”)* y modifica su pretensión indemnizatoria, que asciende a la cantidad presupuestada.

**SEGUNDO.-** Admitida a trámite la reclamación, se designa instructora, quien requiere a la interesada para que aclare la diferencia existente entre los dos presupuestos aportados al procedimiento, con advertencia de estar al de menor valor si no se atiende el requerimiento.

**TERCERO.-** Recabado el preceptivo informe del centro escolar en el que ocurren los hechos por los que se reclama, con fecha 11 de febrero de 2008 se recibe por el órgano instructor el evacuado por el profesor de Educación Física, bajo cuya custodia se encontraban los alumnos en el momento del accidente. Se expresa en los siguientes términos:

*“Los hechos ocurrieron el lunes 19 de noviembre del año 2007. Después del recreo a las 11:30 horas los alumnos de 4º curso tenían clase de Educación Física conmigo. Los trasladé a la pista polideportiva del centro para iniciar la sesión. El incidente ocurrió al empezar la primera actividad de la clase: "el pillado de rocas" un juego de activación que uso con frecuencia para iniciar mis clases en los dos primeros ciclos. Dicho juego consiste en el tradicional pillado, uno se la queda y debe pillar al resto de compañeros, éstos para evitar ser atrapados pueden transformarse en "roca" y así salvarse, para ello basta con que se queden agachados en el suelo. Para poder volver a su estado normal y regresar al juego sus compañeros pueden salvarles pasándoles la pierna por encima.*

*El incidente se produjo cuando la alumna Carmen Fernández Richard se encontraba participando en el juego, el alumno que en esos momentos pillaba iba detrás de ella y la niña al tratar de huir de él no se percató del compañero que tenía delante suya chocando con él, ya que se encontraba atenta y mirando al alumno que pillaba. El choque hizo que la alumna se desestabilizara y cayera al suelo, la caída propició que las gafas que llevaba puestas se rompieran en el acto y que además le produjesen un corte sangrante en la ceja...”*

**CUARTO.-** Solicitada aclaración por el órgano instructor acerca de si era necesario establecer alguna adaptación en el desarrollo de la actividad, en atención a la deficiencia visual de la niña, y si los padres habían manifestado algo al respecto con anterioridad al accidente, contesta el profesor que *“la alumna no presentaba ningún tipo de discapacidad que le impidiese realizar la actividad en la que sufrió los daños materiales declarados, que todos los alumnos fueron advertidos de que realizasen la actividad sin hacer muestras de excesiva impulsividad ya que se les avisó que podrían lastimarse si lo hacían así y que se les recomendó una pauta de acción adecuada al*

*ejercicio con el fin de evitar accidentes o lesiones. Este tipo de percances no son frecuentes en el centro, el hecho acontecido ha tenido un carácter puntual y no ha vuelto a suceder. El hecho en sí podría haberse evitado si la niña no hubiese llevado las gafas puestas pero en ese caso no podría haber realizado la actividad dado que su uso es necesario para una visión óptima y una correcta percepción espacial. En este mismo sentido no recibí ningún tipo de manifestación o comentario de sus progenitores respecto al tipo de medidas que debía adoptar con la alumna por lo que di por entendido que podría realizar las actividades al mismo nivel que el resto del grupo-clase”.*

**QUINTO.-** Conferido trámite de audiencia a la reclamante, formula alegaciones mediante comparecencia ante la instructora del expediente y manifiesta que sólo pide que se le indemnice el dinero que gastó en las gafas de la niña, no por las secuelas. Asimismo señala que no culpa al maestro, que fue cosa de niños y que los daños se produjeron a consecuencia del empujón de un alumno dentro del recinto, pero no sabe si fue en la pista o no.

**SEXTO.-** Con fecha 29 de julio de 2009, el órgano instructor formula propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación, al considerar que no concurren todos 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 de los servicios públicos y el daño padecido, 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 24 de agosto 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 la propuesta de resolución de un procedimiento de responsabilidad patrimonial tramitado por la Administración regional, de conformidad con lo establecido en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia (LCJ), en relación con el 12 del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial (RRP).

**SEGUNDA.- Tramitación.**

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

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, la reclamación se formula por persona que ostenta y acredita la representación legal de la menor, conforme a lo dispuesto en el artículo 162 del Código Civil.

En cuanto a la legitimación pasiva, corresponde a la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia; la Consejería de Educación, 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.

**TERCERA.- Sobre el fondo del asunto.**

1. De las actuaciones practicadas puede, inicialmente, afirmarse la conformidad de este Órgano Consultivo con la propuesta de resolución que las concluye. Tal como razona, no se advierte que concurran en los hechos examinados todos los requisitos que la LPAC exige para que la responsabilidad patrimonial de la Administración sea declarada a causa de los mismos.

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

Ahora bien, el Consejo Jurídico, al igual que lo ha hecho en anteriores Dictámenes emitidos en supuestos similares al presente (por todos, Dictamen 41/08), ha de destacar que si bien es cierto que nuestro ordenamiento jurídico configura un régimen de responsabilidad patrimonial de carácter objetivo, éste no convierte a la Administración en una aseguradora que deba responder automáticamente, por el mero hecho de que el evento dañoso se haya producido como consecuencia de la utilización de bienes o servicios públicos con independencia del actuar administrativo, porque, de aceptar esta tesis, el régimen de responsabilidad patrimonial se transformaría en un sistema providencialista no contemplado en nuestro ordenamiento jurídico (sentencias del Tribunal Supremo de 5 de junio de 1998 y de 27 de mayo de 1999, y del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 25 de febrero de 1999).

Por otro lado, el Consejo de Estado en reiterados Dictámenes, entre los que podemos citar el número 229/2001, mantiene un criterio similar al jurisprudencial, al señalar que el carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial de la Administración no implica que *“deba responder necesariamente de todos los daños que puedan sufrir los alumnos en centros públicos, sino que, para que proceda la responsabilidad patrimonial, deberán darse los requisitos que la caracterizan, legalmente establecidos en los artículos 139 a 146 LPAC”*, habiendo precisado que ni siquiera generan responsabilidad las actividades que tienen un riesgo normal, como la práctica de ejercicios livianos (Dictámenes 433/1996 y 811/1996).

El mismo órgano consultivo sostiene la ausencia de nexo causal entre el actuar administrativo y los daños sufridos por los escolares en los centros docentes de titularidad pública, cuando se ocasionan por acciones fortuitas de otros niños enmarcadas en un contexto de juego o involuntariedad. En este sentido, también es abundante la doctrina sentada por otros órganos consultivos autonómicos que propugna la ausencia de la relación de causalidad cuando los hechos se producen fortuitamente dentro del riesgo que supone la actividad escolar, y no por falta de la vigilancia exigida al profesorado (Dictamen núm. 38/2000, de 6 de junio, del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha, y Dictamen núm. 483/2000, de 28 de diciembre, del Consejo Jurídico Consultivo de la Comunidad Valenciana).

Asimismo, las circunstancias que concurren en el incidente impiden apreciar una omisión del deber de vigilancia que incumbe al profesorado, al cual el Tribunal Supremo, en sentencia de 26 de febrero de 1998, indicó que le corresponde, durante el desarrollo de las actividades escolares, extraescolares y complementarias, el deber de observar la diligencia propia de los padres de familia. En este mismo sentido, la sentencia de 24 de julio de 2001 declara que no cabe

imputar lesión alguna a la Administración docente, cuando exclusivamente deriva y trae causa directa e inmediata del golpe fortuito recibido de un compañero de juego en un lance del mismo.

Hay que señalar que no existe en el expediente ningún elemento que permita establecer el pretendido nexo causal con el funcionamiento del servicio público. En primer lugar, nada indica que el grado de diligencia que correspondía al personal docente del centro exigiera mayores medidas de precaución tendentes a evitar el daño, produciéndose fortuitamente la caída de la que traen causa los daños sufridos por la menor en el desarrollo de una actividad física que no puede considerarse inadecuada para la edad (9-10 años) de los alumnos participantes. Del mismo modo, no consta que el accidente se produjera por deficiencias en las instalaciones o material deportivo empleado, ni como consecuencia de instrucciones erróneas del profesor, o de la falta de adopción de medidas de seguridad inherentes a la impartición ordinaria de una clase de Educación Física. De hecho, la propia reclamante, en las alegaciones presentadas con ocasión del trámite de audiencia manifiesta que no culpa al maestro y que el accidente fue “cosa de criaturas”.

En este orden de cosas, el Consejo de Estado ha tenido ocasión de pronunciarse en relación con daños producidos en el desarrollo de clases de Educación Física, propugnando la ausencia de la relación de causalidad cuando los hechos se producen fortuitamente dentro del riesgo que supone este tipo de actividades, y no por falta de la vigilancia exigida al profesorado o por mal estado de las instalaciones (Dictamen 3760/2000), tesis mantenida también por este Órgano Consultivo en numerosos Dictámenes (por todos 44/2003), y en la Memoria correspondiente al año 2003, de la que sintetizamos el siguiente párrafo:

*“Los daños físicos constituyen un riesgo inherente a la práctica deportiva debiendo ser soportados por quienes los sufren, siempre que la actividad no se apartase de las reglas ordinarias de su práctica, o se tratara 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 diligencia exigible a un padre de familia”.*

En el supuesto sometido a consulta, el riesgo que finalmente se materializó cabe considerarlo inherente a la práctica deportiva escolar y, en consecuencia, aun dentro de la prestación del servicio educativo, se encuadraría dentro de los riesgos normales o generales de la vida escolar, que no resultan imputables (por su propia naturaleza) a la actuación de la Administración educativa.

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

2. 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 la siguiente

### **CONCLUSIÓN**

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

No obstante, V.E. resolverá.



## DICTAMEN 15/2010

<b>Asunto</b>	Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hija, debida a accidente escolar.
<b>Consultante</b>	Consejero de Educación, Formación y Empleo
<b>Fecha</b>	25/01/2010

### Extracto de Doctrina

La falta de una debida certidumbre sobre la causa de los daños alegados impide, sin necesidad de entrar en mayores consideraciones, declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración regional.

### ANTECEDENTES

**PRIMERO.**- Mediante oficio de 15 de julio de 2008, el Director del IES "*J. Ibáñez Martín*", de Lorca, remite a la Consejería de Educación, Ciencia e Investigación una reclamación de responsabilidad patrimonial dirigida a la Administración regional por x., por daños sufridos por su hija, alumna del mencionado centro educativo. En su escrito expone que el 5 de mayo de 2008 su hija sufrió un accidente, que le produjo la rotura del aparato corrector de la dentadura, sin mayor especificación, por lo que solicita una indemnización de 120 euros.

Adjuntaba original de factura expedida el 5 de mayo de 2008 por una clínica dental por el concepto de "*1 mantenedor del espacio fijo*", por el referido importe, así como copia del Libro de Familia.

Junto a lo anterior, el citado Director remite un "*informe de accidente escolar*", suscrito el 10 de julio de 2008, en el que señala que "*al comienzo de una de las clases (de Educación Física) del segundo trimestre del curso 2007/2008, la alumna x. se dirigió al profesor para comunicarle que se le había soltado o modificado alguna de las fijaciones del aparato corrector de dentadura que llevaba colocado. Ante dicha situación actué ofreciéndole mi propio teléfono para que comunicase en el acto con su madre, a fin de consultar con el dentista el procedimiento a seguir, y efectivamente así se hizo*".

Adjuntaba a dicho informe otro de fecha 6 de junio de 2008, del profesor de dicha asignatura, en el que éste expresaba lo indicado por el Director.



**SEGUNDO.-** Requerido por la instructora la emisión de nuevo informe a la Dirección del Centro y, de forma particular, al profesor de la asignatura sobre los hechos ocurridos, el Director del Instituto informó el 21 de octubre lo siguiente:

*“De las declaraciones del profesor x., la alumna afectada de este Centro x. y la testigo acompañante, también alumna, x., entrevistados por el director que suscribe, se desprende lo siguiente:*

*1. El suceso, según la reclamante, consistió en un balonazo que le dio en la cabeza. Poco después, y no necesariamente como consecuencia de él, se le cayó el aparato corrector de dientes al suelo, el cual se estropeó y con posterioridad hubo de ser reparado.*

*2. El suceso ocurrió antes de comenzar la clase, de manera que no se produjo como consecuencia de ninguna actividad física, pudiéndose considerar como fortuito el (supuesto) balonazo, y la caída del protector, hecho que, por su parte, no respondió a ningún tipo de agresión, ni fue resultado de las actividades de clase ni consecuencia de una deficiencia del suelo o las instalaciones.*

*3. La alumna acompañante, testigo cercano del suceso, no recuerda que se produjera tal balonazo y sí la caída del protector al suelo. Tampoco el profesor de Educación Física, que organizaba la clase en las inmediaciones.*

*4. Es absolutamente infrecuente este tipo de sucesos, y excepcionales las reclamaciones sobre ellos. Por lo común, cuando se producen aquéllos, se atienden avisando a los padres y/o, cuando la gravedad lo requiere, a los servicios de la sanidad pública.”*

Por su parte, el profesor de la asignatura expresó lo siguiente en su informe emitido el 14 de octubre de 2008:

*“Que al comienzo de una de las clases del segundo trimestre del curso 2007/2008, estando en el espacio de tierra habilitado como zona de voleibol, situado antes de la denominada "pista pequeña", la alumna x. se dirigió a mí para comunicarme que se le había soltado o modificado alguna de las fijaciones del aparato corrector de dentadura que lleva colocado.*

*Que cuando la alumna se acercó para comunicarme lo ocurrido, si bien había tocado ya el timbre, la clase, desde el punto de vista de la actividad, aún no había comenzado y ella estaba llegando (aunque quizá antes hubiese pasado como era habitual por el vestuario), por lo que el hecho no se derivó de la práctica de actividades físicas o deportivas.*

*Que la alumna x. cuando me comunicó el hecho venía acompañada de, al menos, una compañera.”*

**TERCERO.-** Concedido tramite de audiencia a la interesada, no consta la formulación de alegaciones.

**CUARTO.-** El 29 de septiembre de 2009 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 educativos y los daños por los que se reclama indemnización; 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, es 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, plazo y procedimiento.**

I. La reclamante, al sufrir los perjuicios económicos (gastos de reparación dental) 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 de la Ley 30/92, 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 de la Administración regional deriva de la titularidad pública predicable de la actividad educativa con ocasión de la cual se produce el incidente.

II. 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 LPAC.

III. La tramitación realizada se ajusta, en lo sustancial, a lo establecido en la LPAC y en el RRP para esta clase de procedimientos.

**TERCERA.- Sobre el fondo del asunto.**

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

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 definitiva, para que resulte viable la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas es preciso que concurra el necesario nexo causal entre el funcionamiento del servicio público y el daño irrogado al particular y, en el supuesto que nos ocupa, si bien es cierto que el daño existe, se acredita y, además, se produce con ocasión de la prestación del servicio público educativo, no lo fue como consecuencia de su funcionamiento y, por tanto, la falta de antijuridicidad y la inexistencia de nexo causal entre el daño y el funcionamiento del centro educativo impiden que

los hechos aquí examinados desencadenen la responsabilidad patrimonial de la Administración educativa.

Así, de los informes reseñados en los antecedentes se desprende que, salvo la hija de la reclamante, nadie más afirma que la caída del aparato corrector se debiera a un balonazo sufrido antes de comenzar la clase de Educación Física; la alumna que, al parecer, fue testigo de la caída del aparato, no recuerda que ello fuese a consecuencia de un balonazo, ni el profesor advirtió nada al respecto, salvo recibir las manifestaciones de la hija de la reclamante. La falta de una debida certidumbre sobre la causa de los daños alegados impide, sin necesidad de entrar en mayores consideraciones, declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración regional; la misma conclusión se alcanzaría de aceptar la mera hipótesis de que el daño se hubiera debido a un balonazo fortuito, por las razones anteriormente expresadas acerca de la necesidad de una adecuada vinculación causal 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 las siguientes

### **CONCLUSIONES**

**PRIMERA.**- No se ha acreditado la existencia de una relación de causalidad jurídicamente adecuada, a los efectos de declarar la responsabilidad patrimonial pretendida, entre el funcionamiento de los servicios públicos educativos regionales y los daños por los que se reclama indemnización, por las razones expresadas en la Consideración Tercera del presente Dictamen.

**SEGUNDA.**- En consecuencia, la propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación, objeto de Dictamen, se informa favorablemente.

No obstante, V.E. resolverá.



**DICTAMEN 16/2010**

**Asunto** Responsabilidad Patrimonial instada por x., como consecuencia de los daños sufridos en arbolado de su propiedad.

**Consultante** Consejero de Obras Públicas y Ordenación del Territorio

**Fecha** 25/01/2010

**Extracto de Doctrina**

Interrumpida la prescripción por el ejercicio de la acción en plazo por parte de la reclamante, en aplicación de lo dispuesto en la LPAC, la inactividad de la Administración y el tiempo transcurrido han coadyuvado a que ésta tenga que reconocer, en exclusiva, su responsabilidad, como en cierto modo asume el técnico director de las obras, al manifestar que, dado el tiempo transcurrido, le ha sido imposible comprobar si la contratista pagó en su día la cantidad reclamada. Lo anterior nos sitúa en la persona o personas responsables de la falta de resolución de la reclamación presentada, cuya inactividad también ha incidido en el incremento de la cantidad inicialmente solicitada.

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** Con fecha 24 de marzo de 1998 (registro de entrada), x. presentó un escrito ante la Dirección General de Carreteras, en el que solicitaba que se le indemnizase por los daños ocasionados al arbolado de una finca sita en el paraje de la “Colla” del municipio de Ojós, como consecuencia de las obras que la Administración regional estaba realizando en la carretera de Archena a Ojós (MU-522, actual RM 522). Reclama, en concepto de daños, la cantidad de 80.000 pts. (480,80 euros).

**SEGUNDO.-** Transcurridos diez años desde la anterior petición sin que se resolviera expresamente, el 25 de junio de 2008 (registro de entrada) la interesada presenta escrito, en el que refiere que no ha tenido contestación a la solicitud entonces efectuada y tampoco tras su personación en las dependencias de la Consejería competente, pues no le han suministrado información sobre el estado en que se encuentra la reclamación. Finalmente solicita: *“se tenga en consideración la paciencia y comprensión por mi acreditadas, y se proceda, si es que ya es momento para ello, a abonarme la cantidad que en su día se reclamó, debidamente actualizada”*.

**TERCERO.-** Con fecha de 18 de marzo de 2009 (registro de salida), el órgano instructor solicita a la interesada que subsane y mejore la reclamación, aportando copia compulsada de los siguientes documentos:

1. Documento Nacional de Identidad de la firmante de los escritos relacionados con el asunto.
2. Declaración suscrita por la afectada, en la que manifieste expresamente que no ha percibido indemnización por la compañía de seguros u otra entidad o, en su caso, de las cantidades recibidas.
3. Indicación de si por estos mismos hechos se siguen otras reclamaciones por vía civil o penal.
4. Acreditación de la realidad y certeza del suceso, con indicación de la vía y punto kilométrico exacto donde se produjo.
5. Importe total de los daños que se reclaman.
6. Certificación de entidad bancaria de la cuenta donde efectuar el pago, en el caso de que se estimara la reclamación.
7. Fotocopia de la escritura de propiedad de la finca.
8. Datos de localización de la reclamante o de su representante.

**CUARTO.-** La interesada, en contestación al requerimiento señalado anteriormente, presenta escrito el 30 de marzo de 2009 (folios 8 a 51), al que acompaña la correspondiente documentación, reiterando que no ha percibido indemnización alguna, y acompañando fotografías que acreditan los daños entonces sufridos.

**QUINTO.-** Recabado el informe preceptivo de la Dirección General de Carreteras, es evacuado por el director de la obra el 21 de mayo de 2009, en el que se expone:

*“Como consecuencia de las voladuras realizadas durante la ejecución de las obras del túnel del Salto de la Novia en la carretera MU-522, actualmente denominada RM-522, se produjeron daños en una finca agrícola, en la que la titularidad del derecho de usufructo correspondía a x., y la nuda propiedad a sus hijos, según manifestó en su momento la citada señora.*

*Los daños, que se produjeron en el año 1997, consistieron en la rotura parcial del vallado de la finca, depósito de escombros procedentes de la voladura en la parcela y daños en el arbolado.*

*Durante el transcurso de las obras fue reparado el cerramiento y retirado el escombros de la finca.*

*Los daños en el arbolado se cuantificaron en 80.000 pesetas, equivalentes en la actualidad a 480,80 euros, y se dieron instrucciones a la empresa contratista --, S.A. para que bien directamente, o a través de su seguro, se indemnizara a x. en esa cantidad, no teniendo posteriormente noticias de que no se hubiese efectuado el pago de la indemnización.*

*Las obras fueron recibidas el 25 de mayo de 1999, y dado el tiempo transcurrido desde esa fecha a esta Dirección de obra le ha resultado imposible comprobar si el contratista o el seguro pagó en su día la cantidad reclamada”.*

**SEXTO.-** Otorgado trámite de audiencia el 26 de mayo de 2009, no consta que la interesada presentara alegaciones, tras lo cual se formula propuesta de resolución estimatoria en la cantidad de 480,80 euros, sin que se haga referencia a la actualización de la cantidad reclamada en el año 1998.

**SÉPTIMO.-** Con fecha 9 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 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.**

La legitimación activa corresponde, cuando de daños materiales se trata, a quien haya sufrido el perjuicio ocasionado por el funcionamiento de los servicios públicos, conforme a lo previsto en el artículo 139.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las

Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en lo sucesivo LPAC); en el presente caso se ha acreditado en el expediente la condición de la reclamante de usufructuaria vitalicia de la finca afectada, según la escritura de adjudicación parcial de herencia por el fallecimiento de su esposo x. (folios 30 a 44), correspondiendo la nuda propiedad a una de sus hijas, según la escritura citada. A este respecto, la condición de usufructuaria de la reclamante le legitima para reclamar los daños sufridos por el arbolado y la pérdida de la cosecha, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 471 y 483 del Código Civil.

En cuanto a la legitimación pasiva, corresponde a la Administración regional, en su condición de titular de las carreteras MU-522 (actualmente denominada RM-522), habiendo reconocido el informe de la Dirección General de Carreteras de 21 de mayo de 2009 que, como consecuencia de las voladuras realizadas durante la ejecución del túnel del Salto de la Novia, se produjeron daños en una finca agrícola, objeto de la presente reclamación.

**TERCERA.- Plazo para el ejercicio de la acción de responsabilidad patrimonial. Efectos de la inactividad de la Administración.**

De conformidad con lo previsto 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 el hecho lesivo. De lo anterior se deriva que la acción de responsabilidad patrimonial habrá de ser ejercitada en el plazo de un año a contar desde el *dies a quo*, de acuerdo con el requisito temporal establecido para su ejercicio, interrumpiendo con ello la prescripción en el ejercicio de la acción.

En el caso de la responsabilidad patrimonial de la Administración, como ha reconocido la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la doctrina del Consejo de Estado, el plazo para instarla es de prescripción y no de caducidad. También cabe indicar, como principio inspirador en la materia, la utilización del criterio *pro actione*, al amparo de lo dispuesto en el artículo 24.1 de la Constitución Española, que supera una interpretación formalista, como ha destacado la STS, Sala 3ª, de 25 de febrero de 1998. Receptora de este principio es la interpretación flexible, antiformalista y favorable al perjudicado que viene realizando el Consejo de Estado en el cómputo del plazo para el ejercicio de la acción (por todos, Dictamen 795/2008). En el mismo sentido este Consejo Jurídico (Dictamen 8/2004).

Aplicado el precepto legal (artículo 142.5 LPAC) al presente supuesto, se desprende que la interesada presentó el escrito de reclamación dentro del año estipulado, pues si las



obras que ocasionaron los daños a la finca agrícola colindante se realizaron en el año 1997 (no se concreta el mes por el técnico director del centro directivo competente), siendo recepcionadas el 25 de mayo de 1999, ello presupone que la acción se ejerció dentro del año expresado, puesto que el escrito fue registrado el 24 de marzo de 1998 por la Dirección General de Carreteras (folio 1).

Pese a que la reclamante ejerció la acción en plazo, la Consejería no tramitó la reclamación presentada, ni adoptó resolución expresa alguna al respecto durante bastante tiempo (diez años), y sólo tras el escrito presentado por la interesada el 25 de junio de 2008 (folio 3), en el que se denuncia la pasividad administrativa, se practicaron las presentes actuaciones, cuyo resultado es la propuesta de resolución estimatoria elevada a este Consejo Jurídico.

Alcanzado este punto, y a la vista de la inactividad administrativa detectada, cabría interrogarse por los efectos que dicha inactividad pueden haber producido en la acción ejercitada por parte de la reclamante. Incluso plantearse si la reclamante, ante la pasividad administrativa, tendría que haber interrumpido la prescripción del ejercicio de la acción sucesivamente tras haberse presentado la reclamación, o si, por el tiempo transcurrido, ya no tiene derecho a que la Administración resuelva su reclamación presentada en plazo.

A los anteriores interrogantes dan cumplida respuesta las siguientes consideraciones:

1. Habiéndose ejercitado la acción de reclamación en plazo, ya se interrumpió el cómputo del plazo para su ejercicio, conforme a lo previsto en los artículos 142.5 LPAC, ya indicado, y 1.973 del Código Civil:

*“La prescripción de las acciones se interrumpe por su ejercicio ante los Tribunales, por reclamación extrajudicial del acreedor (...)*

2. La circunstancia de que la Administración haya permanecido inactiva por tanto tiempo y no dé respuesta a la solicitud formulada, ni realice ningún trámite hasta el año 2009, no debe perjudicar a la afectada por el funcionamiento de los servicios públicos. Téngase en cuenta, además, que cuando el órgano instructor le ha requerido para que complete la documentación, la reclamante lo ha cumplimentado, presentando las justificaciones pertinentes (folio 51).

Así se expresa por la doctrina, concretamente por el profesor x:

*“La razón es clara: el perjudicado ha ejercitado ya su derecho a reclamar, de tal manera que la duración más o menos prolongada de la tramitación del procedimiento en modo alguno podrá perjudicar un derecho del que ya se ha hecho uso. No existirá abandono del derecho por el perjudicado (derecho que, por lo demás, ya se ha ejercitado), a lo que hay que añadir que en ningún caso la Administración, que es la competente para impulsar de oficio el procedimiento administrativo, podría beneficiarse del incumplimiento por ella de los plazos legalmente previstos para tramitar y concluir los procedimientos, en este caso los relativos a reclamaciones patrimoniales dirigidas contra la Administración.*”

*Esta es la solución acorde con la legalidad, además constituye una solución de sentido común (...).”*

En el mismo sentido el Consejo de Estado, cuyo Dictamen 52.915, de 2 de marzo de 1989, señala:

*“En modo alguno le es exigible al interesado, una vez ha presentado la reclamación de daños dentro del plazo de un año, estar sucesivamente interrumpiendo el citado plazo en cada uno de los años siguientes. Una vez presentada la reclamación dentro de plazo, éste se habrá interrumpido y permanecerá en tal situación en tanto concluya la tramitación del expediente”.*

También el Dictamen 92/2008 del Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana considera que la presentación de la reclamación en plazo tiene un doble efecto: 1) Interrumpir el plazo de prescripción del derecho a reclamar (artículo 1973 Código Civil; 2) iniciar un procedimiento administrativo, imponiendo a la Administración la obligación de dictar resolución expresa y notificarla de acuerdo con los artículos 42 y 89 LPAC.

En la STS, Sala 3ª, de 20 de mayo de 2003, se desestima la prescripción del ejercicio la acción de responsabilidad patrimonial formulada en plazo, que había sido alegada por el representante de la Administración, pese a la tardanza de ésta en resolver después de dos décadas desde la solicitud del particular.

3. La Administración está obligada a dictar resolución expresa en todos los procedimientos (artículo 42.1 LPAC), e impulsarlos de oficio (artículo 74.1 LPAC), habiéndose incumplido ambas obligaciones en el presente caso. Así lo ha entendido este Consejo Jurídico en anteriores Dictámenes, cuando el procedimiento de responsabilidad patrimonial se ha paralizado durante muchos años (por ejemplo, más de 5 años en el supuesto contemplado en el Dictamen 201/2008, o

más de 7 años en el enjuiciado en el Dictamen 146/09). En cualquier caso, aun cuando haya transcurrido tan largo plazo desde que se ejerció la acción de responsabilidad patrimonial, y el sentido del silencio administrativo sea de carácter desestimatorio (artículo 13.3 RRP), dicha circunstancia no exime a la Administración de su deber de resolver expresamente, según establecen los artículos 42.1 y 43.4,b) LPAC.

4. Conforme a lo indicado, en defecto de resolución expresa en este tipo de procedimientos, la reclamante podrá entender desestimada la solicitud de indemnización, a los efectos de poder interponer el pertinente recurso contencioso administrativo contra la desestimación presunta (artículo 142.7 LPAC). Pero por el tiempo transcurrido desde la interposición de la reclamación ¿habría caducado para la interesada el plazo para la interposición del recurso contencioso administrativo?

El artículo 46.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (LJCA), aprobada por la Ley 29/1998, de 13 de julio, establece que el plazo para interponer el recurso contencioso administrativo, en el caso de actos presuntos, será de seis meses y se contará para el solicitante a partir del día siguiente a aquel en que, de acuerdo con la normativa específica, se produzca el acto presunto.

Sin embargo, conforme a la doctrina constitucional (por todas, sentencias 149/2009, de 17 de junio y 59/2009, de 9 de marzo), que comienza por subrayar que el silencio administrativo negativo es simplemente una ficción legal que responde a la finalidad de que el administrado pueda acceder a la vía judicial superando los efectos de inactividad de la Administración, el Alto Tribunal ha declarado que, frente a las desestimaciones por silencio, el ciudadano no puede estar obligado a recurrir siempre y en todo caso, so pretexto de convertir su inactividad en consentimiento del acto presunto, imponiéndole un deber de diligencia que sin embargo no le es exigible a la Administración en el cumplimiento de su deber legal de dictar resolución expresa en todos los procedimientos. Bajo estas premisas el Tribunal Constitucional ha concluido que deducir de ese comportamiento pasivo del interesado su consentimiento con el contenido de un acto administrativo presunto, en realidad nunca producido, negando al propio tiempo la posibilidad de reactivar el plazo de impugnación mediante la reiteración de la solicitud desatendida por la Administración, supone una interpretación que no puede calificarse de razonable y, menos aún, con arreglo al principio *pro actione* (art. 24.1 de la CE), al primar injustificadamente la inactividad de la Administración, colocándola en mejor situación que si hubiera cumplido con su deber de dictar y notificar la correspondiente resolución expresa con todos los requisitos legales.

También el Tribunal Supremo, recogiendo la doctrina citada (por todas, Sentencia de la Sala 3ª, de 31 de marzo de 2009), concluye que el interesado no puede ver cerrada la vía contencioso-administrativa mientras subsiste el incumplimiento por la Administración del deber de dictar la correspondiente resolución expresa, frente a la cual podría reaccionar el interesado abriendo la vía de impugnación jurisdiccional. Por tanto, el particular puede elegir entre interponer el recurso contencioso administrativo contra la ficción que supone el silencio negativo o esperar que se produzca la resolución expresa.

5. La inactividad de la Administración y el tiempo transcurrido no sólo ha perjudicado a la reclamante, sino a la propia Administración, en tanto no consta que se determinara por el órgano de contratación en su momento que correspondía la responsabilidad de los daños a la contratista, como parece inferirse del informe del técnico director de las obras, de acuerdo con lo establecido en el artículo 98.3 de La Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, aplicable en aquel momento *“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 civil”*.

Pues bien, el citado pronunciamiento del órgano de contratación tampoco consta formalizado en el presente caso, expresando el técnico director de las obras que sólo dieron instrucciones (se supone verbales) a la contratista para que abonara los daños producidos, lo que evidencia que la consideraba responsable de los mismos, sin que ello se plasmara por escrito.

6. Cabe también suscitar si la actuación también pasiva de la interesada, que dejó transcurrir más de diez años desde que presentó la reclamación ante la Administración regional, podría haberle perjudicado, en el sentido de entenderse prescrito el derecho al reconocimiento de la obligación o liquidación por parte de la Administración regional, por aplicación del artículo 25.1,a) del Texto Refundido de la Ley de Hacienda de la Región de Murcia, aprobado por Decreto Legislativo 1/1999, de 2 de diciembre (TRLH).

A este respecto son varias las razones que sustentan su inaplicación al presente supuesto:

a) En primer lugar, el citado precepto del Texto Refundido se remite, en cuanto al plazo y a la interrupción de la prescripción, a lo que establezcan las leyes especiales (artículo 25.1 y 3) y, en este caso, la normativa aplicable es la LPAC, que establece los requisitos temporales y materiales para el ejercicio de la acción de responsabilidad patrimonial ante las Administraciones Públicas, en

desarrollo de las competencias estatales para el establecimiento del sistema de la responsabilidad de todas ellas (artículo 149.1, 18ª CE). En concreto, como se ha indicado, y a diferencia de los plazos de prescripción previstos para las obligaciones de la Hacienda Pública Regional (5 años), el artículo 142.5 LPAC establece el plazo de un año para el ejercicio de la acción, cuya prescripción fue interrumpida en plazo por la reclamante, como se ha señalado anteriormente, existiendo correlativamente la obligación de la Administración de resolverla, aunque hayan transcurrido en exceso los plazos previstos para su pronunciamiento.

Por lo tanto, el plazo de prescripción previsto en el artículo 25.1 TRLH sólo opera en defecto de previsión por parte de la normativa específica, lo que no ocurre en el presente caso, como se ha indicado, en el que el artículo 142.5 LPAC establece un año para su ejercicio, habiéndose interrumpido en plazo por la reclamante.

b) La acción de responsabilidad patrimonial ejercitada por la interesada tiene como finalidad determinar si concurren en el funcionamiento del servicio público regional de carreteras los requisitos determinantes de la responsabilidad patrimonial, en relación con los daños alegados, de acuerdo con lo previsto en la normativa específica (LPAC). Sólo cuando el órgano competente haya estimado, en su caso, la reclamación puede hablarse entonces de una obligación económica exigible a la Hacienda Pública Regional.

c) La misma dicción literal del artículo 25.1, a) TRLH excluye su aplicación al presente caso, en tanto se señala que prescribe a los cinco años *“el derecho al reconocimiento o liquidación por la Hacienda Pública Regional de toda obligación que no se hubiese solicitado con la presentación de los documentos justificativos”*, por cuanto la reclamante sí presentó la documentación exigida en plazo (un año), cumpliendo con los requisitos materiales exigidos por la normativa específica (LPAC).

Por último, interrumpida la prescripción por el ejercicio de la acción en plazo por parte de la reclamante, en aplicación de lo dispuesto en la LPAC, la inactividad de la Administración y el tiempo transcurrido han coadyuvado a que ésta tenga que reconocer, en exclusiva, su responsabilidad, como en cierto modo asume el técnico director de las obras, al manifestar que, dado el tiempo transcurrido, le ha sido imposible comprobar si la contratista pagó en su día la cantidad reclamada. Lo anterior nos sitúa en la persona o personas responsables de la falta de resolución de la reclamación presentada, cuya inactividad también ha incidido en el incremento de la cantidad inicialmente solicitada, lo que más adelante se abordará.

**CUARTA.- Procedimiento.**

Respecto al procedimiento seguido, cabe realizar las siguientes observaciones:

1ª) La tardanza en tramitar y resolver la presente reclamación, cuya solicitud fue presentada en el año 1998, denota un funcionamiento anormal del servicio público, sea imputable a la pérdida del escrito presentado en el centro directivo correspondiente, o a otras razones, en contra de los principios de impulso de oficio, celeridad, agilidad, eficacia y eficiencia que han de inspirar - incluso por mandato constitucional en el caso de los dos enunciados en último lugar- el proceder de la Administración y de sus agentes.

De lo anterior se infiere la responsabilidad de aquellos funcionarios que tenían a su cargo la tramitación de la reclamación, que posibilita la exigencia de responsabilidad por parte de la Administración frente a los mismos, una vez satisfecha la reclamación (artículo 145.2 LPAC).

2ª) No consta que se haya dado un trámite de audiencia a la contratista, lo que evidencia que la Administración regional parece asumir en exclusiva la responsabilidad y, en cierto modo, reconoce la imposibilidad de su repetición a la contratista por el tiempo transcurrido, a la vista de lo expuesto con anterioridad. En todo caso, sí es necesario que se le otorgue un trámite de audiencia en el presente procedimiento para corroborar las manifestaciones de la interesada, sobre la falta de pago de la indemnización entonces reclamada.

3ª) En este tipo de expedientes de responsabilidad patrimonial en los que se alegan daños a explotaciones agrarias colindantes a las carreteras, resulta imprescindible, como se indicó en nuestro Dictamen 133/2007, la inmediatez de la actuación por parte de los técnicos responsables, una vez ejercitada la acción de reclamación por el perjudicado, si no se ha actuado de oficio, con la finalidad de comprobar el ámbito y el grado de afectación de la cosecha, y si es consecuencia del funcionamiento del servicio público. Afortunadamente, pese al tiempo transcurrido (más de 10 años), el director de las obras reconoce los daños producidos, y la reclamante ha aportado fotografías sobre el grado de afectación.

**QUINTA.- Concurrencia de los requisitos determinantes de la responsabilidad patrimonial.**

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

No obstante, el Tribunal Supremo viene declarando de forma constante (por todas, Sentencia de la Sala 3ª, de 5 de junio de 1998) que no es acorde con el citado principio de responsabilidad patrimonial objetiva su generalización más allá del principio de causalidad, de manera que para que exista tal responsabilidad es imprescindible la existencia de nexo causal entre la actuación de la Administración y el resultado lesivo o dañoso sufrido, sin que la responsabilidad objetiva de la Administración pueda extenderse a cubrir cualquier evento. Ello, en definitiva, supone que la prestación por la Administración de un determinado servicio público, y la titularidad por parte de ésta de la infraestructura material para su prestación, no implica que dicha Administración se convierta en aseguradora universal de todos los riesgos con el fin de prevenir cualquier eventualidad desfavorable o dañosa para los administrados que pueda producirse con independencia del actuar administrativo, ya que de lo contrario el actual sistema de responsabilidad objetiva se transformaría en un sistema providencialista no contemplado en nuestro ordenamiento.

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

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

Específicamente en materia de carreteras, corresponde al titular de la vía la responsabilidad del mantenimiento de la misma en las mejores condiciones posibles de seguridad para la circulación, según establece el artículo 57 del Texto Articulado de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial, aprobado por RD. Legislativo 339/1990, de 2 de marzo. En este sentido, el artículo 20.1 de la Ley regional 9/1990, aplicable en el momento de

producirse los hechos, establece que la explotación de las carreteras regionales comprende: las operaciones de conservación y mantenimiento, las actuaciones encaminadas a la defensa de la vía y a su mejor uso, incluyendo las referentes a la señalización, ordenación de accesos y uso de las zonas de dominio público y protección.

Veamos la aplicación de los requisitos citados al supuesto que motiva la presente reclamación de responsabilidad patrimonial:

a) En cuanto al primero de ellos, la efectividad del daño, el informe de la Dirección General de Carreteras ha reconocido los daños producidos al arbolado (480,80 euros) de la finca agrícola sobre la que versa la presente reclamación.

b) El mismo informe del centro directivo reconoce que también concurre el segundo de los requisitos precitados, la relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y el daño alegado, al considerar que los daños en el arbolado se produjeron durante la ejecución del túnel del Salto de la Novia en la carretera RM-522.

En consecuencia, el Consejo Jurídico coincide con la propuesta de resolución en que se ha acreditado la existencia de nexo causal entre los trabajos en su día realizados y los daños acaecidos.

c) Además, concurre el tercero de los requisitos citados, la antijuridicidad de los daños, que la afectada no está obligada a soportar de acuerdo con la ley (artículo 141.1 LPAC), ya que si con las actuaciones de las Administraciones en las vías de titularidad pública se producen daños en las propiedades colindantes, sus titulares deben ser resarcidos a través del instituto de la responsabilidad patrimonial.

Por último, cabe poner de manifiesto que el Consejo Jurídico ha dictaminado en el mismo sentido otros supuestos de daños a propiedades colindantes a las carreteras de titularidad de la Administración regional (Dictámenes 18/2005, 133/2007 y 110/08), en los que ha apreciado la concurrencia de los requisitos determinantes de la responsabilidad patrimonial.

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



No se discute por el órgano instructor la cuantía reclamada pues, al parecer, se corresponde con una peritación realizada en su día por el personal del centro directivo competente, según refiere la reclamante (folios 50 y 54) y corrobora el informe del técnico director de las obras.

Sin embargo, se ha omitido la debida actualización de la cantidad reclamada en el año 1998 a la fecha en la que se ponga fin al procedimiento de responsabilidad patrimonial, de acuerdo con lo previsto en el artículo 141.3 LPAC, debiendo modificarse en tal sentido la propuesta de resolución.

Con independencia de que la Administración regional asuma el pago de la cuantía indemnizatoria reclamada, conforme a nuestra doctrina expresada, entre otros en el Dictamen 33/2009, no excluye que después pueda exigir la responsabilidad al personal encargado de la resolución de la tramitación en aquel momento.

En consecuencia, en el caso de que la contratista no haya satisfecho el pago a la perjudicada, lo que indudablemente exige una actuación previa de comprobación por parte del órgano instructor que no consta realizada, la Administración regional está obligada a satisfacer el importe de la indemnización a la perjudicada.

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

### **CONCLUSIONES**

**PRIMERA.-** Se informa favorablemente la propuesta de resolución, en cuanto procede a estimar la reclamación de responsabilidad patrimonial, al concurrir los elementos determinantes de la misma, condicionada a la previa comprobación de que no ha sido abonada ya la cuantía indemnizatoria por la contratista, mediante el otorgamiento de un trámite de audiencia a esta última.

**SEGUNDA.-** También se dictamina favorablemente la cuantía indemnizatoria reclamada, si bien debe actualizarse por las razones indicadas en la Consideración Sexta.

No obstante, V.E. resolverá.



## DICTAMEN 17/2010

<b>Asunto</b>	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.
<b>Consultante</b>	Consejero de Educación, Formación y Empleo
<b>Fecha</b>	27/01/2010

### Extracto de Doctrina

La relación contractual que liga al reclamante con la Administración, y el hecho de que los daños por los que se reclama se alegan producidos con ocasión de la prestación del servicio de transporte contratado, permite sostener el fundamento contractual de la pretensión indemnizatoria, si se considera que se ha de dilucidar a la vista de las obligaciones estipuladas en el referido contrato entre contratista y Administración sobre la guarda y custodia de los alumnos transportados. Desde esta perspectiva, es decir, partiendo de la índole contractual de la reclamación, la intervención preceptiva de este Consejo Jurídico vendría justificada por tratarse de un supuesto de discrepancia entre contratista y Administración sobre la interpretación de un contrato administrativo y sobre el alcance de las obligaciones contractuales asumidas por las partes en el punto debatido (arts. 59.3, a) TRLCAP y 12.7 LCJ).

### ANTECEDENTES

**PRIMERO.-** Con fecha 28 de mayo de 2008, x., actuando en representación de la mercantil "--, S.A.", solicita que se declare la responsabilidad patrimonial de la Administración regional y se le indemnice en cantidad de 906,45 euros. Según relata el reclamante, uno de los autobuses de la empresa, que presta el servicio de transporte escolar al IES "El Palmar", el 11 de octubre de 2007, sobre las 14,30 horas, resulta con daños materiales (rotura del penúltimo cristal del lado derecho del vehículo) como consecuencia de los golpes propinados por uno de los alumnos que transporta, a quien identifica como x.

Aporta junto a la reclamación documentos acreditativos de la representación que dice ostentar, factura de reparación del cristal por el importe reclamado, fotografías de la luna afectada, escrito de comunicación al centro escolar del incidente, atestado levantado como consecuencia de la denuncia efectuada por el conductor del vehículo ante el Cuerpo Nacional de Policía y documentación relativa al seguro del autocar.

Consta en el expediente que, el 26 de mayo de 2008, el Director del centro remite a la Administración educativa comunicación de accidente escolar en el que recoge los hechos en sentido coincidente con el que expresa el interesado en su reclamación, señalando que la rotura del cristal fue intencionada.

**SEGUNDO.-** Con fecha 11 de junio, el Secretario General de la entonces Consejería de Educación, Ciencia e Investigación, admite a trámite la reclamación y designa instructora del procedimiento.

**TERCERO.-** Constan en el expediente los pliegos de cláusulas administrativas particulares (PCAP) y de prescripciones técnicas (PPT) que rigen el contrato administrativo de transporte escolar en cuya ejecución se producen los daños por los que se reclama.

**CUARTO.-** Recabado el informe de la Dirección del Centro acerca de las circunstancias del incidente, se remite en los siguientes términos:

*"El pasado 12 de octubre de 2007 compareció el conductor del autobús escolar de la empresa "--, S.A." para comunicar que el día anterior, sobre las 14, 20 horas, cuando realizaba el traslado de los alumnos desde el Instituto hasta la localidad de El Palmar, algún alumno le había roto el penúltimo cristal del lado derecho del autocar.*

*El Jefe de Estudios adjunto, x., se entrevistó con varios alumnos usuarios del citado transporte escolar quienes afirmaron que vieron como el alumno de ESO llamado x. quitó el martillo de seguridad que llevan los autobuses para romper las lunas en caso de emergencia y se lo dio a su compañero de asiento para que rompiera el cristal de la ventanilla. Afirman que vieron cómo el compañero de asiento, un ex-alumno del Instituto llamado x., siguiendo las indicaciones de x., golpeó el cristal con el martillo que le había proporcionado este último y lo rompió.*

*El Director del centro comunicó estos hechos al representante de la empresa y le facilitó los datos de los padres de ambos autores para que procediera a reclamarles los daños ocasionados. Igualmente, el todavía alumno del Instituto, x. fue sancionado con privación del uso del transporte escolar, ya que anteriormente había sido sancionado con privaciones temporales del uso del mismo por tirar los ceniceros al conductor, por fumar dentro del autobús y por hacer caso omiso de las instrucciones del conductor y del jefe de Estudios que le indicaron que se sentara al principio del autobús".*

Se indica, asimismo, que, al producirse los hechos en el transporte escolar, no había ningún profesor presente y que *“el autocar que transporta los alumnos de la parada de Los Rosales ha sido objeto de continuos incidentes: algunos alumnos quitan los cubre asientos y se los tiran, fuman y queman con la colilla las tapicerías; han llegado a poner en peligro la seguridad abriendo la puerta de emergencia con el autocar en marcha y, en otra ocasión, tiraron un petardo dentro del autobús cuando se encontraba circulando. El alumno x. reconoció al Director ser protagonista de una guerra de ceniceros dentro del autobús durante el transporte, lo que motivó su expulsión temporal. En relación con el incidente de la rotura del cristal reconoció que le dio el martillo a su compañero para que lo rompiera pero que el no fue el autor material”*.

Afirma, finalmente, que la rotura del cristal fue intencionada, *“posiblemente, como represalia por parte de los autores por haber sido sancionados con privación del uso del transporte escolar en ocasiones anteriores”*.

**QUINTO.-** Solicitado informe al Parque Móvil para que se pronuncie acerca de si la factura presentada por el reclamante se ajusta o no a los precios de mercado, se emite en sentido afirmativo.

**SEXTO.-** El 13 de abril, el órgano instructor requiere a la Dirección del Centro para que elabore un informe complementario que dé respuesta a las cuestiones concretas que aquél formula. El Director contesta en los siguientes términos:

- A la pregunta de por qué el ex-alumno x. subió al autobús, se manifiesta que *“X. estuvo escolarizado en este Instituto durante los cursos 05-06 y 06-07, por lo tanto en el curso 2007-2008 ya no era alumno del centro, pero sí había otro alumno matriculado, que se llamaba x. En cuanto a ¿por qué subió al autobús si no pertenecía al colegio? Ignoramos la respuesta, presumimos que vendría a ver a sus compañeros y a incordiar en los alrededores del centro como solía hacer cuando estuvo escolarizado”*.

- A la pregunta relativa a si había algún acompañante en el autobús, indica el Director que *“por su edad los alumnos de Secundaria viajan sin acompañante bajo la única supervisión del conductor. No obstante, dado el alto nivel de conflictividad de los alumnos marroquíes del barrio de Los Rosales nos hemos dirigido en varias ocasiones al servicio de transporte escolar solicitando un acompañante en el autobús, respondiéndonos que esa figura sólo se contempla para alumnos de Infantil”*.

- Por lo que se refiere a la cuestión de si necesitan los alumnos alguna tarjeta identificativa para subir en el autobús, contesta el Director que *“a principio de curso se le facilita a la empresa de transporte un listado de alumnos usuarios de cada línea, y a cada alumno el correspondiente carné de alumno con fotografía, en el que se indica la empresa de transporte asignada y la parada correspondiente”*.

- A la pregunta sobre quién controla la entrada de alumnos al autobús, se indica que *“es el propio conductor la única persona presente en el mismo y a quien se le informa que aquellos alumnos que no presenten carné no deben subir al autobús sin una autorización escrita por Jefatura de Estudios”*.

- En cuanto a por qué se dejó subir a un alumno que no pertenecía al IES, el Director ignora la respuesta, pero *“en descargo del conductor diremos que en el curso 2007-2008 al haber otro alumno marroquí matriculado, x., que se llama casi exactamente igual que x., no es de extrañar la posible confusión si el conductor consultó el listado de alumnos”*.

**SÉPTIMO.-** Con fecha 13 de abril, se solicita a la Dirección General de Promoción Educativa e Innovación fotocopia de las condiciones particulares de la ruta de transporte escolar en cuestión, lo que permite comprobar la no previsión en la misma de acompañante.

**OCTAVO.-** El 28 de abril se confiere al interesado trámite de audiencia al objeto de examinar el expediente, formular alegaciones y presentar cuantos documentos y justificaciones estime pertinentes, sin que conste que haya hecho uso del mismo.

**NOVENO.-** Consta en el expediente la siguiente documentación: a) contrato de transporte escolar de la ruta de referencia, correspondiente al curso académico 2005-2006, con la empresa “-- , S. L.”; b) Orden de 18 de mayo de 2007, de la Consejería consultante, por la que se acepta la cesión del contrato a favor de la empresa reclamante; y c) Orden de 15 de junio de 2007, de la misma Consejería, de prórroga del contrato para el curso 2007-2008.

**DÉCIMO.-** Con fecha 27 de agosto de 2009, la instructora formula propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación al no apreciar nexo causal adecuado entre los daños por los que se reclama y el funcionamiento de los servicios públicos de titularidad regional.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

## **CONSIDERACIONES**

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

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, al versar sobre una propuesta de resolución de un procedimiento calificado por el interesado y el órgano consultante como de responsabilidad patrimonial, concurriendo con ello el supuesto previsto en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 2 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia (LCJ).

No obstante, la relación contractual que liga al reclamante con la Administración, y el hecho de que los daños por los que se reclama se alegan producidos con ocasión de la prestación del servicio de transporte contratado, permite sostener el fundamento contractual de la pretensión indemnizatoria, si se considera que se ha de dilucidar a la vista de las obligaciones estipuladas en el referido contrato entre contratista y Administración sobre la guarda y custodia de los alumnos transportados. Desde esta perspectiva, es decir, partiendo de la índole contractual de la reclamación, la intervención preceptiva de este Consejo Jurídico vendría justificada por tratarse de un supuesto de discrepancia entre contratista y Administración sobre la interpretación de un contrato administrativo y sobre el alcance de las obligaciones contractuales asumidas por las partes en el punto debatido (arts. 59.3, a) TRLCAP y 12.7 LCJ).

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

I. La mercantil reclamante, cuya representación por quien presenta la solicitud de indemnización consta acreditada en el expediente, está legitimada para formular la pretensión resarcitoria objeto de Dictamen, en cuanto resulta ser la perjudicada por los daños cuya indemnización reclama. La Consejería de Educación, Formación y Empleo debe resolver dicha reclamación, pues se alega que los daños fueron producidos por escolares cuya guarda y custodia el reclamante implícitamente parece atribuir a la Administración regional, al ser transportados por él mismo por cuenta de la Consejería a la que se reclama.

II. A la vista de las actuaciones obrantes en el expediente remitido, puede afirmarse que, en lo sustancial, se ha seguido lo establecido al respecto en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC) y su normativa de desarrollo.

III. Por lo que se refiere al plazo para reclamar los daños a que se refiere la instancia promotora del presente procedimiento, producidos aquéllos el 11 de octubre de 2007 y presentada

la reclamación el 28 de mayo de 2008, cabe concluir que fue temporánea, al formularse la reclamación dentro del plazo anual que al efecto dispone el artículo 142.5 LPAC para las reclamaciones por responsabilidad patrimonial y del de 5 años que establece el artículo 25.1 del Texto Refundido de la Ley de Hacienda de la Región de Murcia, aprobado por Decreto Legislativo 1/1999, para el reconocimiento de obligaciones, aplicable a la acción de indemnización de naturaleza contractual.

### **TERCERA.- Sobre el fondo del asunto.**

Aun cuando la reclamación objeto de Dictamen carece de toda argumentación jurídica que permita su análisis con una cierta concreción y especificidad, cabe deducir de ella que el interesado considera que, conforme al contrato de transporte escolar suscrito con la Consejería, no le corresponde al mismo, sino a ésta, soportar los daños causados en el autobús con ocasión de la prestación del indicado servicio por sus usuarios.

Sin embargo, como se ha dicho, nada alega la mercantil reclamante para sostener esta postura, sin que tampoco el contrato contenga una cláusula específica que determine cuál de las partes ha de soportar los desperfectos causados en los elementos materiales destinados al servicio por parte de sus usuarios, más allá de la genérica previsión contenida en la cláusula 19.1.6 PCAP, de ejecución del contrato a riesgo y ventura del contratista.

Desde una perspectiva estrictamente contractual el análisis de la cuestión exige determinar previamente el régimen aplicable al contrato de transporte escolar. Ya en nuestro Dictamen 112/2007, emitido en relación con unos hechos que guardan grandes semejanzas con los descritos en los antecedentes de éste, indicábamos que, aunque la caracterización del contrato de transporte escolar como contrato administrativo especial de los regulados en el artículo 5.1, b) TRLCAP había dado lugar a una diversidad de planteamientos acerca de la calificación del mismo, no siendo pacífica su incardinación entre los contratos de gestión de servicios públicos, resulta indiscutido que la Administración presta un servicio por razón de las competencias que tiene atribuidas en materia educativa (aunque no se trate de una actividad educativa sino de un servicio complementario de ésta), lo que lleva a la consideración de que se está ante la prestación de un servicio público, normalmente de forma indirecta, es decir, por medio de una empresa contratada al efecto. Y es esta apreciación la que lleva a los Tribunales a aplicar a esta clase de servicios, cuando son contratados por la Administración y para solucionar diversos supuestos litigiosos, las reglas y criterios expresamente establecidos para el contrato típico de gestión de servicios públicos, aunque el contrato no estuviera así calificado específicamente.

En consecuencia, cuando la Administración presta el servicio de transporte escolar mediante gestión indirecta, como es el caso, deben aplicarse, en las relaciones “*inter partes*” y para solucionar cuestiones como la que nos ocupa, las reglas y criterios propios del contrato de gestión de servicios públicos, en todo aquello que no esté expresamente pactado en el clausulado particular del contrato. Ello nos remite, por tanto, a los pliegos (PCAP y PPT) del contrato, completados con las normas comunes a todos los contratos administrativos (incluido el artículo 98 TRLCAP) y las específicas del contrato de gestión de servicios públicos -entre ellas el artículo 161, b) TRLCAP-, aplicadas supletoriamente, como cuerpo normativo de referencia para dilucidar la reclamación planteada.

Aplicando este conjunto regulador al supuesto sometido a consulta, ha de comenzarse por advertir que la regla esencial en la contratación administrativa es la de ejecución del contrato a riesgo y ventura del contratista (artículo 98 TRLCAP). Ello significa que el contratista asume, con carácter general, las consecuencias derivadas de todos los riesgos de la ejecución del contrato, salvo en aquellos casos en que el ordenamiento jurídico prevea la cooperación, a estos efectos, de la propia Administración contratante (caso, por ejemplo, de la fuerza mayor en el contrato de obras -art. 144 TRLCAP-, de la revisión de precios, del “*factum principis*” o de la doctrina del riesgo imprevisible) con el objeto de restaurar el equilibrio de la relación contractual. Consiguientemente, la mayor onerosidad de la prestación del servicio (por ejemplo, la contratación de un acompañante que velara por el orden en el vehículo durante el transporte), a la que cabe equiparar la necesaria reparación de desperfectos causados durante la prestación del servicio en los elementos materiales destinados al mismo, por causa de circunstancias o contingencias sobrevenidas que no fueren imputables a la Administración, no depara efecto indemnizatorio alguno y debe soportarlas, en principio y con carácter general, el contratista cuando no opera ninguno de los límites al principio de riesgo y ventura enunciados.

En el caso ahora contemplado no se da circunstancia alguna que permita conectar causalmente la actuación de la Administración con la rotura del cristal, pues lejos de ser los hechos en que se sustenta la reclamación imputables a aquélla, responden a actos vandálicos o delictivos de terceros. En sentido similar se expresa el Consejo de Estado en su Dictamen 1730/2000.

A mayor abundamiento, el autor material de los hechos parece ser un ex alumno del centro, lo que dificulta aún más una eventual imputación de los hechos a la Administración educativa, cuya obligación de vigilancia sobre los alumnos a su cargo, es evidente que no puede llevarse al extremo de extenderse a quien ya no reúne dicha condición y que indebidamente utiliza el servicio



de transporte escolar, por haber incumplido la empresa reclamante su obligación de controlar el acceso al vehículo (cláusulas 2.1 y 2.4 PPT).

En cualquier caso, y aunque el autor del destrozo hubiera sido un alumno del Instituto, la vigilancia de los usuarios del transporte escolar una vez que acceden al vehículo ya no corresponde ejercerla a la Administración educativa, sino al concesionario del servicio, quien viene obligado a “*cuidar del buen orden del servicio*” (art. 161, b, TRLCAP). Entre las medidas que puede adoptar a tal fin, el PPT, en su cláusula 2 (requisitos de seguridad e higiene en la ejecución del contrato de transporte escolar), prevé la figura del acompañante, como persona mayor de edad, contratada y acreditada por el transportista, que será la encargada del cuidado de los menores durante su transporte. En el servicio en cuestión, la presencia de acompañante no era obligatoria, pues así se establece en el documento “*características particulares de la ruta*” anexo al contrato obrante al folio 121 del expediente, lo que resulta correcto, en tanto se transportaban alumnos de Secundaria de entre 12 y 16 años, no concurriendo supuesto alguno de obligatoriedad de acompañante, de los previstos en el artículo 8 del Real Decreto 443/2001, de 27 de abril, regulador de las condiciones de seguridad en el transporte escolar y de menores. Ello, desde luego, no impedía al contratista llevar un acompañante en el vehículo, máxime cuando ya conocía la conflictividad de algunos de los usuarios del servicio, como pone de manifiesto el informe complementario del Director del centro. En definitiva, vista la no obligatoriedad de la presencia de acompañante, si el transportista opta por no incorporarlo, está asumiendo voluntariamente los riesgos que para él mismo puede acarrear tal circunstancia, incluidos los eventuales desperfectos que puedan sufrir los vehículos destinados al servicio.

Por todo lo expuesto, se estima que la Administración regional no es responsable de los daños cuya indemnización reclama el contratista, sin perjuicio, claro está, de las acciones civiles que éste pueda ejercitar contra los padres o tutores del alumno y ex alumno presuntamente responsables de dichos daños.

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

### **CONCLUSIONES**

**PRIMERA.-** La reclamación objeto del presente procedimiento tiene un fundamento contractual, por las razones expresadas en la Consideración Primera de este Dictamen.

**SEGUNDA.**- Procede desestimar la reclamación indemnizatoria de referencia, por no resultar la Administración regional responsable de los daños por los que se reclama, por las razones expresadas en la Consideración Tercera.

No obstante, V.E. resolverá.



## DICTAMEN 18/2010

<b>Asunto</b>	Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hijo, debida a accidente escolar.
<b>Consultante</b>	Consejero de Educación, Formación y Empleo
<b>Fecha</b>	27/01/2010

### Extracto de Doctrina

Como expresó este Consejo Jurídico en su Dictamen 69/2008, está tanto en la doctrina de este Consejo como en la del Consejo de Estado que es necesario analizar las específicas circunstancias del caso para determinar la existencia de nexo causal, sobre la base de que se entienda infringido el estándar citado. Las agresiones de unos alumnos a otros se tienden a calificar como infracción del deber de vigilancia si se producen en ausencia del profesor (Dictamen 126/2004), si se hacía previsible la situación de violencia (Dictamen 129/2005) o si por las circunstancias la agresión debió ser prevenida y evitada (Dictamen del Consejo de Estado 913/2000). Sin embargo, también existen pronunciamientos que aconsejan desestimar las pretensiones indemnizatorias cuando la agresión o pelea viene precedida de una discusión mutua y los escolares tienen edad suficiente para comprender las consecuencias de sus propios actos (Dictamen del Consejo de Estado 2110/2002).

### ANTECEDENTES

**PRIMERO.**- Mediante oficio de 7 de mayo de 2009 el Director del CEIP *“Petra Sánchez Rollan”*, de Los Alcázares, remitió a la Consejería de Educación, Formación y Empleo un escrito de reclamación presentado por x., por daños derivados del accidente escolar de su hijo x. acaecido el 27 de abril de 2009 en dicho centro escolar, en el que cursaba primer curso de segundo ciclo de Educación Infantil.

La reclamante sólo expresa en su escrito que al niño *“le rompieron las gafas en el recreo”*, y solicita la cantidad de 150 euros como indemnización. Acompañó como documentos, entre otros, una factura de un centro óptico, por la referida cantidad, emitida el 27/04/2009, por los conceptos de montura y lentes, y copia del Libro de Familia.

En el adjunto informe del Director del centro, de 28 de abril de 2009, se expone que el 27 de abril de ese año, a las 12 horas, en el patio de recreo, durante esta actividad lúdica, y en

presencia de cinco maestras, el citado alumno sufrió daños consistentes en la rotura de gafas, expresando que *“un grupo de niños están en una esquina, parece que hay un conflicto, acuden dos maestras, dos niños de 5 años han quitado las gafas a x. (3 años), las han roto y lanzado fuera del recinto. Los agresores son corregidos por su actuación e informadas sus familias de los hechos de sus hijos”*.

**SEGUNDO.-** Mediante oficio de 20 de mayo de 2009, la instrucción solicita al centro la emisión de informe, a fin de que ampliara su información sobre los hechos. Mediante oficio de 29 de mayo de ese año, su Director remite varios informes, del 27 anterior, suscritos por los tutores de los menores implicados y por las maestras que presenciaron los hechos.

Las cinco maestras presentes en el patio de recreo expresan que *“finalizado el período de recreo se está llamando a los niños para la vuelta a las aulas. Las profesoras comprueban que en una esquina del patio hay un pequeño grupo de alumnos que no atienden a la llamada, parece que hay un conflicto. Acuden dos profesoras (...). Comprueban que dos niños de 5 años, grupo B, han quitado las gafas a un niño de 3 años, grupo C (x), se las han doblado, rompiéndolas, y las han lanzado fuera del recinto escolar a través de la verja.” (...)*

La tutora del hijo de la reclamante señala, entre otras consideraciones, que *“cuando entran todos los niños al aula, el niño agredido me explica que los otros niños querían quitarle las gafas como jugando, y una de las veces que se las quitaron las rompieron y las arrojaron a la calle.”*

El tutor de los alumnos que causaron el daño señala, entre otras consideraciones, que se explicó a los niños lo incorrecto de su acción, y que éstos se comprometieron a no repetirlo; que sus familias le manifestaron que corregirían a sus hijos, pero que no tenían recursos para responder por gastos extraordinarios.

**TERCERO.-** Concedido el preceptivo trámite de audiencia mediante oficio de 29 de julio de 2009, no consta que se haya realizado alegación alguna.

**CUARTO.-** El 20 de agosto de 2009 se formula propuesta de resolución estimatoria de la reclamación, por considerar, entre otras razones, a la vista de la corta edad de los alumnos implicados en el incidente (3 y 5 años), y con cita del Dictamen de este Consejo Jurídico nº 209/02, que el Consejo de Estado mantiene una clara línea doctrinal en relación con los supuestos de responsabilidad patrimonial suscitados por accidentes padecidos en centros escolares por

alumnos de Educación Infantil y Especial, en virtud de la cual cabe manifestar que la corta edad de los alumnos, o sus peculiares problemas, permiten entender que existe un especial deber de cuidado que tiene consecuencias en el examen más o menos riguroso de la relación de causalidad, pues en tales ámbitos educativos la Administración se halla obligada a extremar su celo en la custodia de los alumnos para evitar accidentes, lesiones o agresiones entre ellos (Dictamen 4060/1996, citado en la Memoria de 1998).

Dicha propuesta de resolución 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, 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.- Competencia, legitimación y procedimiento.**

La reclamación ha sido formulada por persona legitimada y dentro del plazo de un año establecido por el artículo 142.5 LPAC. La legitimación pasiva corresponde a la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, siendo la Consejería de Educación, Formación y Empleo competente para resolver el presente procedimiento, al tratarse de unos presuntos daños imputados al funcionamiento del servicio público regional de educación en el que se integra el Centro en el que ocurrieron los hechos.

A la vista del expediente remitido, se han cumplido las formalidades esenciales exigibles en 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.

El Consejo Jurídico ha de destacar, al igual que lo ha hecho en anteriores Dictámenes emitidos en supuestos similares al presente que, si bien es cierto que nuestro ordenamiento jurídico configura un régimen de responsabilidad patrimonial de carácter marcadamente objetivo, éste no convierte a la Administración en una aseguradora que deba responder automáticamente por el solo hecho de que el evento dañoso se haya producido como consecuencia de la utilización de bienes o servicios públicos con independencia del actuar administrativo, porque, de aceptar esta tesis, el régimen de responsabilidad patrimonial se transformaría en un sistema providencialista no contemplado en nuestro ordenamiento jurídico (sentencias del Tribunal Supremo de 5 de junio de 1998 y de 27 de mayo de 1999). El Tribunal Supremo, en sentencia de 26 de febrero de 1998, indicó que *“durante el desarrollo de las actividades escolares, extraescolares y complementarias el profesorado tiene el deber de observar la diligencia propia de los padres de familia”*, estándar éste que resulta modulable según las circunstancias de cada caso (Dictamen del Consejo Jurídico 58/2006).

Como expresó este Consejo Jurídico en su Dictamen 69/2008, está tanto en la doctrina de este Consejo como en la del Consejo de Estado que es necesario analizar las específicas circunstancias del caso para determinar la existencia de nexo causal, sobre la base de que se entienda infringido el estándar citado. Las agresiones de unos alumnos a otros se tienden a calificar como infracción del deber de vigilancia si se producen en ausencia del profesor (Dictamen 126/2004), si se hacía previsible la situación de violencia (Dictamen 129/2005) o si por las circunstancias la agresión debió ser prevenida y evitada (Dictamen del Consejo de Estado 913/2000). Sin embargo, también existen pronunciamientos que aconsejan desestimar las pretensiones indemnizatorias cuando la agresión o pelea viene precedida de una discusión mutua y los escolares tienen edad suficiente para comprender las consecuencias de sus propios actos (Dictamen del Consejo de Estado 2110/2002).

Por lo que se refiere específicamente a la incidencia en estos casos de la corta edad de los alumnos, en nuestro Dictamen 209/2002, citado en la propuesta de resolución, se expresa que *“en*

*el centro surge la necesidad de una vigilancia extrema teniendo en cuenta la corta edad de los alumnos (cinco años), de los que no cabe esperar una conducta razonable y responsable, y el relato de los hechos contenido en el expediente sometido a consulta revela que durante el tiempo del recreo -actividad no dirigida pero sí cuidada por el centro educativo- la atención de los responsables de la vigilancia no fue lo suficientemente intensa, no sólo para impedir el accidente (pinchazo de un alumno a sí mismo con una aguja), sino para tener un inmediato, directo y cierto conocimiento de su acaecimiento (un tercer niño es el que alerta a los profesores de lo ocurrido), todo lo cual evidencia la existencia de nexo causal por la concurrencia de una culpa in vigilando por parte de la Administración educativa.”*

II. En el presente caso, y en contra de lo que parece entender la propuesta de resolución (que en este punto debería modificarse), las circunstancias del caso no resultan lo suficientemente claras como para afirmar que se estuviera ante una agresión en sentido propio, pues el niño afectado (de 3 años) indica que otros compañeros (de 5 años) querían quitarle las gafas “*como jugando*”, aunque por otra parte las maestras presentes señalan que en la situación parecía que había “*un conflicto*”. En cualquier caso, aun sin considerarse propiamente una agresión, parece claro que lo ocurrido es una situación no deseable dentro del buen funcionamiento del centro, no ya sólo por las consecuencias dañosas- físicas o materiales- que tales “*juegos*” inadecuados pueden ocasionar por sí a los alumnos, sino porque pueden ser el origen de verdaderas peleas y conflictos entre ellos, causantes de mayores daños. Desde este punto de vista, y tratándose de niños de muy corta edad, los profesores deben extremar el celo en su vigilancia, de forma que la apreciación del estándar a estos efectos ha de ser realizada con un especial rigor, como señala la doctrina y la jurisprudencia, si bien no parece que la simple corta edad de los alumnos genere en todo caso responsabilidad administrativa por cualquier daño que sufran, aun los inevitables en gran medida, como de alguna forma parece desprenderse de la propuesta de resolución, que en este punto deberá incorporar las oportunas matizaciones.

A partir de lo anterior, y por lo que atañe a las concretas circunstancias del caso, de las manifestaciones del niño afectado se desprende que la acción no fue única o repentina, sino que hubo varias acciones o intentos de quitarle las gafas (y dentro del patio del colegio, aun en un extremo, que es recinto sujeto a vigilancia); por ello, no puede afirmarse con rotundidad que el suceso fuera inevitable en gran medida, como por el contrario parece entender la propuesta de resolución. Además, y en la exigente apreciación del deber de vigilancia que debe hacerse en este caso, de las declaraciones de las maestras presentes en el patio de recreo se deduce que la vigilancia no pareció ser lo suficientemente intensa como para percatarse de la anómala situación existente (de aparente conflicto, según la describen) ni, por tanto, para intervenir en la misma, aun

*a posteriori*, de una forma inmediata o, al menos, rápida, pues señalan que sólo la advirtieron cuando llamaron a los alumnos para su regreso a las aulas, al final del tiempo de recreo, al percatarse de que no atendían dicha llamada.

De todo ello se infiere que, en el presente caso, y al igual que en el contemplado en el citado Dictamen 209/2002, *“la atención de los responsables de la vigilancia no fue lo suficientemente intensa, no sólo para impedir el accidente, sino para tener un inmediato, directo y cierto conocimiento de su acaecimiento”*, lo que determina la responsabilidad patrimonial de la Administración educativa para resarcir los daños acreditados, por valor de 150 euros, en concepto de reposición de las gafas del niño que fueron dañadas a consecuencia del incidente, conforme con la factura aportada al efecto, cantidad que deberá ser actualizada conforme a lo establecido en el artículo 141.3 LPAC.

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

### **CONCLUSIÓN**

**ÚNICA**- La propuesta de resolución objeto de Dictamen, estimatoria de la reclamación, se dictamina favorablemente, por los motivos expresados en la Consideración Tercera.

No obstante, V.E. resolverá.





## DICTAMEN 19/2010

**Asunto** Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios dependientes de la Consejería de Obras Públicas y Ordenación del Territorio.

**Consultante** Consejero de Obras Públicas y Ordenación del Territorio

**Fecha** 27/01/2010

### Extracto de Doctrina

El Consejo de Estado, en constante y pacífica doctrina en materia de 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.

### ANTECEDENTES

**PRIMERO.-** Con fecha 6 de febrero de 2009, x. presenta reclamación de responsabilidad patrimonial en solicitud de una indemnización de 1.033,17 euros, en concepto de coste de un ordenador portátil que, según la interesada, resultó dañado al pasar por el escáner del control de accesos situado en el edificio sede de la Consejería de Obras Públicas y Ordenación del Territorio.

Según relata la reclamante, los hechos ocurrieron el 9 de diciembre de 2008 cuando, a las 13.30 horas se dirigía a una reunión en dicho edificio. Al acceder al mismo pasó su bolso y portátil por el escáner y, al llegar a la reunión y encender el ordenador, la pantalla no se veía, aunque sí se iluminaba el piloto de encendido, comprobando que el disco duro del portátil sí funcionaba, pues pudo conectarse a un monitor de la Consejería. Tras solicitar asistencia técnica, se le indica que la pantalla se había imantado por el escáner y que, dado lo elevado del coste de reparación, era preferible comprar un ordenador nuevo.

La cantidad reclamada corresponde con el importe del portátil averiado, que acredita mediante la correspondiente factura de compra, de fecha 5 de abril de 2005. El modelo es un portátil Acer Travelmate 4052 LMI.

**SEGUNDO.-** Recabado informe del Servicio de Gestión Informática de la Consejería consultante, se emite el 20 de julio de 2009, señalando que el equipamiento de los sistemas de control de accesos y su mantenimiento corresponde a la Dirección General de Patrimonio, a la que

se solicita la correspondiente información técnica sobre el escáner, remitiendo un informe de la empresa responsable del mantenimiento de dicho dispositivo. Por el indicado centro directivo se manifiesta que no existen antecedentes de reclamaciones similares en otras dependencias de la Comunidad Autónoma. En atención al indicado informe técnico, el Servicio de Gestión Informática consultado concluye que *“en condiciones de normal funcionamiento del scanner, el hecho aislado de pasar por él un ordenador portátil, no ocasiona la imantación permanente en su monitor”*.

El aludido informe de la empresa responsable del mantenimiento del dispositivo (x.), de fecha 20 de julio, es del siguiente tenor:

*“La x., comercializadora de equipos de seguridad (scanner de rayos-X) informa como sigue:*

*- Los equipos de rayos-x del fabricante norteamericano Control Screening (y cualquier scanner de seguridad en general) no afectan en modo alguno a equipos electrónicos (tales como teléfonos móviles, cámaras de vídeo, cámaras fotográficas, ordenadores, etc.) ni en sus componentes electrónicos, ni en sus soportes de memoria (discos duros, memorias electrónicas ram, memorias flash, etc).*

*- Tampoco afectan a soportes magnéticos u ópticos, tales como cintas de audio o vídeo, cd o dvd.*

*- Aunque podría afectar a soportes fotográficos tipo película (emulsión fotográfica) no reveladas, en la práctica, y debido a la bajísima dosis con la que trabajan los scanner de seguridad, serían necesarias cientos de inspecciones de la misma película, para que el efecto se pusiera de manifiesto.*

*Como confirmación de todo lo anterior, que tiene su fundamento en los principios físicos de funcionamiento tanto de los scanner como de los dispositivos inspeccionados, queremos recordar que a diario se inspeccionan por ejemplo en nuestros aeropuertos miles de objetos tales como los que se indican, sin que se presente ningún daño”.*

**TERCERO.-** Conferido, con fecha 29 de julio, trámite de audiencia a la interesada, no hace uso del mismo, al dejar transcurrir el plazo concedido sin presentar alegación o justificación alguna.

**CUARTO.-** El 11 de septiembre, el órgano instructor formula propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación al no apreciar nexo de causalidad entre el funcionamiento de los servicios públicos regionales y el daño alegado.

En tal estado de tramitación y tras incorporar los preceptivos extracto de secretaría e índice de documentos, se remitió el expediente en solicitud de Dictamen, que tuvo entrada en el Consejo Jurídico el pasado 22 de septiembre 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.- Plazo, legitimación y órgano competente para resolver.**

1. La reclamación se presentó el 6 de febrero de 2009, antes de transcurridos dos meses desde la producción del evento dañoso (9 de diciembre de 2008) y, en consecuencia, dentro del plazo de un año previsto en el artículo 142.5 LPAC y 4.2 RRP para la prescripción del derecho a reclamar.

2. La reclamante ostenta la condición de interesada para ejercitar la acción de reclamación, a tenor de lo previsto por el artículo 139.1 LPAC, en relación con el 4.1 RRP, toda vez que acredita ser la propietaria del dispositivo averiado mediante la aportación de la correspondiente factura de compra expedida a su nombre.

En cuanto a la legitimación pasiva, corresponde a la Administración regional, dado que el dispositivo de control a cuyas emisiones se imputa el daño es utilizado por la Comunidad

Autónoma para el desarrollo de sus competencias en materia de seguridad de sus edificios e instalaciones.

3. El dato determinante en el establecimiento de la competencia para resolver los procedimientos de responsabilidad patrimonial es la titularidad del servicio al que se imputa el daño, no el lugar o ubicación física donde se haya producido el evento lesivo, como sostiene la propuesta de resolución.

En este sentido, el Jefe de Servicio de Gestión Informática de la Consejería consultante informa que el equipamiento de los sistemas de control de acceso y su mantenimiento corresponde a la Dirección General de Patrimonio. No consta, sin embargo, que el órgano instructor contrastara estos extremos con la indicada Dirección General, mediante la correspondiente solicitud de informe, como debería haber hecho en orden a establecer el concreto órgano eventualmente responsable de los daños alegados, lo que habría permitido despejar las dudas que el expediente arroja sobre tal cuestión, que derivan de la multitud de formas y modos que la prestación del servicio de seguridad y control de accesos admite. A pesar de tales incógnitas, y sin dejar de advertir la necesidad de que, en supuestos como el presente, la instrucción realice cuantas averiguaciones sean precisas para la determinación del específico órgano responsable de los daños alegados, lo que incidirá a su vez en el órgano competente para resolver, se procede a dictaminar sobre el fondo del asunto para no dilatar más la ya excesiva duración del procedimiento.

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

Los artículos 139 y siguientes de la LPAC, exigen la concurrencia de los siguientes presupuestos para poder declarar la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración:

1. Un daño efectivo, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupos 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. 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.

#### 4. Ausencia de fuerza mayor.

A este respecto, la jurisprudencia del Tribunal Supremo (por todas, STS de 29 de junio de 1988) estableció 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”*.

El Consejo de Estado, en constante y pacífica doctrina en materia de 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.

En el supuesto sometido a consulta, la interesada se limita a afirmar la producción del evento lesivo, sin aportar prueba alguna que sustente sus afirmaciones. Frente a esta penuria probatoria de la parte actora, la Administración presenta un informe de la empresa comercializadora del equipo al que se imputa el daño, que niega la posibilidad de afectación del portátil de la interesada por la radiación emitida por el escáner de seguridad, dados los principios físicos de funcionamiento del indicado equipo y del dispositivo portátil que se dice inutilizado.

Estas afirmaciones, a las que la interesada pudo acceder con ocasión del trámite de audiencia, no han sido enervadas con una prueba eficiente, quedando sin probar el nexo causal entre el paso del ordenador por el escáner de seguridad y la imantación y consiguiente inutilización de su pantalla. En consecuencia, las alegaciones de la reclamante sólo pueden calificarse como meras declaraciones de parte, careciendo del rigor y objetividad que han de acompañar a cualquier medio de prueba. En definitiva, no puede considerarse acreditado que el daño alegado sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos.

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

### **CONCLUSIÓN**

**ÚNICA.-** Sin perjuicio de las dudas manifestadas en la Consideración Tercera de este Dictamen acerca del órgano competente para resolver, se informa favorablemente la propuesta de resolución, toda vez que no concurren en el supuesto sometido a consulta todos los elementos a

los que el ordenamiento jurídico vincula el nacimiento de la responsabilidad patrimonial de la Administración, singularmente el nexo causal entre el funcionamiento de los servicios públicos y el daño alegado.

No obstante, V.E. resolverá.



**DICTAMEN 20/2010**

**Asunto** Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hijo, debida a accidente escolar

**Consultante** Consejero de Educación, Formación y Empleo

**Fecha** 27/01/2010

**Extracto de Doctrina**

Nota: igual doctrina que la expresada en el Dictamen 05/2010.



**DICTAMEN 21/2010**

**Asunto** Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hijo, debida a accidente escolar.

**Consultante** Consejero de Educación, Formación y Empleo

**Fecha** 03/02/2010

**Extracto de Doctrina**

Nota: igual doctrina que la expresada en el Dictamen 5/2010.





**DICTAMEN 22/2010**

**Asunto** Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hijo x, debida a accidente escolar.

**Consultante** Consejero de Educación, Formación y Empleo

**Fecha** 03/02/2010

**Extracto de Doctrina**

Nota: igual doctrina que la expresada en el Dictamen 5/2010.



**DICTAMEN 23/2010**

**Asunto** Proyecto de Orden por la que se regula el libro de explotación acuícola en la Región de Murcia.

**Consultante** Consejero de Agricultura y Agua

**Fecha** 03/02/2010

**Extracto de Doctrina**

1. El artículo 52.1 Ley 6/2004 refiere la potestad reglamentaria de los Consejeros a las materias de ámbito organizativo interno de la Consejería, mientras que el artículo 38 reitera dicho ámbito material aunque omitiendo el término “organizativo”. Ambos preceptos regulan una realidad única, el alcance de la potestad reglamentaria de los Consejeros, y, por tanto, deben ser interpretados conjuntamente. Y en los dos artículos, desde luego, cabe apreciar la misma restricción respecto de la atribución reglamentaria efectuada a favor de los Ministros, pues si a éstos se les faculta para regular las materias propias de su Departamento, la ley regional limita aún más dicha potestad, refiriéndola en exclusiva a la esfera organizativa interna.

2. El mandato recogido en la Disposición final primera, que faculta al Director de Ganadería y Pesca para el desarrollo de las disposiciones establecidas, resulta equívoco y puede ser interpretado como la atribución al mismo de la potestad reglamentaria, lo que está vedado a este órgano, de conformidad con lo establecido en los artículos 19 de la Ley 7/2004 y 52 de la Ley 6/2004, sin que pueda ser objeto de delegación esta potestad, específicamente atribuida por la Ley 2/2007 al titular de la Consejería para desarrollar el Libro de Explotación, sin perjuicio de las facultades de gestión encomendadas al centro directivo, conforme al artículo 19, ya citado, de la Ley 7/2004,

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** En fecha indeterminada, el Servicio de Pesca y Acuicultura de la Dirección General de Ganadería y Pesca elabora el primer borrador del Proyecto de Orden por la que se regula el Libro de Explotación Acuícola, recabando seguidamente el parecer de las Asociaciones de Acuicultores de los Polígonos de El Gorguel y de San Pedro del Pinatar, y de las mercantiles --, S.L. y --, S.L., sin que conste que formularan alegaciones (folios 1 a 3).

**SEGUNDO.-** El 13 de abril de 2009 emite informe la Jefa de Sección del Servicio de Pesca y Acuicultura, en el que expone que la acuicultura marina ha alcanzado un importante desarrollo en

la Región de Murcia, como se puso de manifiesto con la regulación de este sector en el Título IV de la Ley regional 2/2007, de 12 de marzo, de Pesca y Acuicultura de la Región de Murcia (en adelante Ley 2/2007), cuyo artículo 77 recoge la obligación de los titulares de las instalaciones acuícolas de disponer un Libro de Explotación, que está llamado a convertirse en un instrumento imprescindible de control y seguimiento de las mismas, y que constituye el objeto de la presente Orden, habilitada para tal finalidad por el precitado artículo 77 de la Ley 2/2007. Asimismo se alude a normativa comunitaria y estatal que sustenta el Proyecto y a las competencias estatutarias de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia. De la misma fecha es el borrador obrante en los folios 4 a 36.

**TERCERO.-** El Servicio Jurídico de la Consejería de Agricultura y Agua emite informe favorable a la regulación propuesta el 17 de junio de 2009 (folios 39 a 42), a reserva de la subsanación de dos correcciones formales, por encontrarse justificada la necesidad de la regulación del Libro de Explotación Acuícola, disponer de habilitación legal el titular de la Consejería competente y ajustarse a las competencias autonómicas en la materia.

**CUARTO.-** Previa subsanación por el Servicio de Pesca y Acuicultura de las dos observaciones realizadas por el órgano preinformante, se diligencia el 4 de julio de 2009 la última versión del Proyecto de Orden (folios 45 a 76), al que se acompaña un informe titulado “Sobre el impacto de género de las medidas que se contienen en el Proyecto de Orden”, en el que se concluye la ausencia de tal impacto en la regulación proyectada (folio 77). También figura la propuesta para la aprobación de la presente disposición, de 10 de julio de 2009 (folios 78 y 79), elevada por el Director General de Ganadería y Pesca al titular de la Consejería de Agricultura y Agua.

**QUINTO.-** Con fecha 17 de julio 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 un Proyecto de disposición general tramitado por la Administración Regional, que se dicta en desarrollo de una Ley

de la Asamblea Regional, concretamente de la Ley 2/2007 (artículo 77), así como de la normativa básica estatal (artículo 8 del RD 1614/2008, de 3 de octubre), 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 y contenido.**

I. Como en ocasiones anteriores ha indicado este Consejo Jurídico (por todos, Dictamen 203/2008), 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.

Consecuencia de lo expuesto sobre el procedimiento para la elaboración del Proyecto de Orden, son las siguientes observaciones:

1. Aun cuando no conste con tal denominación de memoria justificativa, puede entenderse que cumple tal finalidad el informe del Servicio de Pesca y Acuicultura que se acompaña al primer borrador (folios 37 y 38).

2. No consta un informe económico del Proyecto, con referencia al coste de su puesta en funcionamiento, conforme a lo establecido en el artículo 53.1 de la Ley 6/2004 o, en su defecto, la justificación de que su implantación no supondrá ningún incremento del gasto.

3. Tampoco consta el informe jurídico de la Vicesecretaría de la Consejería proponente, previsto en el artículo 53.2 de la Ley 6/2004.

4. Se ha incorporado un informe en el que se expresa que el Proyecto no tiene repercusiones desde la perspectiva de género (folio 77), si bien debe matizarse que su incorporación al procedimiento no deriva de la aplicación supletoria de la normativa estatal, como se justifica, sino de la normativa autonómica, concretamente, por la promulgación 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, cuya Disposición final cuarta incluye un nuevo párrafo en el apartado 1 del artículo 53 de la Ley 6/2004, mediante el que se impone la obligación de que los reglamentos se acompañen de un informe sobre el impacto por razón de género de las medidas que en ellos se establezcan.

5. En cuanto a la participación, cabe destacar que se ha cumplido la externa a la Administración regional, por cuanto se ha otorgado una audiencia a los titulares de instalaciones de acuicultura; sin embargo, en relación con la interna, este Consejo Jurídico considera, por el carácter integrador del Libro de Explotación Acuícola, que incluye datos sanitarios y medio ambientales, que se debería otorgar una audiencia a los otros departamentos de la Administración regional, cuyos datos se reseñan (los competentes en materia de sanidad y medio ambiente), aunque corresponda su gestión a la Consejería competente en materia de acuicultura. Igualmente, sustenta la participación de los citados departamentos la previsión contenida en el artículo 77.2 de la Ley 2/2007, acerca de que el Libro de Explotación será puesto a disposición de las visitas de seguimiento, control e inspección de las instalaciones efectuadas por los distintos organismos que tengan competencia en la materia.

II. El contenido el Proyecto de Orden se estructura en una parte expositiva, nueve artículos y dos Disposiciones finales, así como III Anexos. El Anexo I hace referencia al formato y contenido del Libro, con 6 apartados, que deberá cumplimentarse de forma manual, salvo el apartado 6, que se podrá gestionar en soporte electrónico, de conformidad con los registros contenidos en el Anexo III. En cuanto al Anexo II contiene los modelos de comunicaciones y solicitudes de autorizaciones, que habrán de ser cumplimentados para la realización de determinadas actividades relacionadas con la producción y comercialización de productos acuícolas.

### **TERCERA.- Habilitación legal y competencia.**

El Estatuto de Autonomía para la Región de Murcia reconoce a la Comunidad Autónoma competencias exclusivas en materia de pesca en aguas interiores, marisqueo, acuicultura, y alguicultura, así como el desarrollo de cualquier otra forma de cultivo industrial, y la protección de los ecosistemas en los que se desarrollan dichas actividades (art. 10.Uno, 9).

En nuestro Dictamen 171/2006, sobre el Anteproyecto de Ley de Pesca Marítima y Acuicultura en la Región de Murcia, se destacó que, desde el punto de vista de la regulación de la actividad administrativa autonómica en materia de acuicultura, las cuestiones competenciales más

relevantes que suscita este título competencial vienen determinadas por la necesidad de integrar las diversas competencias concurrentes, articulando mecanismos de coordinación y cooperación. También, en un plano interno, se destacaba la necesaria coordinación con las competencias de otros departamentos de la Administración regional, señaladamente en materia de sanidad y medio ambiente, como se ha indicado en la Consideración anterior, en relación con la participación en el procedimiento de elaboración.

En el desarrollo de las competencias estatutarias, la Ley 2/2007 dedicó el título IV a la regulación de la acuicultura marina, que ha alcanzado un importante desarrollo en la Región de Murcia, creándose el Libro de Explotación Acuícola, como instrumento de control y seguimiento de este tipo de instalaciones, que se configura como único para cada explotación y en el que se reflejarán todos los datos administrativos, técnicos, sanitarios y ambientales de la misma (artículo 77.1). Con anterioridad, con carácter general se preveía en el artículo 38 de la Ley estatal 8/2003, de 24 de abril, de Sanidad Animal:

*“Cada explotación de animales deberá mantener actualizado un libro de explotación en el que se registrarán, al menos, los datos que la normativa aplicable disponga, del que será responsable el titular de la explotación”.*

La exigibilidad para los titulares de las explotaciones de acuicultura, así como el contenido mínimo del Libro de Explotación, viene regulado en el artículo 8 y Anexo II.2 del RD 1614/2008, de 3 de octubre, por el que se establecen los requisitos zoonosanitarios de los animales y de los productos de la acuicultura, así como a la prevención y el control de determinadas enfermedades de los animales acuáticos, que traspone la Directiva 2006/88/CE, del Consejo, de 24 de octubre de 2006.

Para la regulación del Libro de Explotación, el Consejero de Agricultura y Agua se encuentra específicamente habilitado por el artículo 77.3 de la Ley 2/2007, que reconoce su competencia para establecer las características, contenido y forma de cumplimentación.

#### **CUARTA.- Observaciones al Proyecto de Orden.**

##### I. Objeto y alcance de la regulación.

El Proyecto de Orden tiene como objeto único, según el artículo 1, la regulación del Libro de Explotación Acuícola (LEA), de conformidad con el formato que se describe en el Anexo I, que se desarrolla en los artículos 1 a 7 del texto.

Sin embargo, el Proyecto no se limita a la regulación del LEA, para lo que está plenamente facultado el titular de la Consejería, sino que también aborda en el artículo 8 los supuestos sujetos a comunicación y a autorización exigidos a los titulares de las explotaciones acuícolas, previstos tanto en la Ley 2/2007 como en la normativa básica estatal, estableciéndose los modelos de solicitudes de autorización y comunicación en el Anexo II.

Por lo tanto, ha de considerarse por este Consejo Jurídico si el titular de la Consejería ostenta habilitación reglamentaria para este otro cometido, pues en los preceptos correspondientes de la Ley 2/2007 (artículos 78 y 79) no se encuentra expresamente facultado, y en su Disposición final cuarta sólo se habilita al Consejo de Gobierno para el desarrollo reglamentario de la precitada Ley.

Conviene recordar a este respecto nuestra doctrina (por todos, Dictamen 176/2008), comenzando por señalar que la potestad reglamentaria propia, no derivada, de los Ministros alcanza la regulación de las materias propias de su Departamento, lo que la jurisprudencia ha interpretado como las cuestiones puramente organizativas, a las que se suma la regulación de las relaciones de especial sujeción. Dicha doctrina, calificada por la Exposición de Motivos de la Ley 6/2004 como consolidada, sería plenamente aplicable a la determinación de los límites de la potestad normativa de los Consejeros de la Comunidad Autónoma si la referida Ley regional se expresara en iguales o similares términos a la legislación estatal expuesta, lo que sin embargo no hace.

En efecto, el artículo 52.1 Ley 6/2004 refiere la potestad reglamentaria de los Consejeros a las materias de ámbito organizativo interno de la Consejería, mientras que el artículo 38 reitera dicho ámbito material aunque omitiendo el término "organizativo". Ambos preceptos regulan una realidad única, el alcance de la potestad reglamentaria de los Consejeros, y, por tanto, deben ser interpretados conjuntamente. Y en los dos artículos, desde luego, cabe apreciar la misma restricción respecto de la atribución reglamentaria efectuada a favor de los Ministros, pues si a éstos se les faculta para regular las materias propias de su Departamento, la ley regional limita aún más dicha potestad, refiriéndola en exclusiva a la esfera organizativa interna. Por ello, la primera consecuencia será que las órdenes emanadas de los Consejeros no podrán tener efectos "*ad extra*", para reglar las relaciones de los ciudadanos en general, regulando el ejercicio de sus

derechos o imponiéndoles obligaciones. Respecto a los reglamentos domésticos, a su vez la jurisprudencia distingue dos ámbitos, el puramente organizativo y el de las relaciones de sujeción especial, distinción que parece evocar la terminología utilizada por la Ley 6/2004, aunque refiriéndose únicamente al primero, respecto del cual no hay duda en afirmar la potestad reglamentaria del Consejero.

Para su aplicación al presente caso, conviene conocer el alcance de la regulación contenida en el artículo 8 y Anexo II del Proyecto de Orden.

En este último precepto se recogen las actuaciones de carácter sanitario y productivo, que están sujetas a autorización o comunicación al centro directivo correspondiente, estableciendo los aspectos que han de ser cumplimentados en las solicitudes de los titulares de explotaciones, así como los requisitos de plazo, en aplicación de lo dispuesto en la Ley 2/2007 y en la normativa básica aplicable. Por tanto, en el articulado se recogen los procedimientos y los requisitos de presentación, y en el Anexo II se acompañan los impresos normalizados, que se consideran modelos oficiales (artículo 8.1 del Proyecto).

La inclusión de estos aspectos en el Proyecto de Orden suscita las siguientes cuestiones:

1ª) Si la Consejería competente considera que los preceptos relativos a las autorizaciones y comunicaciones por parte de los titulares de las explotaciones acuícolas, previstos en la Ley 2/2007 (artículos 78, 79 y 82), además de otros supuestos recogidos en la normativa básica estatal, requieren de un desarrollo reglamentario, en el que se refundan los requisitos materiales y formales, debe instrumentalizarse a través del correspondiente Decreto, cuya aprobación corresponde al Consejo de Gobierno, en virtud de la habilitación general (Disposición final cuarta de la Ley 2/2007), pues la precitada Ley regional no faculta para ello al titular de la Consejería, a diferencia de la regulación del Libro de Explotación.

La regulación contenida en el Proyecto (artículo 8), indudablemente justificada para facilitar su cumplimentación por parte de los titulares de las explotaciones acuícolas, en aplicación de la Ley regional y de la normativa básica estatal, va a tener efectos “*ad extra*”, en tanto se configuran como modelos oficiales obligatorios, con la concreción de los correspondientes requisitos en algunos supuestos. Más aún, en el artículo 9 del Proyecto se establece, en caso de incumplimiento de lo dispuesto en la Orden, que será de aplicación el régimen de infracciones y sanciones previsto en las Leyes 8/2003 y 2/2007.



Todo ello impide entender que el contenido de este precepto en su conjunto (artículo 8 del Proyecto) afecta sólo a la mecánica interna del trabajo burocrático, para poder ser encuadrados dentro de la esfera organizativa interna de la Consejería y poder sostener, consiguientemente, ante el silencio de la Ley 2/2007, la correspondiente habilitación de su titular, en virtud de esta última competencia y en ejercicio de la potestad reglamentaria.

Este supuesto difiere de los considerados en nuestros Dictámenes 77/2005 y 149/2007, en los que la potestad reglamentaria correspondía al Consejo de Gobierno, y en los que este último órgano, en su desarrollo, habilitaba al titular de la Consejería para la aprobación de alguna señal o modelo de instancia, en los que cabía entenderla como un aspecto puramente instrumental respecto a los procedimientos, cuyo régimen jurídico venía establecido en el Decreto.

2ª) A *sensu* contrario, si lo que pretende la Consejería consultante, en ejercicio de su actividad administrativa, es únicamente facilitar los modelos normalizados a los titulares de explotaciones acuícolas, indicando las instrucciones para rellenarlos, siempre y cuando los requisitos previstos en la normativa autonómica y estatal básica no tengan que ser completados o desarrollados para su cumplimentación (en cuyo caso se requiere el desarrollo reglamentario, que corresponde al Consejo de Gobierno, como se ha indicado), se podrían establecer tales modelos normalizados, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 70.4 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 (“las Administraciones Públicas deberán establecer modelos y sistemas normalizados de solicitudes, que estarán a disposición de los ciudadanos en las dependencias administrativas”), si bien lo sería en ejercicio de la potestad ejecutiva, pero no de la reglamentaria que ostenta el titular de la Consejería para la regulación del Libro de Explotación, en cuya virtud se desarrolla la presente disposición. En tal sentido, resulta de interés señalar que el artículo 9.2 del Real Decreto 1465/1999, de 17 de septiembre, por el que se establecen criterios de imagen institucional y regula la producción documental y el material impreso de la Administración General del Estado, establece que todo modelo normalizado de solicitud con efectos frente a terceros deberá publicarse (en este caso en el BORM).

También resulta conveniente citar, cuando tales modelos se enmarcan en el Registro Telemático de la Región de Murcia, la Orden de 14 de junio de 2006 de la Consejería competente en materia de Organización Administrativa, que establece, además de la intervención de la citada Consejería para la inclusión del procedimiento en el citado Registro, que los modelos normalizados de solicitudes se publicarán en la dirección de internet correspondiente al Registro.

En consecuencia, el Consejo Jurídico considera que el Proyecto de Orden debe contraerse al Libro de Explotación, en congruencia con el objeto expresado en el artículo 1, en el título de la disposición y en la habilitación conferida al titular de la Consejería para su desarrollo reglamentario, pudiéndose contemplar para los contenidos del artículo 8 y Anexo II las distintas opciones expuestas.

II. Habilitación al Director General de Ganadería y Pesca para el desarrollo de las disposiciones establecidas.

El mandato recogido en la Disposición final primera, que faculta al Director de Ganadería y Pesca para el desarrollo de las disposiciones establecidas, resulta equívoco y puede ser interpretado como la atribución al mismo de la potestad reglamentaria, lo que está vedado a este órgano, de conformidad con lo establecido en los artículos 19 de la Ley 7/2004 y 52 de la Ley 6/2004, sin que pueda ser objeto de delegación esta potestad, específicamente atribuida por la Ley 2/2007 al titular de la Consejería para desarrollar el Libro de Explotación, sin perjuicio de las facultades de gestión encomendadas al centro directivo, conforme al artículo 19, ya citado, de la Ley 7/2004, que no es necesario citarlas en el Proyecto.

III. Cuestiones de técnica normativa.

De una parte, el artículo 2 se remite a las definiciones contenidas en el Real Decreto 1614/2008, que, a su vez, reenvía igualmente a otras tantas disposiciones (artículo 3), por lo que esta remisión tan amplia, sin mayor concreción, puede ir en contra del principio de seguridad jurídica.

No obstante, puede acotarse aún más, añadiendo al párrafo inicial del artículo 2 del Proyecto “en la medida en que procedan”.

De otra parte, se ha optado por utilizar las denominaciones actuales de los departamentos en el Proyecto, que pueden ser objeto de modificación ulteriormente, por lo que se aconseja su identificación por razón de la competencia.

Por último, los datos medioambientales que se citan en el artículo 4, apartado 5, deben adecuarse a la Ley regional 4/2009, de 14 de mayo, de Protección Ambiental Integrada, que entró en vigor el 1 de enero de 2010. Por ejemplo, en lugar de Entidades Colaboradoras de Control, debe emplearse la denominación de Entidades de Control Ambiental.

#### IV. Régimen Sancionador.

El artículo 9 del Proyecto (Sanciones) establece que “en caso de incumplimiento de lo dispuesto en la presente Orden será de aplicación el régimen de infracciones y sanciones contenido en las Leyes 8/2003 y 2/2007”.

Tal y como está redactado, parece sugerir que la Orden estaría tipificando por sí misma unos supuestos (“lo dispuesto en la presente Orden”), cuya sanción deberá hallarse en las citadas Leyes. Es claro que la tipificación de infracciones “*ex novo*” no sería aceptable, por cuanto, conforme con la jurisprudencia constitucional y al artículo 129.3 LPAC, el reglamento puede introducir especificaciones al cuadro de infracciones previamente establecido en las leyes (en nuestro caso, en las leyes citadas), lo que es algo distinto a la tipificación “*ex novo*” de las mismas.

Por ello, resulta más correcto que el proyectado artículo 9 disponga que el incumplimiento de las obligaciones establecidas en la presente Orden se sancionará, en su caso, de acuerdo con el régimen de infracciones establecido en las citadas leyes o expresión análoga.

Por otra parte, debe añadirse que, examinado el régimen sancionador previsto en la Ley 2/2007, se observa que, en general, contiene una previsión de conductas infractoras en la materia normativa, cuya especificación viene a completar el Proyecto de Orden. Así, se considera infracción por aquella Ley la indebida cumplimentación del Libro de Explotación Acuícola (artículos 120.4 y 121.12), o la falta de presentación de la documentación o información que deba ser suministrada (artículo 120.1), por citar algunas.

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

### **CONCLUSIONES**

**PRIMERA.-** El Consejero de Agricultura y Agua ostenta habilitación reglamentaria para desarrollar el Libro de Explotación Acuícola, conforme a lo previsto en el artículo 77.3 de la Ley 2/2007.

Distinto parecer suscita la regulación de los supuestos sujetos a autorización y comunicación (artículo 8 del Proyecto de Orden), pudiendo optarse por la Consejería consultante por las soluciones indicadas en la Consideración Cuarta, I.

**SEGUNDA**.- En el procedimiento de elaboración (Consideración Segunda, I), no consta la participación de las Consejerías competentes en materia de sanidad y medio ambiente, cuyos datos se reflejan en el Libro de Explotación Acuícola.

En el aspecto documental, no consta el informe jurídico de la Vicesecretaría, ni la justificación de que la regulación no supone un incremento del gasto.

**TERCERA**.- Además, se considera observación de carácter esencial la realizada a la Disposición final primera, sobre la habilitación al titular del centro directivo para su desarrollo (Consideración Cuarta, II).

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

No obstante, V.E. resolverá.



---

**DICTAMEN 24/2010**

**Asunto** Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hijo, debida a accidente escolar.

**Consultante** Consejero de Educación, Formación y Empleo

**Fecha** 03/02/2010

**Extracto de Doctrina**

Nota: igual doctrina que la expresada en el Dictamen 5/2010.



**DICTAMEN 25/2010**

**Asunto** Proyecto de Decreto por el que se aprueban las reglamentaciones específicas de los libros genealógicos de las siguientes razas autóctonas españolas en peligro de extinción: raza porcina chato murciano, raza bovina murciano levantina y raza aviar gallina murciana.

**Consultante** Consejero de Agricultura y Agua (2004)

**Fecha** 08/02/2010

**Extracto de Doctrina**

El concepto de legislación básica del Estado que se acoge en este Dictamen (también en otros, como el 155/2002 y el 158/2008) es de carácter material, pues no atiende tanto al rango formal de la disposición objeto de desarrollo, que no es legal sino reglamentario, cuanto a su contenido, que sitúa al reglamento básico como norma cabecera del ordenamiento jurídico nacional en la materia regulada, en ausencia de una Ley formal. Adviértase que el núcleo normativo del RDPN, como indica su Disposición final primera, tiene su origen en distintas Directivas comunitarias, pues viene a sustituir a las numerosas y dispersas disposiciones estatales que las incorporaron al Derecho español. Todo lo cual justifica que, atendida la posición en el ordenamiento de la norma objeto de desarrollo, se efectúe una interpretación extensiva del referido artículo 12.5 LCJ, dada la identidad de razón del supuesto con el que literalmente aparece recogido en aquél, y se afirme la preceptividad de este Dictamen.

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** En fecha indeterminada, la Dirección General de Ganadería y Pesca elabora un primer borrador de Orden de la Consejería de Agricultura y Agua, por la que se aprueban las reglamentaciones específicas de los libros genealógicos de las siguientes razas autóctonas españolas en peligro de extinción: raza porcina chato murciano, raza bovina murciano levantina y raza aviar gallina murciana.

**SEGUNDO.-** El texto es remitido a las siguientes entidades y organizaciones agrarias: x, y, z, y Asociación x. Asimismo, se da traslado al Instituto Murciano de Investigación y Desarrollo Alimentario (IMIDA) y a la Subdirección General de Conservación de Recursos y Alimentación Animal del Ministerio de Medio Ambiente, Rural y Marino.

A todos ellos se les indica la posibilidad de formular propuestas y sugerencias al texto. No consta en el expediente remitido al Consejo Jurídico que se formulara alguna.

**TERCERO.-** Con fecha 11 de febrero de 2009, el Servicio de Producción Animal de la Dirección General proponente emite informe sobre la oportunidad de dictar la disposición proyectada, que tiene su fundamento en la Estrategia Española de Conservación y Uso Sostenible de la Diversidad Biológica, aprobada en diciembre de 1998, en aplicación del Convenio sobre la Diversidad Biológica de Río de Janeiro, de 5 de junio de 2002, ratificado por España, que a su vez determina la aprobación del Real Decreto 2129/2008, de 26 de diciembre, por el que se establece el Programa Nacional de Conservación, Mejora y Fomento de las Razas Ganaderas. En él se fijan las bases para establecer la reglamentación específica de los libros genealógicos y, en el Catálogo Oficial de Razas de Ganado de España que aprueba, se contienen las tres razas españolas autóctonas a las que se refiere el Proyecto.

Se afirma en el informe el interés genético, social, cultural, medioambiental y económico que supone la recuperación, conservación y fomento de estas razas autóctonas.

**CUARTO.-** El 23 de marzo se emite informe elaborado por una Asesora Jurídica de la misma Dirección General, que justifica la competencia autonómica para el desarrollo normativo del indicado Programa Nacional.

En la misma fecha se unen al expediente un informe sobre el impacto por razón de género del futuro Decreto y una "ficha-proyecto de disposición".

**QUINTO.-** De fecha 12 de junio es el informe del Servicio Jurídico de la Consejería impulsora del Proyecto, que formula observaciones de corte procedimental y de técnica normativa, así como sugerencias de redacción, sin que consten advertencias de ilegalidad.

**SEXTO.-** El 22 de junio, el titular de la Dirección General de Ganadería y Pesca propone la aprobación del Proyecto como Decreto de Consejo de Gobierno. Consta en el expediente, a continuación de la propuesta (folios 40 y siguientes), una nueva versión del texto (la segunda).

**SÉPTIMO.-** Recabado el preceptivo informe de la Dirección de los Servicios Jurídicos, se emite el 31 de julio con relevantes observaciones sobre la tramitación del procedimiento de elaboración reglamentaria y diversas sugerencias y consideraciones de orden material y sobre el contenido, si bien no constan observaciones de legalidad.

**OCTAVO.-** Como consecuencia de las observaciones efectuadas por la Dirección de los Servicios Jurídicos, se incorporan al expediente los siguientes documentos y trámites:

a) Nueva propuesta formulada por el titular de la Dirección General de Ganadería y Pesca al Consejero de Agricultura y Agua de elevación del Proyecto al Consejo de Gobierno para su aprobación como Decreto.

b) Memoria de necesidad y oportunidad de la futura disposición, según la cual “los libros genealógicos resultan ser una herramienta fundamental e indispensable para la conservación de las razas, ya que garantizan que las poblaciones sean genuinas, estableciendo criterios que definen a la raza en cuestión, fijando parámetros objetivos de valoración de los ejemplares respecto a un estándar racial y reflejando las características concretas de los ejemplares”, constituyendo además la inscripción en los registros que componen los indicados libros genealógicos, un requisito para poder ser beneficiario de las subvenciones destinadas al fomento de las razas autóctonas.

c) Informe económico, según el cual las previsiones del Proyecto no suponen ningún compromiso de carácter económico ya que el registro del libro genealógico será atendido con personal y medios ya existentes, al tiempo que las sesiones de la comisión gestora del programa de conservación de la raza, prevista en el artículo 8 de la futura disposición, no tendrán carácter retribuido.

d) Nuevo informe sobre el impacto por razón de género.

En tal estado de tramitación y tras incorporar los preceptivos extracto de secretaría, índice de documentos y copia autorizada del Proyecto de Decreto, se remitió el expediente en solicitud de Dictamen, mediante escrito recibido en el Consejo Jurídico el pasado 27 de octubre de 2009.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

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

El Dictamen se solicita con carácter preceptivo al amparo de lo dispuesto en el artículo 12.5 (no 12.9, como por error consta en el escrito de solicitud) de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del



Consejo Jurídico de la Región de Murcia (LCJ), que lo exige 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.

Debe recordarse que, como ya se indicaba en la Memoria de este Órgano Consultivo del año 2000 y se ha reiterado en diversos Dictámenes emitidos con posterioridad, la inclusión de los proyectos de reglamentos en el citado artículo viene condicionada, esencialmente, a que vayan dirigidos a desarrollar una Ley de la Asamblea Regional o la legislación básica del Estado, situándonos así en la categoría de los reglamentos ejecutivos, de desarrollo o de aplicación de ley. El Tribunal Supremo ha indicado respecto de estos reglamentos que son complemento indispensable de la norma que desarrollan, caracterizándose por el hecho de que la posibilidad de ejercer la potestad reglamentaria de la Administración viene concedida por la ley formal, dirigiéndose la intervención del órgano consultivo a velar por la observancia del principio de legalidad y del ordenamiento jurídico, revistiendo por tanto un carácter esencial que aconseja tender a una interpretación no restrictiva del término ejecución de ley, máxime cuando la omisión de la consulta, caso de ser preceptiva, determina la nulidad de pleno derecho de la disposición.

En el Proyecto sometido a consulta concurren las notas que lo caracterizan como reglamento ejecutivo de la legislación básica estatal, dado que el objeto de la norma proyectada es establecer las reglamentaciones específicas de los libros genealógicos de tres razas autóctonas españolas, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 4 y 5 y en el Capítulo II, sección 4ª, del Real Decreto 2129/2008, de 26 de diciembre, por el que se establece el Programa Nacional de conservación, mejora y fomento de las razas ganaderas (RDPN), cuyo carácter básico es proclamado por su Disposición final cuarta.

Ha de destacarse que el concepto de legislación básica del Estado que se acoge en este Dictamen (también en otros, como el 155/2002 y el 158/2008) es de carácter material, pues no atiende tanto al rango formal de la disposición objeto de desarrollo, que no es legal sino reglamentario, cuanto a su contenido, que sitúa al reglamento básico como norma cabecera del ordenamiento jurídico nacional en la materia regulada, en ausencia de una Ley formal. Adviértase que el núcleo normativo del RDPN, como indica su Disposición final primera, tiene su origen en distintas Directivas comunitarias, pues viene a sustituir a las numerosas y dispersas disposiciones estatales que las incorporaron al Derecho español. Todo lo cual justifica que, atendida la posición en el ordenamiento de la norma objeto de desarrollo, se efectúe una interpretación extensiva del referido artículo 12.5 LCJ, dada la identidad de razón del supuesto con el que literalmente aparece recogido en aquél, y se afirme la preceptividad de este Dictamen.

**SEGUNDA.- Competencia material y habilitación reglamentaria.**

La materia objeto de la norma que se pretende aprobar es la ganadería, sobre la que la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia ostenta competencia exclusiva a tenor de lo establecido en el artículo 10.Uno.6 EAMU, aunque supeditada en su ejercicio a la ordenación general de la economía, circunstancia reconocida entre otras por la STC 14/1989, en su Fundamento Jurídico 3, que fue ampliamente analizada por el Consejo Jurídico en el Dictamen 137/2007 y a cuyas consideraciones sobre los límites y contenido de la competencia autonómica en la materia cabe remitirse.

Con base en la competencia que el artículo 149.1.13ª de la Constitución reconoce al Estado sobre bases y ordenación general de la economía, se aprueba el RDPN, como pone de relieve el Consejo de Estado al analizar su Proyecto, en el Dictamen 120/2008, al afirmar que *“se trata de regular una herencia cultural colectiva con inequívocos perfiles de trascendencia económica general, lo que indudablemente debe tener amparo en el artículo 149.1.13ª de la Constitución”*.

En cualquier caso, y de conformidad con su Exposición de Motivos, el indicado Reglamento descentraliza determinadas actuaciones zootécnicas de carácter ejecutivo, refuerza la coordinación por parte del Ministerio competente y establece criterios que garanticen la homogeneidad necesaria para la aplicación uniforme y estandarizada del Programa Nacional. A tal fin, fija la regulación básica de la normativa zootécnica de los animales de raza (art. 1 y Disposición final cuarta), siendo las Comunidades Autónomas las autoridades competentes para la aplicación y el desarrollo normativo de todas las líneas englobadas en el Programa Nacional, en sus respectivos ámbitos de competencia. Tales “líneas” son fijadas por el artículo 5 RDPN, constando entre ellas las siguientes: reconocimiento de asociaciones de criadores de animales de razas ganaderas, aprobación de los programas de mejora y reglamentaciones específicas de libros genealógicos y de sus modificaciones.

El concepto de “libro genealógico” es definido en el artículo 2 del referido reglamento estatal como *“cualquier libro, fichero, registro o sistema informático gestionado por una asociación de ganaderos reconocida oficialmente o un servicio oficial, en el que se inscriban o registren animales de una raza determinada, haciendo mención de sus ascendientes”*. La parte expositiva del Real Decreto de constante referencia afirma que estos libros son una parte importante de la conservación y mejora de las razas ganaderas, lo que lleva a la normativa española y europea a configurarlos como herramientas de indudable interés general, en especial en lo que se refiere a

las razas en peligro de extinción, en el ejercicio de una actividad que persigue la preservación del patrimonio genético animal, más allá del mero registro de los datos de los animales. De ahí que las Administraciones Públicas tengan reconocida una labor de control de los libros, que se plasma en la necesidad de un reconocimiento oficial para su creación o gestión, en la supervisión de su funcionamiento y en la posibilidad de revocar el reconocimiento oficial.

Afirmada la competencia de las Comunidades Autónomas para aprobar las reglamentaciones específicas de los libros genealógicos, no precisa el reglamento estatal a cuál de ellas en concreto corresponde ejercitar dicha competencia, no siendo esta determinación fácil de alcanzar toda vez que las áreas geográficas de presencia de las razas no siempre se corresponden con los límites administrativos y el territorio de las Comunidades Autónomas. El RDPN establece un criterio para efectuar esa concreción, si bien no para aprobar las reglamentaciones de los libros genealógicos, sino para una actuación previa, como es el reconocimiento oficial de las entidades encargadas de su creación y gestión: las asociaciones de criadores de animales de razas ganaderas. Y es que, en el sistema dibujado por la norma básica, son estas entidades las que deben formular a la Administración la propuesta de reglamentación específica del libro (art. 8, letra f RDPN), por lo que la concreción de la Administración competente para su reconocimiento, como acto previo y originario al proceso que lleva a la creación del libro genealógico, permite entender que esa misma Administración será la competente para las subsiguientes actuaciones de aquél, entre ellas la aprobación de las reglamentaciones específicas.

En este sentido, el artículo 9.1 RDPN establece que la autoridad competente para el reconocimiento de las asociaciones de criadores para la creación o gestión de los libros genealógicos es el Ministerio del ramo, cuando la asociación sea de ámbito nacional y se refiera a una raza cuyo censo de animales esté distribuido en, al menos, tres Comunidades Autónomas, siempre que el censo en la Comunidad Autónoma predominante no exceda del 60% del total de reproductoras; en el resto de los casos, será competente la Comunidad Autónoma en que radique el mayor censo de animales.

En el supuesto sometido a consulta, sin embargo, no se ha acreditado en el expediente que el mayor censo de animales de cada una de las razas contempladas en el Proyecto radique en el territorio de la Comunidad Autónoma, ni la ausencia de las circunstancias que determinan la atribución de la competencia al Ministerio y no a la Administración regional, siendo ésta una determinación esencial en cuanto que de ella hace depender la norma básica la habilitación para el reconocimiento oficial de las asociaciones de criadores y, por extensión, para la aprobación de las reglamentaciones específicas, cuya propuesta les corresponde.

Tampoco constan en el expediente las correspondientes propuestas de reglamentación específica por parte de las respectivas asociaciones ganaderas (Asociación de Criadores para la Conservación y Recuperación del Chato Murciano, ACHAMUR; Asociación para la recuperación de la raza de vaca murciano-levantina, COREMUR; y Asociación Gallina Murciana), como tampoco su reconocimiento oficial como asociaciones de criadores de animales de razas ganaderas para la creación o gestión de los libros genealógicos de cada una de las razas, pues su intervención en el procedimiento de elaboración de la norma parece haberse limitado a su consulta en trámite de audiencia.

No obstante, y a pesar de lo que expresamente indican tanto el título de la disposición proyectada como su parte expositiva y su artículo 1 (“objeto”), podría pensarse que quizás aquella no pretende tanto aprobar las reglamentaciones específicas de los libros genealógicos de las tres razas a que se refiere, cuanto establecer la normativa y los criterios a que habrán de sujetarse las reglamentaciones específicas de cada libro genealógico para poder ser aprobadas. Pero, aun contemplado el Proyecto desde esta perspectiva -que permitiría incorporar una en apariencia necesaria regulación relativa a los criterios y el procedimiento aplicables al reconocimiento de las asociaciones de criadores-, y dado que se refiere expresamente a tres razas concretas, seguiría siendo necesario acreditar que el censo mayoritario de ejemplares de tales razas se ubica en la Comunidad Autónoma y que no se dan las circunstancias del artículo 9.1, letra a) RDPN, para poder afirmar la competencia de aquella en su regulación.

De conformidad con las consideraciones expuestas, la aplicación y eficacia de la normativa básica depende del desarrollo que las Comunidades Autónomas, en ejercicio de sus respectivas competencias estatutarias y de la genérica habilitación normativa efectuada por el artículo 4.1 RDPN, realicen de ella, complementando sus previsiones mediante la aprobación de las normas que habrán de regir las reglamentaciones específicas de los libros genealógicos de cada raza, cuya aprobación también les corresponde. No obstante, para poder afirmar que la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia ostenta dicha competencia respecto de las reglamentaciones objeto de regulación en el Proyecto, es necesario que, como trámite previo a la aprobación del Proyecto por el Consejo de Gobierno, se acrediten los extremos indicados en la presente consideración.

El ejercicio de la potestad normativa corresponde al Consejo de Gobierno, en virtud de lo establecido en los artículos 32.1 EAMU y 21.1, 22.12 y 52.1 de la Ley 6/2004, 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, una vez realizados los trámites e incorporados los documentos cuya omisión puso de manifiesto la Dirección de los Servicios Jurídicos, la tramitación seguida para la elaboración del Proyecto sometido a consulta se adecua a las normas que sobre el ejercicio de la potestad reglamentaria establece el artículo 53 de la Ley 6/2004, si bien han de formularse las siguientes observaciones:

a) La denominada “memoria económica” se limita a efectuar una declaración de ausencia de gasto con incidencia presupuestaria, insuficiente para entender cumplido el requisito legalmente exigido de incorporar al expediente de elaboración normativa un estudio económico de la disposición. Como reiteradamente ha puesto de manifiesto el Consejo Jurídico, el estudio económico no debe limitarse a declarar la inexistencia de mayor gasto, sino que ha de analizar si existe un coste derivado de la implantación de los nuevos servicios y su financiación, pues su finalidad es ilustrar sobre las consecuencias económicas de la norma, permitiendo deducir el alcance del Proyecto con relación al principio de eficacia que informa con carácter esencial toda la actuación administrativa (art. 103.3 CE), además de ser pauta de referencia para contrastar la eficiente asignación del gasto público que el artículo 31 CE demanda.

A lo anterior cabe añadir lo inadecuado que resulta que dicha Memoria se evacue por la Jefa del Servicio de Producción Animal, entre cuyas funciones no figura la de gestión presupuestaria.

b) Comoquiera que el Proyecto crea registros (fundacional, auxiliar y de méritos), que el artículo 18 RDPN permite, “*salvo en los supuestos en que, de conformidad con la normativa internacional no sea posible*”, la memoria de oportunidad y necesidad de la norma, que debe incluir la motivación técnica y jurídica de las concretas determinaciones normativas propuestas, debe dejar constancia de si se ha realizado dicho estudio y manifestar de forma expresa, si así procede, la no imposibilidad de creación de los mismos por la normativa internacional.

**CUARTA.- Observaciones de carácter particular al texto.**

1. A la parte expositiva.

a) Debería excluirse de la fórmula promulgatoria para ubicarlo en un párrafo independiente y previo a aquélla la referencia a la consulta al sector, por así establecerlo la Directriz número 13 de las de Técnica Normativa, aprobadas por el Consejo de Ministros de 22 de julio de 2005.

b) De conformidad con lo indicado en el artículo 2.5 LCJ, la fórmula legal para expresar que el futuro Decreto se aprueba conforme al presente Dictamen es “de acuerdo *con* el Consejo Jurídico”, no “de acuerdo el Consejo Jurídico”.

## 2. Al articulado.

### - Artículo 2. Ámbito de aplicación.

Como ya se ha dicho, las áreas geográficas de presencia o expansión de los animales pueden no coincidir con los límites geográficos de la Comunidad Autónoma, y es posible que existan animales de las razas objeto de regulación que se encuentren en zonas limítrofes a la Región de Murcia pero fuera de sus confines territoriales.

Esta circunstancia, que no ha merecido consideración alguna durante la tramitación del expediente, es quizás la que subyace en el artículo 2 del Proyecto, en orden a extender la aplicación de las reglamentaciones técnicas a todas las áreas en las que existan animales de la correspondiente raza, con independencia de su localización. No obstante, considera el Consejo Jurídico que el criterio determinante en la aplicación del futuro Decreto no es el territorio, sino uno material y “subjetivo”, como es la existencia de animales de una determinada raza cuyos titulares pretenden incorporar al libro genealógico de la misma, independientemente de la localización física de aquéllos o de las explotaciones ganaderas en las que se encuentren, pues lo que se pretende es preservar la pureza de las razas autóctonas, conforme a las normas que dicten los poderes territoriales a los que la norma básica atribuye tal competencia, en función de la presencia preponderante de animales en una de ellas.

No se trata, entonces, de extender el ámbito de aplicación de la norma a territorios de otras Comunidades Autónomas, incurriendo en una evidente extraterritorialidad contraria al artículo 15.1 EAMU, sino de aplicar unas normas homogéneas a libros genealógicos creados y gestionados en la Región de Murcia, a los cuales pueden solicitar su incorporación voluntaria los titulares de animales de la raza (art. 6.1, g del Proyecto) con independencia de su ubicación (art. 11, h RDPN).

En consecuencia, siendo cierto que la futura norma puede producir efectos fuera de la Comunidad Autónoma, ello no debe confundirse con el establecimiento de un ámbito de aplicación que no atienda al territorio de la Comunidad Autónoma como límite de la competencia que justifica aquella norma. En palabras del Tribunal Constitucional, *“En nuestra doctrina venimos distinguiendo entre el ejercicio de las competencias autonómicas, que debe limitarse, como regla general, al ámbito territorial correspondiente, y los efectos del ejercicio de dichas competencias, los cuales pueden manifestarse fuera de dicho ámbito. Así, hemos declarado que esta limitación territorial de la eficacia de normas y actos no puede significar, en modo alguno, que le esté vedado por ello a esos órganos, en uso de sus competencias propias, adoptar decisiones que puedan producir consecuencias de hecho en otros lugares del territorio nacional. La unidad política, jurídica, económica y social de España impide su división en compartimentos estancos y, en consecuencia, la privación a las Comunidades Autónomas de la posibilidad de actuar cuando sus actos pudieran originar consecuencias más allá de sus límites territoriales equivaldría necesariamente a privarlas, pura y simplemente de toda capacidad de actuación ( STC 37/1981, F. 1)”* (STC 126/2002 de 23 mayo).

Procede, en consecuencia, sustituir el criterio utilizado, que parece extender las competencias de la Comunidad Autónoma más allá de los confines de su territorio, por otro de corte estrictamente material, referido a todas las solicitudes de incorporación a los libros genealógicos de la correspondiente raza y a las inscripciones en los mismos.

- Artículo 5. Estructura del libro genealógico.

Si bien el precepto se ajusta a la estructura de Registros diseñada por el artículo 18 RDPN, debe incorporar también la agrupación de aquéllos en secciones, conformando una Principal, integrada por el Registro de Nacimientos y el Registro Definitivo, y una Sección Aneja, con los demás registros que se crean (Fundacional, Auxiliar y de Méritos). La división del libro en Secciones es, además, relevante, dado que el reglamento básico alude a ellas en diversos preceptos a la hora de establecer los requisitos para la inscripción, singularmente en la Sección Principal.

- Artículo 6. Inscripción de los animales en el libro genealógico.

a) Se recogen en este artículo los requisitos para incorporar los animales a los registros que componen el libro genealógico. Se advierte que los referidos a las explotaciones de procedencia (apartado 1, letras b, c y d) y a la identificación de los animales (apartado 1, letra f) ya vienen impuestos en buena medida por la norma estatal (artículos 15 y 17, respectivamente), por lo que el

Proyecto debería dejar constancia expresa del origen y consiguiente carácter básico de dichas prescripciones.

b) En relación con la exigencia de aprobación por la Dirección General competente de la identificación de los animales, quizás debería precisarse si se refiere a la identificación individual de cada ejemplar o al sistema (crotales, tatuajes, medios electrónicos, etc.) que ha de aplicarse para dicha labor en cada raza.

c) En el apartado 2, debe sustituirse la expresión “*en alguno de los distintos registros*”, por la más precisa “en el libro genealógico de la misma raza” que utiliza la norma básica. Además, dicha exigencia no sólo ha de predicarse de ambos progenitores, sino también de los abuelos del animal cuya inscripción se pretenda en el Registro de Nacimientos, por así exigirlo el artículo 19.2, letra a) RDPN.

En relación con dicha consideración, ha de advertirse que el Proyecto puede establecer requisitos adicionales para la inscripción en el Registro de nacimientos (así se desprende del artículo 18.1 RDPN), pero no puede suprimir u obviar los exigidos por la norma básica. Por ello, o bien en el artículo 6 del Proyecto se incorporan todos los establecidos en el artículo 19 del Real Decreto de constante referencia (en la redacción actual se omite la declaración de nacimiento y la exigencia de tener establecida una filiación), o bien se salvaguardan tales requisitos básicos mediante la fórmula “sin perjuicio de los requisitos exigidos en el artículo 19 del Real Decreto...” o similar.

Esta observación se hace extensiva a otros Registros como el auxiliar (apartado 3), que omite diversos requisitos necesarios para la inscripción establecidos en los artículos 18.2, letra b) y 19.3 RDPN.

- Artículo 7. Control de la fiabilidad de filiación.

Dispone el Proyecto que las medidas de garantía del control de filiación deberán quedar establecidas “*en el momento en que el número de ejemplares de la raza inscritos en el libro permita la realización de los estudios de caracterización genética*”.

Ante la ausencia de una mínima justificación en el expediente de esta indeterminada previsión, considera el Consejo Jurídico que el precepto resulta absolutamente insuficiente para cumplir con las exigencias de contenido que a las reglamentaciones específicas de los libros



genealógicos impone el artículo 16 RDPN, en cuya virtud, constituye contenido mínimo de tales reglamentaciones “e) *medidas establecidas para garantizar la fiabilidad de la filiación o control de parentesco*”.

En coherencia con esta exigencia, que deriva de la finalidad misma de una norma dirigida a la conservación del patrimonio genético de cada raza y a la pureza de la misma como manifestación de la Biodiversidad, no puede concebirse el sistema que estatuye sin un control de la fiabilidad de la filiación, que garantice el parentesco de los animales, condición ésta que se eleva a requisito para la inscripción en el libro (art. 19.2, letra d) RDPN). Y la norma que ha de establecer los instrumentos o medios de garantizar esa filiación no es otra que las reglamentaciones específicas de cada raza, como vuelve a indicar el artículo 20.1 RDPN, reiterando la exigencia del ya citado artículo 16, al señalar que son dichas reglamentaciones las que han de determinar los mecanismos de control de filiación para garantizar las genealogías de los animales inscritos en los libros genealógicos, por el análisis de los marcadores genéticos o en su caso mediante otros medios o mecanismos válidos y reconocidos internacionalmente, acordes con las indicaciones del Centro Nacional de Referencia de Genética Animal.

Debe incorporarse al Proyecto, en consecuencia, la previsión de las aludidas medidas de garantía de la fiabilidad de la filiación.

- Artículo 8.- Comisión gestora del programa de conservación de la raza.

a) La regulación de este órgano no es propia de las reglamentaciones específicas de los libros genealógicos, pues no se contempla entre los contenidos de aquéllas enumerados por el artículo 16 RDPN, sino de los programas de mejora (ya sean de selección o de conservación), como dispone el artículo 21.2, letra h) del reglamento básico.

Aunque ambos conceptos (programa de conservación y libro genealógico) presentan aspectos comunes (son gestionados por las asociaciones de criadores oficialmente reconocidas y comparten el fin de conservación de la raza) tienen diferentes alcance y naturaleza, pues mientras el libro genealógico es un instrumento de registro, el programa constituye todo un conjunto de actuaciones sistematizadas y orientadas a la conservación, mejora y/o fomento de una raza, evitando su extinción o mejorando sus censos. En la norma básica, la Comisión gestora tiene asignada la tarea de facilitar la coordinación y seguimiento del programa.

Las diferencias entre programa de conservación y libro genealógico aconsejarían separar la regulación de uno y otro en orden a evitar confusiones. No obstante, en el Proyecto, la Comisión

gestora del programa será a su vez la encargada de llevar el libro genealógico (apartado 2, letras b, c, e, f y g), lo que fundamenta su incorporación al futuro Decreto. Por ello, esta circunstancia debería ser la primera que reflejara el artículo 8 del Proyecto en su apartado 1, sin perjuicio de establecer después las diversas funciones que se le atribuyen en el ejercicio de esa labor.

b) Comoquiera que la llevanza del libro genealógico corresponde por la norma básica a las asociaciones de criadores oficialmente reconocidas, para que sea admisible la atribución de esta función a la Comisión gestora del programa de conservación, ésta deberá ser plenamente identificable con aquella asociación, de la que habrán de extraerse todos sus miembros o, al menos, singularmente en el caso del técnico veterinario, ser designados por aquélla.

c) El último párrafo del artículo debe concretar qué funciones han de ser necesariamente desarrolladas por la Comisión, por constituir el núcleo esencial de decisión que puede influir en la consecución de las finalidades a que se destina el libro genealógico y que permiten considerar que la llevanza del libro se realiza, efectivamente, por la asociación de criadores a través de la Comisión gestora. Entre ellas deberían incluirse, al menos, las consignadas con las letras a), b), e), f) y g), además de la resolución de reclamaciones.

3. A la parte final.

- Disposición adicional.

Como es bien sabido, la supletoriedad del derecho estatal respecto del autonómico es establecida con carácter general en el artículo 149.3 CE, y en cuanto al Derecho emanado de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, en el artículo 15.4 EAMU.

La Memoria de este Consejo Jurídico correspondiente al año 1999 realiza una síntesis de la doctrina constitucional sobre la cláusula de supletoriedad del derecho estatal y sus efectos sobre el ordenamiento regional, precisando, en lo que aquí interesa, que tal suplencia ha de examinarse siempre en relación con el sistema de distribución de competencias, de forma que, *“si el Estado tiene un título competencial que le legitima para aprobar la Ley, ésta se encontrará válidamente inserta en el ordenamiento jurídico y, por tanto, será derecho estatal válido que podrá ser de aplicación supletoria en las Comunidades Autónomas que lo necesiten”*, no dependiendo su aplicación supletoria de que así se prevea expresamente en el articulado de la Ley estatal.

Del mismo modo, es doctrina del Consejo de Estado que *“la supletoriedad del derecho estatal no depende de que los ordenamientos autonómicos lo llamen como tal derecho supletorio. Antes al contrario, la supletoriedad del derecho estatal viene establecida por el artículo 149.3, in fine, y, por ello, se impone a los ordenamientos autonómicos. A éstos no les es dable disponer de la supletoriedad de la legislación estatal”* (Dictamen 680/2004, de 27 de mayo). En consecuencia, considera el Alto Órgano Consultivo que todas aquellas normas autonómicas que pretendan definir las relaciones entre el derecho estatal y el propio no son acordes al ordenamiento.

En aplicación de esta doctrina, debe suprimirse la disposición adicional que pretende establecer de forma genérica y sin mayores precisiones, la aplicación supletoria del RDPN.

- Disposición final.

No se advierten en el expediente razones de urgencia que justifiquen la inmediata entrada en vigor del futuro reglamento, con olvido de la *vacatio legis* general de veinte días, establecida con carácter general por el artículo 2.1 del Código Civil y 52.5 de la Ley 6/2004.

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

### **CONCLUSIONES**

**PRIMERA.-** La determinación de si la Comunidad Autónoma cuenta con competencia suficiente para dictar el Decreto cuyo Proyecto ha sido sometido a consulta, precisa de la previa comprobación de los extremos indicados en la Consideración Segunda de este Dictamen. Esta observación cabe calificarla de esencial.

**SEGUNDA.-** Tienen carácter esencial, asimismo, las observaciones efectuadas a los artículos 2, 5, 6 (en relación con los requisitos de la inscripción en los diferentes registros) y 7.

**TERCERA.-** El resto de las observaciones, de incorporarse al texto, lo mejorarían técnicamente y facilitarían su inserción en el ordenamiento.

No obstante, V.E. resolverá.



## DICTAMEN 26/2010

<b>Asunto</b>	Responsabilidad patrimonial instada por x, en relación con el expediente sancionador tramitado por el Servicio de Registros Especiales y Espectáculos Públicos.
<b>Consultante</b>	Consejera de Presidencia y Administración Pública
<b>Fecha</b>	08/02/2010

### Extracto de Doctrina

El instituto de la responsabilidad patrimonial no puede ni debe utilizarse como instrumento para neutralizar los efectos de una resolución administrativa firme que no consta que haya sido recurrida en vía judicial.

### ANTECEDENTES

**PRIMERO.-** Con fecha 2 de marzo de 2009, x. presenta escrito mediante el que solicita indemnización por los presuntos daños sufridos como consecuencia del expediente sancionador núm. 413/2006, que finalizó mediante Resolución de la Secretaria General de la Consejería de Presidencia fechada el 19 de febrero de 2007, por la que se le imponía una sanción consistente en 6.000 euros.

Según el reclamante los hechos se produjeron del siguiente modo:

- El expediente sancionador se incoó con base en una denuncia de la Policía Local de Lorca en la que se hacía constar que el día 15 de abril de 2006 el reclamante mantenía abierto al público un local de su titularidad sin contar con la correspondiente licencia municipal de apertura.

- Dicha denuncia, que fue trasladada por la Policía Local al Juzgado, originó también la apertura de un procedimiento penal seguido ante el Juzgado de Instrucción núm. 2 de Lorca, Diligencias Previas de Procedimiento Abreviado núm. 10026/2008, en las que se le imputaba un presunto delito de desobediencia.

- Aunque el artículo 7.2 del Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, mediante el que se aprueba el Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora, obligaba al órgano administrativo a suspender el procedimiento sancionador hasta que no se culminase el

procedimiento penal, aquél continuó con la tramitación del expediente hasta finalizar con la imposición de la sanción antes descrita.

- Mediante Auto de 12 de noviembre de 2008 se acuerda el sobreseimiento provisional y el archivo de las actuaciones penales antes indicadas. En el citado Auto se pone de manifiesto que no había quedado demostrado que el reclamante llevase a cabo la rotura del precinto, ni que hubiese procedido a la apertura del local al público.

- La falta de prueba de los hechos que se le imputaban en la vía penal (que guardan identidad de sujeto, de hecho y de fundamento con los que sirvieron de base para la incoación del procedimiento sancionador), evidencia que los hechos sobre los que se basa el expediente administrativo sancionador no se produjeron.

- En virtud del principio constitucional del *non bis in idem* el Auto antes citado que, en la práctica jurídica equivale a una sentencia de libre absolución, deja sentados que los hechos sobre los que se apoyaban ambos procedimientos, el penal y el administrativo, no son ciertos y, por tanto, la sanción que se le ha impuesto es nula.

- Continúa afirmando el reclamante que *“si hay condena penal no podrá haber ya sanción administrativa; y si no hay condena penal, sí cabe una posterior sanción administrativa, pero la Administración queda vinculada por el relato fáctico derivado del proceso penal, tal y como se recoge en el artículo 7.3 del Real Decreto 1398/1993, por lo que en base a los hechos acaecidos y que anteriormente hemos puesto de manifiesto el órgano instructor debió, en primer lugar suspender la tramitación del expediente sancionador hasta tanto en cuanto no recayere resolución penal, y segundo, en base al Auto de sobreseimiento de las actuaciones, debió exculparme de los hechos que me eran imputados, acatando así la base fáctica de la resolución penal”*.

Finaliza afirmando que con la sanción impuesta la Administración le ha producido un daño generador de responsabilidad patrimonial, por el que solicita una indemnización de 7.514 euros, importe de la sanción más los recargos que se generaron al no poder abonarla en vía voluntaria.

El reclamante acompaña a su reclamación los siguientes documentos:

1. De ingreso en expediente ejecutivo, de fecha 28 de abril de 2008.

2. Acta de inspección y denuncia administrativa de la Policía Local de Lorca de 15 de abril de 2006.

3. Informe de la Policía Local de Lorca de 19 de noviembre de 2007, relativo a la orden de clausura por parte del Servicio de Registros Especiales y Espectáculos Públicos del local denominado “—”.

4. Resolución de la Secretaría General de la Consejería de Presidencia de 19 de febrero de 2007 en expediente sancionador núm. 413/2006.

5. Auto del Juzgado de Instrucción núm. 2 de Lorca de 12 de noviembre de 2008, emitido en diligencias previas del procedimiento abreviado núm. 10026/2008.

6. Informe del Ministerio Fiscal de 30 de septiembre de 2008 en el que se interesa el sobreseimiento provisional de las actuaciones en el procedimiento abreviado antes citado.

**SEGUNDO.-** Mediante comunicación interior fechada el 25 de marzo de 2009 la Jefa del Servicio Jurídico de la Consejería consultante solicita al Servicio de Registros Especiales y Espectáculos Públicos, la remisión de un informe sobre los hechos en los que se basa la reclamación.

El requerimiento es cumplimentado con fecha 30 de marzo de 2009 mediante informe emitido por el citado Servicio en el que se señala lo siguiente:

*“1º) La infracción por la que se incoa expediente sancionador de Espectáculos Públicos es por carecer de licencia de apertura, tipificada en el art. 23 e) de la Ley Orgánica 1/1992, de Seguridad Ciudadana, desconociéndose la existencia de procedimiento y contenido de actuaciones penales.*

*2º) A lo largo de todo el expediente sancionador el interesado no ha manifestado nada, ni informado la existencia de un procedimiento penal en paralelo en la única alegación que realiza el 13/11/06.*

*3º) Un año después, 19/11/07, el interesado vuelve a manifestarse en contra del expediente mediante un Recurso Extraordinario de Revisión, habiendo dejado pasar el plazo para Recurso de*

*Alzada contra la Resolución Sancionadora. Tampoco informa el interesado sobre la existencia de proceso penal alguno.*

*4º) Con fecha 2/03/09, el interesado presenta la Reclamación de Responsabilidad Patrimonial de la Administración Pública en el que adjunta una copia de Auto del Juzgado de Instrucción nº 2 de Lorca por el que se acuerda el sobreseimiento provisional y archivo de actuaciones, las cuales este Servicio nunca ha conocido, hasta el día de la fecha de este escrito.*

*5º) El interesado presenta un escrito de agentes de la Policía Local de Lorca, de 19/11/07, por el que informan al Subinspector-Jefe de la Policía Local sobre una actuación informativa solicitada por el Servicio de Registros Especiales y Espectáculos Públicos, en relación a la ejecución de la sanción de la Resolución de 19/02/07, en la que se dice de la realización de una denuncia. Dicho escrito no ha sido trasladado a este Servicio, ni ha formado parte del expediente 413/06, hasta estos momentos.*

*6º) Este Servicio deja de tener la responsabilidad del expediente desde la notificación de la Propuesta de Resolución, la cual se produce con fecha 24/01/07, fecha en la cual se desconoce la citada denuncia en el Juzgado de Instrucción, produciéndose la notificación de la Resolución Sancionadora el 27/02/07, sin mayor conocimiento por parte del órgano competente de las actuaciones penales referidas. El teórico daño producido al interesado por pago de la sanción se produce en la fase de apremio, en la cual tampoco se conoce la existencia del procedimiento penal alegado.*

*7º) Como conclusión se puede informar que no es posible aceptar la solicitud del interesado ya que este Servicio no ha conocido el procedimiento penal hasta el 2/03/09 y, en la parte del procedimiento que le corresponde, ha actuado con el absoluto respeto a los procedimientos y garantías del interesado como lo demuestra el que se tomara en cuenta el escrito de alegaciones al acuerdo de inicio, que se presentó fuera de plazo, así como las diligencias informativas con el Ayuntamiento de Lorca, previas a la ejecución de la sanción, las cuales no eran obligatorias pero tendrían a la más escrupulosa prudencia de procedimiento, a fin de no producir un daño mayor del establecido por la propia sanción”.*

**TERCERO.-** Seguidamente por el Vicesecretario de la Consejería de Presidencia y Administraciones Públicas se notificó al interesado la apertura del trámite de audiencia, presentado éste escrito de alegaciones en el que, en síntesis, viene a manifestar lo siguiente:

1. Que al no tener conocimiento hasta el día 30 de junio de 2008 del procedimiento penal que paralelamente se estaba tramitando en el Juzgado de Instrucción núm. 2 de Lorca, no pudo ponerlo en conocimiento del órgano instructor; sin embargo entiende que éste debió deducirlo de la denuncia formulada por la Policía Local de Lorca, donde los agentes indican haber trasladado la denuncia al Juzgado.

2. Que del contenido del expediente se deduce claramente la irregular tramitación del expediente sancionador núm. 413/2006, así como la nulidad de la resolución, ya que fue dictada con conculcación de diversas normas reguladoras del procedimiento administrativo, tal como ha quedado demostrado en el procedimiento por responsabilidad patrimonial incoado a instancias del reclamante.

**CUARTO.-** Con fecha 24 de junio de 2009 la instrucción dicta propuesta de resolución desestimatoria al considerar que no existe relación causal entre la actuación de la Administración y el presunto daño alegado por la actora, sin que la lesión ocasionada al interesado por el pago de la multa impuesta por la Administración pueda considerarse antijurídica.

En tal estado de tramitación V.E. dispuso la remisión del expediente al Consejo Jurídico en solicitud de Dictamen, mediante escrito que tuvo entrada el día 3 de julio de 2009.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

#### **PRIMERA.- Sobre el carácter de este Dictamen.**

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

#### **SEGUNDA.- Procedimiento y legitimación.**

El procedimiento seguido se ha ajustado en términos generales a los trámites previstos en el artículo 6 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, se advierte que se ha omitido la correspondiente resolución que admita la reclamación y designe instructor, trámite que, a tenor de lo prevenido en el artículo 6.2 RRP, ha de anteponerse a cualquier otro.

La legitimación activa corresponde a quien sufre el perjuicio patrimonial que se imputa al funcionamiento de los servicios públicos. En definitiva, la legitimación para actuar deriva de la condición de perjudicado que, en el caso que nos ocupa, reside en el reclamante, x.

Es competente para conocer y resolver la presente reclamación por responsabilidad patrimonial de la Administración la Consejería de Presidencia y Administraciones Públicas, 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 del reclamante, el daño se habría producido por un deficiente funcionamiento de los servicios públicos integrados en el Servicio de Registros Especiales y Espectáculos Públicos dependiente de dicha Consejería.

### **TERCERA.- Plazo.**

Con arreglo a lo dispuesto en el artículo 142.5 LPAC, el derecho a reclamar prescribe al año de producido el hecho o el acto que motive la indemnización o de manifestarse su efecto lesivo. En otros términos, la acción para exigir la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública ha de ejercitarse en el plazo de un año a contar desde el hecho desencadenante de las consecuencias dañosas.

Para determinar la fecha inicial del cómputo del expresado plazo de prescripción la doctrina jurisprudencial mantiene que el principio general de la *actio nata* significa que el cálculo del plazo para ejercitar la acción sólo puede comenzar cuando ello es posible (Sentencias del Tribunal Supremo de 31 de julio de 1986, 15 de octubre de 1990, 9 de marzo de 1992 y 14 de junio de 1993, entre otras).

Pues bien, ni el reclamante en su escrito inicial ni el instructor en su propuesta de resolución se manifiestan respecto al momento en el que deba ubicarse el *dies a quo* del plazo para interponer la reclamación. Atendiendo al motivo esgrimido por el x. para fundamentar su pretensión indemnizatoria, es decir, la violación por parte de la Administración del principio constitucional *non*

*bis in idem*, que se concretaría en la prejudicialidad penal y la interdicción de la concurrencia de sanciones penal y administrativa en relación con los hechos sancionados mediante la Resolución de la Secretaría General de la Consejería de Presidencia de 19 de febrero de 2007, el Consejo estima que, según se desprende del contenido del expediente y de las propias manifestaciones del interesado, éste contó con todos los elementos fácticos y jurídicos necesarios para determinar el alcance del presunto daño y, en consecuencia, para ejercitar la acción de responsabilidad, en dos momentos distintos para cada una de las dos conductas dañosas que se imputan a la Administración. Así, respecto de la prejudicialidad penal que obliga a suspender la tramitación del expediente sancionador hasta tanto se produzca el pronunciamiento judicial, el reclamante admite que tuvo conocimiento de la existencia del procedimiento penal paralelo cuando se le notificó el Auto de 3 de junio de 2008, dictado por el Juzgado de Instrucción núm. 2 de los de Lorca, por el que se acordaba se continuasen por los trámites del procedimiento abreviado las diligencias previas incoadas como consecuencia de la denuncia formulada por la Policía Local. En lo que se refiere a la alegada concurrencia de sanciones penal y administrativa el *dies a quo* coincidiría con la fecha de notificación del Auto de sobreseimiento fechado el 12 de noviembre de 2008 y notificado al interesado el 20 de ese mismo mes y año. Interpuesta la reclamación el 2 de marzo de 2009 se colige fácilmente que la acción para reclamar ha sido presentada en plazo.

**CUARTA.- Sobre la inidoneidad de la acción de reclamación por responsabilidad patrimonial para impugnar actos administrativos.**

Aunque en la reclamación se identifica el daño que se alega haber padecido y se señala como actuación desencadenante del mismo la vulneración por parte de la Administración del principio constitucional *non bis in idem* en los términos que se analizan en la siguiente Consideración, lo cierto es que en las actuaciones y manifestaciones del reclamante subyace en todo momento un *animus impugnandi* de la resolución de la Secretaría General de la Consejería de Presidencia de 19 de febrero de 2007, por la que se le impuso una sanción consistente en multa por importe de 6.000 euros y clausura del establecimiento por seis meses, al considerar probada la comisión de las infracciones tipificadas en los apartados e) y g) del artículo 23 de la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana, por carecer el x. de licencia de apertura y quebrantar la prohibición de apertura ordenada por la autoridad competente.

Pues bien, el Consejo ha mantenido en repetidas ocasiones que el instituto de la responsabilidad patrimonial no puede ni debe utilizarse como instrumento para neutralizar los efectos de una resolución administrativa firme que no consta que haya sido recurrida en vía judicial. En efecto, el reclamante ante la notificación de la Resolución antes citada se aquietó no utilizando el medio impugnatorio a su alcance, es decir, el recurso de alzada ante el Consejero de

Presidencia. Posteriormente ataca la Resolución mediante la interposición de un recurso extraordinario de revisión, cuya falta de fundamento llevó al órgano competente para ello a acordar motivadamente su inadmisión a trámite, sin que tampoco en este caso el x. interpusiese el recurso contencioso-administrativo que el ordenamiento jurídico le permitía y cuyo ofrecimiento expreso le fue hecho en la correspondiente notificación.

**QUINTA.- Sobre la alegada violación del principio *non bis in idem*.**

Estima el reclamante que la resolución por la que se le impone la sanción antes descrita ha vulnerado el principio *non bis in idem*. Este principio tal como el Tribunal Constitucional lo ha definido, supone que no recaiga duplicidad de sanciones administrativa y penal en los casos en que se aprecie la identidad del sujeto, hecho y fundamento. En la Sentencia 77/1983, de 3 de octubre, el Alto Tribunal destaca que el aludido principio conduce también a entender que, cuando el ordenamiento permite una dualidad de procedimientos, y en cada uno de ellos ha de producirse un enjuiciamiento y una calificación jurídica, ambos son susceptibles de hacerse con independencia, si resultan de la aplicación de normativa diferente, pero no puede ocurrir lo mismo en los 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 el supuesto que nos ocupa la denuncia de la Policía Local que obra al folio 2 del expediente, se refiere al hecho de que el local del que es titular el reclamante se encontraba el día 15 de abril de 2006 abierto al público, careciendo de la oportuna licencia municipal de apertura. Como quiera que el citado local había sido precintado con anterioridad por la Policía Local la apertura efectuada el día 15 de abril se produjo con previa rotura del precinto, por lo que los hechos fueron también notificados al Juzgado por si los mismos fuesen constitutivos de una infracción penal (folios 26, 27 y 45). Las citadas diligencias policiales dieron lugar a la instrucción del procedimiento abreviado 10026/2008 por la posible comisión de un delito de desobediencia (Auto obrante al folio 128), actuaciones que concluyeron mediante el Auto de sobreseimiento provisional y archivo de las actuaciones (folio 96). Sin embargo, ello no comporta la aplicación en este caso del principio *non bis in idem*, ya que no existe duda sobre los hechos que pueden no constituir una falta penal o un delito -circunstancia que no llega a dilucidarse en el procedimiento penal al no haberse mantenido la acusación-, pero, en cambio, sí son susceptibles de integrar una infracción administrativa sancionada por la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana, ya que en ella no se castiga la desobediencia a la autoridad sino los hechos contrarios a la consecución de un ámbito de seguridad y convivencia en el que sea posible el ejercicio de derechos y libertades y concretamente, en el supuesto que nos ocupa, la

apertura de un local público sin la correspondiente licencia para ello y el quebrantamiento de la orden dada por la autoridad de mantener el local cerrado. Los hechos son, pues, los mismos, pero no se aprecia la identidad de fundamento que exige el Tribunal Constitucional entre los preceptos penales que han dado lugar al auto de sobreseimiento (artículo 556 del Código Penal) y el artículo 23, apartados e) y g) de la Ley Orgánica 1/1992 que ha motivado la sanción administrativa. Se trata como reconoce la citada Sentencia del Tribunal Constitucional, de dos procedimientos distintos, en cada uno de los cuales ha de producirse un enjuiciamiento y una calificación jurídica diferente, resultante de la aplicación de normativa igualmente distinta, sin que los hechos se aprecien de manera opuesta o contradictoria por la autoridad judicial (que ni siquiera llega a pronunciarse sobre ellos) y por la autoridad administrativa. No cabe, pues, entender vulnerado, en cuanto al fondo, el principio *non bis in idem*.

En lo que a la exigencia de carácter formal que de dicho principio se desprende de dependencia del procedimiento administrativo hasta tanto se resuelva el judicial penal, cabe indicar que cuando el órgano administrativo que instruía el expediente sancionador tuvo conocimiento de la existencia del procedimiento penal ya había recaído resolución en el expediente administrativo, por lo que resultaba imposible suspender la tramitación de un expediente que ya se había resuelto.

El pronunciamiento en el ámbito penal no desdice la participación y responsabilidad del reclamante en los hechos denunciados, por lo que no cabe deducir que la sanción impuesta en vía administrativa esté, como se mantiene por el x., desprovista de toda justificación y, en consecuencia, no nos encontramos en presencia de un perjuicio que el interesado no tenga la obligación de soportar, por lo que no se ha acreditado el requisito de la antijuridicidad del daño que se alega, requisito que se ha de poner en relación con las razones de fondo que llevaron en su día a imponer la sanción previa la tramitación del procedimiento para ello previsto, sin que puedan acogerse, como decíamos en la Consideración anterior, los motivos de nulidad de la resolución que ahora invoca el reclamante que debieron haber sido en su día alegados a través de la impugnación que procediera de la sanción.

No concurriendo, pues, los elementos configurados legalmente para entender que se da la responsabilidad patrimonial de la Administración pública y, muy especialmente, el requisito esencial de la antijuridicidad de la lesión, el Consejo entiende que procede desestimar la reclamación interpuesta por el x.

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

## **CONCLUSIÓN**

**ÚNICA**- Se dictamina favorablemente la propuesta de resolución desestimatoria, en tanto que no se aprecia la concurrencia de los elementos legalmente exigidos para el nacimiento de la responsabilidad patrimonial de la Administración.

No obstante, V.E. resolverá.



**DICTAMEN 27/2010**

**Asunto** Responsabilidad patrimonial instada por x debida a accidente escolar.  
**Consultante** Consejero de Educación, Formación y Empleo  
**Fecha** 08/02/2010

**Extracto de Doctrina**

Parece oportuno recordar que “fuerza mayor y caso fortuito son unidades jurídicas diferentes: a) En el caso fortuito hay indeterminación e interioridad; indeterminación porque la causa productora del daño es desconocida (o por decirlo con palabras de la doctrina francesa: «falta de servicio que se ignora»); interioridad, además, del evento en relación con la organización en cuyo seno se produjo el daño, y ello porque está directamente conectado al funcionamiento mismo de la organización. En este sentido, entre otras, la STS de 11 de diciembre de 1974: «evento interno intrínseco, inscrito en el funcionamiento de los servicios públicos, producido por la misma naturaleza, por la misma consistencia de sus elementos, con causa desconocida». b) En la fuerza mayor, en cambio, hay indeterminación irresistible y exterioridad; indeterminación absolutamente irresistible, en primer lugar, es decir aun en el supuesto de que hubiera podido ser prevista; exterioridad, en segundo lugar, lo que es tanto como decir que la causa productora de la lesión ha de ser ajena al servicio y al riesgo que le es propio” (entre otras, STS 3ª, de 13 de marzo de 2003).

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** Con fecha 13 de junio de 2007, x., mayor de edad, presenta reclamación de responsabilidad patrimonial ante la Consejería de Educación y Cultura. Según el relato fáctico del reclamante, alumno de segundo curso de "Electromecánica de Vehículos" (Ciclo Formativo de Grado Medio) en el IES "Aljada", de Puente Tocinos (Murcia), el día 23 de febrero de 2005, durante el desarrollo de las clases del módulo de transmisiones y frenados, encontrándose junto a sus compañeros de curso y el profesor de la asignatura desmontando en la prensa un rodamiento del eje de una caja de cambios, saltó un pequeño trozo de material metálico que fue a impactar en la zona del ojo izquierdo del alumno. A consecuencia del impacto sufre diversas lesiones oculares que requieren asistencia médica y hospitalaria.

Considera que existe relación de causalidad entre el daño y el funcionamiento del servicio público, toda vez que el accidente ocurre cuando estaba realizando prácticas de una asignatura en clase y bajo la tutela y dirección de un profesor.

No efectúa una valoración económica de las lesiones por las que reclama, pues éstas continúan evolucionando a la fecha de la reclamación. En cualquier caso, alega que *“le han supuesto un grave perjuicio pues ha perdido parte de la visión, lo que dada su edad (17 años cuando sufrió la lesión), le impediría acceder a una buena parte del mercado laboral y realizar determinadas actividades que una persona sin sus limitaciones puede realizar, aparte de otros daños como la pérdida de ese curso escolar, periodos de incapacidad absoluta, etc.”*.

Propone prueba documental de informes médicos, sobre el alcance de las secuelas que resulten y su valoración económica; y testifical tanto del profesor de la asignatura, que presenció el accidente, como de la Directora del centro.

Adjunta, además, diversa documentación: certificado de matrícula del alumno, informe de comunicación del accidente elaborado por el profesor de la asignatura y diversos informes médicos acreditativos de la evolución clínica de las patologías oculares tras el accidente.

Entre estos últimos, el informe del Servicio de Oftalmología del Hospital General Universitario Reina Sofía de Murcia, de fecha 14 de junio de 2006, que se transcribe dada la completa presentación del cuadro lesional residual del interesado tras el accidente y los tratamientos pautados, dice:

*“Paciente que acude a urgencias del Hospital Universitario Virgen de la Arrixaca el 23 de febrero de 2005 por disminución de agudeza visual en ojo izquierdo (OI), tras traumatismo contuso en dicho ojo cuando estaba en clase. En la exploración oftalmológica del OI, se observaron erosiones córneas, discoria, con diagnóstico de uveitis anterior postraumática. En el fondo del OI posteriormente desarrolló neuritis postraumática. Por lo que fue ingresado durante tres días para tratamiento intravenoso, posteriormente estuvo en tratamiento oral tópico y fue sometido a la realización de pruebas complementarias hasta el 15 de abril de 2005.*

*Actualmente, (6 de febrero de 2006) presenta una agudeza visual de 1,00 en ojo derecho y de 0,3 en OI, que tras corregir su defecto refractivo consigue una agudeza visual en OI de 0,5.*

*En la biomicroscopía del OI han quedado leucomas corneales paracentrales inferiores irreversibles, que reducen su agudeza visual, así como la presencia de discoria postraumática y el desarrollo de opacidad cortical anterior nasal cristaliniiana que representa una catarata postraumática incipiente. Dicha catarata precisará cirugía probablemente a corto plazo al reducir progresivamente su agudeza visual, con los riesgos que supone dicha cirugía a corto y largo plazo.*

*En el fondo del OI permanece un borramiento nasal del nervio óptico y un aumento de la vascularización del campo visual centrocecal. Se aconseja revisiones periódicas oftalmológicas”.*

En otro informe, de fecha 7 de febrero de 2007, del Servicio de Oftalmología del Hospital General Universitario, se afirma que *“...de momento no se le ha dado de alta”.*

El 8 de abril de 2008, la Sección de Córnea del indicado Servicio señala que la agudeza visual sin corrección es de 0,4, llegando a 0,8 con lente semirrígida, opción que considera preferible a la queratoplastia.

**SEGUNDO.-** Recabado el preceptivo informe de la Dirección del centro escolar, se remite el de su titular y el del profesor que impartía la clase durante cuyo transcurso tiene lugar el accidente.

a) El primero de los informes detalla las circunstancias de aquél como sigue:

*“(...) El alumno en cuestión, en la fecha del accidente, asistía habitualmente a las clases con el grupo de 2º de Electromecánica de Vehículos. Su conducta puede considerarse normal.*

*El accidente ocurrió durante la clase del módulo de "Sistemas de transmisión y frenado", en torno a las 12.00 horas. En ese momento había un grupo de 8 alumnos.*

*La actividad realizada consistía en desmontar un rodamiento del eje de una caja de cambios. Dicha actividad se ejecutaba colocando estos elementos en una prensa hidráulica de accionamiento manual (no automática). La colocación de los elementos mencionados y el accionamiento de la prensa eran ejecutados por un alumno distinto al accidentado, acompañado por el profesor encargado del módulo, x.*

*El alumno accidentado, junto con el resto de los compañeros, se encontraba, como observador, a una distancia aproximada de dos metros de la prensa.*

*Como consecuencia de la presión ejercida por la prensa, saltó una esquirla procedente de la pieza utilizada como empujador, alcanzando en el ojo izquierdo al alumno accidentado”.*

En relación con otras cuestiones planteadas por la instructora en su petición de informe, la Directora del IES manifiesta que:



- En los 25 años de actividades educativas en los talleres, hasta la fecha del accidente, no se había producido ninguna lesión de relevancia y no se ha vuelto a producir ninguna.

- No existe normativa específica de seguridad aplicable al caso, señalando la genérica sobre riesgos laborales.

- En relación a las consecuencias del accidente sobre el seguimiento del curso y el rendimiento académico del alumno, se indica que los profesores recuerdan que se ausentó una semana de clase, aproximadamente, aunque no puede precisar más ya que no se llevaba entonces un control de faltas de los alumnos de forma sistemática. Al considerarse corto ese espacio de tiempo no se tomaron medidas especiales, reincorporándose el alumno con normalidad a las clases. En lo tocante a la afectación al rendimiento escolar del alumno, éste *"...pasó del primer curso al segundo con tres módulos pendientes. En la primera evaluación del curso (2º) en que ocurrió el accidente aprobó un módulo. De acuerdo con estos antecedentes no se puede decir que cuando en la evaluación ordinaria de marzo aprueba sólo un módulo, signifique una disminución de su rendimiento académico"*. Y concluye que *"No se ha producido ningún perjuicio desde el punto de vista educativo. El alumno tituló en el mes de diciembre, lo que era previsible de acuerdo con los antecedentes académicos del alumno"*.

Sobre la situación actual del reclamante, advierte la Directora que ya no es alumno del Centro por lo que la información de que dispone puede no ser exacta, indicando que en los encuentros casuales con el profesorado ha manifestado encontrarse en perfectas condiciones y trabajando como mecánico en un concesionario de automóviles.

Cuando, más adelante, el interesado es requerido por la instructora para que aclare algunos de estos extremos, afirmará que no deben considerarse como días improductivos sólo la "aproximadamente una semana" de ausencia de las aulas, puesto que no se conserva el libro de faltas de asistencia del alumnado y tales días *"están claramente especificados en los informes médicos que constan en el expediente"* (74 días), alegando que *"es fácil comprender que una persona que había perdido prácticamente la visión de un ojo no está en condiciones de estudiar, ni de asistir a clase"*.

Declara, asimismo, que efectivamente trabajó en un concesionario, pero sólo del año 2007 al 2008. Aporta, además, la vida laboral y "certificado" de la empresa en que trabajó en prácticas desde el 1 de junio de 2004 al 31 de mayo de 2005, *"...donde desde que sufrí el accidente no volví*

*a trabajar, con independencia de que se optara por esperar a la finalización del contrato para darme de baja en la Seguridad Social". Termina reiterando su solicitud de indemnización.*

El profesor presente en el momento de los hechos, por su parte, manifiesta que *"el alumno accidentado, junto con el resto de los compañeros se encontraba como observador, a una distancia aproximada de dos metros de la prensa. Como consecuencia de la presión ejercida por la prensa, saltó una esquirla procedente de la pieza utilizada como empujador, alcanzando en el ojo izquierdo al alumno accidentado"*.

Respecto a la pericia del alumno, señala que *"había mostrado habilidades de tipo medio en sus actividades dentro del taller. No obstante, reitero que este alumno no estaba realizando ninguna actividad, sino que era mero observador a unos dos metros de distancia del lugar donde se estaba desarrollando aquella"*.

En cuanto a la seguridad, resalta que *"en el taller se disponía de los medios de protección necesarios, pero la utilización de EPI (equipos de protección individual) no es permanente, sino en función del trabajo realizado. La utilización de protectores oculares era exigida en operaciones como el trabajo con radial, electroesmeriladora o soldadura. Para la actividad desarrollada en el momento del accidente, dado que nunca había ocurrido nada similar y la muy baja probabilidad de accidente, no consideré necesario adoptar medidas de seguridad específicas. Para esta actividad, con una prensa de estas características, el riesgo es mínimo para el operador, y muy remoto para un observador situado a dos metros. La legislación no exige medidas de seguridad concretas aplicables al caso"*.

**TERCERO.-** A requerimiento de la instructora, la Inspección educativa emite informe que, sobre la base de las consideraciones contenidas en el informe técnico sobre seguridad de las prensas ubicadas en el IES, concluye que no se observa que *"la instalación de ambas prensas o su uso sea inadecuado o inseguro para los profesores o sus alumnos.*

*No se observa en este informe, ni se indica, ni se precisa, que sea necesario el uso de material de resguardo ni de protección específica en ninguna de las dos citadas prensas (...) Tampoco se especifica que sea necesario el uso de mascarilla protectora en la prevención de riesgos laborales para el uso de esta maquinaria"*.

Considera, asimismo, la Inspección, que *"la causa del accidente pudo ser una circunstancia imprevisible para el profesor en ese momento, ya fuera por defecto del material o*

*por vicio oculto del mismo rodamiento que se rompió (...) No se observa que el profesor x. actuara de modo tal que, por atención descuidada en materia de prevención de riesgos laborales en el módulo de Transmisiones y Frenado, se produjeran daños a ninguno de los alumnos. Es decir, su atención fue la correcta".*

**CUARTO.-** El 7 de febrero de 2008 se notifica al interesado la admisión a trámite de la reclamación, requiriéndole para que señale la cuantía de la indemnización y proponga prueba, comunicándole el acuerdo de apertura de dicho período por 15 días con el fin de practicarla, indicándole al reclamante que la documental y testifical solicitada en su inicial escrito se habían instruido de oficio, obrando en el expediente.

El reclamante atiende el requerimiento presentando un documento en el que desglosa los conceptos indemnizatorios, cuyo total alcanza la valoración de 32.417,21 euros, "más el 10% como cláusula de estabilización y otro 10% por los daños morales que se están padeciendo...". La suma total asciende a 38.900,69 euros, sin perjuicio de la posibilidad futura de solicitar la actualización de dicha cuantía si fuera necesario someterse a cirugía de cataratas y trasplante de córnea.

Aporta, además, informe médico de valoración del daño personal, emitido el 16 de abril de 2008, según el cual el reclamante, a consecuencia del accidente, presenta pérdida de agudeza visual en el ojo izquierdo, que valora en 10 puntos, y pérdida de campo visual centrocecal (5 puntos). Ha precisado de 215 días para sanar de sus lesiones, de los cuales 3 son de hospitalización, 74 impeditivos y los restantes 138, son de carácter no impeditivo.

**QUINTO.-** Recabados por el órgano instructor sendos informes de los Servicios de Formación Profesional y de Prevención de Riesgos Laborales, acerca de las causas técnicas de que saltara "la esquirla del empujador" causante del accidente, así como sobre las características de la máquina que se estaba manejando, se emiten los siguientes:

- El del Profesor Jefe del Departamento de Mantenimiento de Vehículos Autopropulsados del IES, en el que afirma que la antigüedad de la máquina que se utilizaba en la clase es superior a 20 años, y que *"aunque no se ha observado ninguna anomalía en su estado ni funcionamiento, como medida de seguridad, se ha suspendido su utilización"*.

En respuesta a la cuestión sobre la causa posible de que saltara la esquirla de la máquina, se afirma que este suceso *"fue accidental e imprevisible dentro de los comportamientos habituales de los operarios en este tipo de actividad, equivalentes a la actuación en el aula-taller de profesor y*

*alumnos. Ni antes ni después del accidente motivo de este informe se había producido algo similar. El ajuste en altura de la máquina se hace de acuerdo con intervalos preestablecidos. Cuando estas posiciones no coinciden con lo que exige el elemento sobre el que se trabaja, se recurre a interponer otro elemento que supla la diferencia. Este elemento interpuesto puede ser cualquiera que ofrezca las características dimensionales y resistentes necesarias. En el caso que nos ocupa se utilizó un cilindro de acero que ya había sido utilizado anteriormente para este fin con resultados satisfactorios. Nada hacía pensar que podría desprenderse una esquirla y menos que pudiera alcanzar en una zona sensible a un alumno”.*

- El del Servicio de Formación Profesional, que reproduce las consideraciones del anterior y califica como fortuita la proyección de la esquirla del cilindro.

**SEXO.-** Por el órgano instructor se solicita a un Inspector Médico de la Consejería consultante que emita informe técnico acerca de la valoración del daño efectuada por el reclamante. Considera dicho médico que *“dada su condición de estudiante únicamente deberían ser valorados como días de sanidad extrahospitalarios los impeditivos, siendo la fecha del 15-04-05, cuando finaliza la realización de pruebas complementarias, como la fecha de alta médica”.*

En cuanto a las secuelas, presenta las siguientes:

*“Pérdida del campo visual centrocecal valorado en 5 puntos.*

*El leucoma debe ser valorado por la pérdida de campo visual según dice la Ley 34/2003 y dicha valoración no ha sido aportada por el demandante.*

*Únicamente se valora el campo visual centrocecal dañado por la neuropatía postraumática, comentado en el punto anterior.*

*La valoración de la pérdida de la agudeza visual en ojo izquierdo, ya sea por alteración postraumática del iris o la catarata postraumática, según la tabla VI de la Ley 34/2003, debe ser valorada según agudeza visual.*

*La agudeza visual en ojo derecho es de 1; y la del ojo izquierdo con lente semirrígida es de 0,8, lo que equivale según la tabla A de agudeza visual a 0 puntos”.*

**SÉPTIMO.-** Conferido trámite de audiencia al interesado, alega que el informe referido en el Antecedente Sexto de este Dictamen se ha elaborado sin tener en cuenta toda la documentación

obrante en el expediente, y sin tomar en consideración la valoración del daño aportada al procedimiento por el propio actor, y que se basa en una documentación más completa.

Requerido el Inspector Médico para realizar un informe complementario a la luz de los documentos a los que alude expresamente el interesado en sus alegaciones, el indicado funcionario se reafirma en su informe inicial.

**OCTAVO.-** Tras un nuevo trámite de audiencia, que el interesado deja perecer sin formular alegaciones, el órgano instructor formula propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación, al considerar que el carácter imprevisible y fortuito de los hechos descritos impide considerar acreditada la concurrencia de los elementos 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 producido, cuya antijuridicidad también se niega.

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 septiembre 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 de reclamación. Procedimiento.**

1. 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 “Aljada”, de Puente Tocinos, Murcia)

2. 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, toda vez que el *dies a quo* de dicho plazo será el de la estabilización de las consecuencias dañosas que se imputan a la actuación administrativa. A la fecha de la reclamación (13 de junio de 2007), dicha estabilización aún no se había alcanzado, pues constan en el expediente sucesivos informes médicos que revelan la evolución de las patologías oculares que sufre el reclamante, siendo el último de ellos de fecha 8 de abril de 2008, en el que mejora sensiblemente la agudeza visual del paciente y se orienta de forma aparentemente definitiva el tratamiento a seguir, toda vez que se descarta la posibilidad de una queratoplastia y se recomienda la corrección con lente semirrígida. De hecho, no consta en el expediente que el interesado haya recibido el alta médica.

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 que hubiera sido de gran interés contar con el informe del Servicio de Prevención de Riesgos Laborales de la Consejería consultante, solicitado por la instructora y no emitido, acerca de las circunstancias que pudieron dar lugar a la proyección de la esquirla y acerca de las medidas que, en su caso, hubieran podido adoptarse para evitarla. Del mismo modo, la actuación instructora se ha centrado en los aspectos técnicos de la prensa utilizada durante la clase, cuando lo verdaderamente relevante para la decisión del presente procedimiento de responsabilidad patrimonial es una pieza diferente, el denominado “empujador”, del que se desprende la esquirla que acaba impactando en el ojo del reclamante.

Sobre dicha pieza, que parece no formar parte de la prensa, ni de los accesorios facilitados por su fabricante, únicamente se sabe que es un cilindro de acero que se utiliza para salvar la diferencia de altura entre la pieza sobre la que se trabaja y los intervalos preestablecidos de altura de la prensa. Su uso se afirma que es habitual en la práctica diaria del trabajo de los talleres mecánicos, pudiendo consistir en cualquier elemento “*que ofrezca las características*

*dimensionales y resistentes necesarias*" (informe del Jefe del Departamento de Mantenimiento de Vehículos Autopropulsados del IES "Aljada", folio 56 del expediente). Sin embargo, no se sabe si dicha utilización está sancionada y aceptada por el fabricante o es rechazada por éste o si genera riesgos añadidos que exijan medidas adicionales de protección.

Por otra parte, son precisamente las características de la pieza, en particular su resistencia a la presión, las que podrían estar en la base del desprendimiento de la esquirla. Por ello, habría sido muy conveniente contar con un informe pericial que permitiera determinar si el "empujador" ofrecía la suficiente resistencia para soportar la presión que era capaz de desarrollar la prensa utilizada, juicio éste realizado por el profesor de la asignatura con base en su experiencia, por haber utilizado la misma pieza en otras ocasiones, pero carente de un apoyo técnico explícito en el expediente, pues la normalidad o habitualidad del uso de estos elementos en el trabajo con la prensa no lo convierte, por sí solo, en adecuado.

### **TERCERA.- Concurrencia de los elementos generadores de 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 puede 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 supuesto sometido a consulta, la lesión del interesado se produce no sólo con ocasión de su estancia en el aula o en el centro escolar, sino como consecuencia de la actividad docente, pues la esquirra se desprende del empujador cuando otro alumno procede a desmontar en la prensa parte de la transmisión de un vehículo, en el curso de una actividad escolar programada, bajo la vigilancia de un profesor y con la utilización de máquinas y elementos materiales facilitados por la propia Administración educativa. Es cierto que se desconoce, quizás porque no se han agotado las actuaciones instructoras en el sentido indicado en la Consideración Segunda *in fine* de este Dictamen, la causa concreta (incorrecta colocación de la pieza, fatiga o falta de resistencia del material, etc.) que pudo determinar la proyección de la partícula de acero al ojo del reclamante, pero lo cierto es que ésta procede de un elemento material facilitado por la propia Administración para el desarrollo de las clases.

En cualquier caso, aun descartando imputar el accidente a la actuación del profesor, pues ni se ha alegado ni consta que éste incumpliera norma alguna de seguridad en el uso de la máquina, ni que la actividad exigiera una mayor vigilancia por su parte respecto de los alumnos, la imputación del daño cabría efectuarla a un elemento material utilizado para la docencia, que, de forma inopinada, produce la esquirra que con tan mala fortuna resulta proyectada al ojo del alumno que se limitaba a observar, desde una distancia de dos metros, la maniobra de un compañero. Afirma la propuesta de resolución que el accidente fue imprevisible e incontrolable, sin embargo no permite alcanzar dicha calificación la ausencia en el expediente de los informes aludidos en la Consideración Segunda de este Dictamen que acreditaran en qué medida era correcta la utilización del empujador en la prensa y si tal actuación precisaba de la adopción de medidas preventivas adicionales a las del uso ordinario de la máquina.

Por otra parte, si, como hemos indicado, el daño se produce como consecuencia de la utilización del empujador, tal elemento material fue aportado por la Administración educativa y fue el profesor el que consideró que reunía las condiciones de forma y resistencia adecuadas para la función a la que se destinaba, por lo que, aun siendo el suceso inesperado dentro de la normal y razonable previsión exigible en el caso, las circunstancias determinantes del accidente corresponden al ámbito interno de la Administración. En consecuencia, a lo sumo, podríamos encontrarnos ante un caso fortuito, el cual, a diferencia de la fuerza mayor y conforme a reiterada jurisprudencia, no exonera a la Administración de responder por los daños ocasionados. Parece oportuno recordar que *“fuerza mayor y caso fortuito son unidades jurídicas diferentes: a) En el caso*



*fortuito hay indeterminación e interioridad; indeterminación porque la causa productora del daño es desconocida (o por decirlo con palabras de la doctrina francesa: «falta de servicio que se ignora»); interioridad, además, del evento en relación con la organización en cuyo seno se produjo el daño, y ello porque está directamente conectado al funcionamiento mismo de la organización. En este sentido, entre otras, la STS de 11 de diciembre de 1974: «evento interno intrínseco, inscrito en el funcionamiento de los servicios públicos, producido por la misma naturaleza, por la misma consistencia de sus elementos, con causa desconocida». b) En la fuerza mayor, en cambio, hay indeterminación irresistible y exterioridad; indeterminación absolutamente irresistible, en primer lugar, es decir aun en el supuesto de que hubiera podido ser prevista; exterioridad, en segundo lugar, lo que es tanto como decir que la causa productora de la lesión ha de ser ajena al servicio y al riesgo que le es propio» (entre otras, STS 3ª, de 13 de marzo de 2003).*

Procede, en consecuencia, declarar el derecho del reclamante a ser resarcido del daño padecido como consecuencia del funcionamiento del servicio público educativo, toda vez que existe nexo causal entre éste y aquél, que cabe calificar de antijurídico, en la medida en que no existe título alguno que imponga al interesado el deber de soportar los perjuicios irrogados.

#### **CUARTA.- Cuantificación del daño e indemnización.**

I. Acreditada la realidad del daño por los diferentes informes médicos obrantes en el expediente, resta por determinar su valoración en orden a fijar la cuantía de la indemnización.

Para el reclamante ésta debe ascender a la suma de 38.900,69 euros, en aplicación analógica del sistema para la valoración de los daños sufridos por las personas en accidentes de circulación, establecido por la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor, cuyo texto refundido fue aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre. La suma de las cantidades reclamadas responde al siguiente desglose:

a) Secuelas: 15 puntos, correspondientes a pérdida de agudeza visual en ojo izquierdo (10 puntos) y pérdida del campo visual centrocecal (5 puntos), 16.275,75 euros. Solicita la aplicación de un factor de corrección de incapacidad permanente parcial equivalente al 50% de dicha cantidad, 8.165,35 euros.

b) Días de hospitalización (3): 193,71 euros.

c) Días improductivos (74): 3.882,78 euros.

d) Días no improductivos (138): 3.899,88 euros.

e) Factores de corrección de estabilización (10%) y por daños morales (10%), sobre la suma total de las anteriores cantidades.

II. Procede efectuar las siguientes consideraciones en relación a cada una de las partidas indemnizatorias:

#### 1. Secuelas.

Existe acuerdo entre el perito de la parte y el Inspector Médico de la Consejería consultante, en valorar en 5 puntos la lesión consistente en la pérdida del campo visual centrocecal, por lo que nada ha de objetarse ahora a la misma.

Mayores problemas presenta la valoración de la pérdida de agudeza visual, toda vez que mientras el informe de valoración del daño unido por el interesado al procedimiento lo estima en 10 puntos, el del Inspector Médico estima que ninguna indemnización procede reconocer por este concepto, toda vez que la agudeza visual del interesado, con corrección mediante lente semirrígida, es de 0,8, lo que conlleva la asignación de 0 puntos en el sistema de valoración del daño a que se somete expresamente el reclamante.

El informe de parte en que se basa la pretensión indemnizatoria no especifica qué agudeza visual toma como referencia para efectuar la cuantificación de esta secuela, limitándose a señalar que, para su valoración, se ha tenido en cuenta la existencia de una lesión en la córnea (leucoma), nervio óptico, iris y cristalino, las cuales, según el Inspector Médico, han de valorarse, bien por la pérdida de campo visual (leucoma), bien por la de agudeza visual.

Siendo el elemento determinante en la valoración de la secuela producida en el ojo izquierdo del interesado la agudeza visual, es preciso advertir que ésta ha ido evolucionando en el tiempo, siendo la menor de ellas de 0,2 a los pocos días del accidente y de 0,4, que alcanza 0,8, con corrección con lente semirrígida, el 8 de abril de 2008, último dato de que se dispone. En orden a aplicar la tabla contenida en el baremo, habrá de estarse a la agudeza visual que se considera definitiva o estable como secuela, y ésta cabe considerar que es de 0,4, conforme se consigna en el aludido informe de 8 de abril de 2008, del Servicio de Oftalmología del Hospital General Universitario "Reina Sofía", último de los que recogen dicho dato.

Siendo la agudeza visual en el ojo derecho de 1 (10/10) y de 0,4 (4/10) en el izquierdo, corresponde una valoración según baremo (Tabla VI, A) de 4 puntos.

Así pues, la puntuación total por secuelas asciende a 9 puntos (4+5). Atendido el valor del punto (820,18 euros) según el momento del accidente (febrero de 2005) y la edad (18 años) del lesionado a esa fecha, corresponde una indemnización por este concepto de 7.381,62 euros.

No procede, por el contrario, aplicar el factor de corrección alegado, de incapacidad permanente parcial, toda vez que éste únicamente ha de darse cuando las secuelas afecten a la ocupación o actividad habitual, sin impedir las tareas fundamentales de la misma. En el supuesto, no existe una efectiva pérdida funcional que le impida, ni aun parcialmente, efectuar las tareas propias de su actividad habitual, ya sea estudiantil, profesional o extraprofesional, pues una agudeza visual corregida de 0,8 en absoluto tiene dicho efecto. Debe considerarse al respecto, que dicha corrección se consigue mediante lente semirrígida, es decir, mediante lentes de contacto, cuya facilidad y habitualidad de uso impiden considerar que la funcionalidad residual del ojo izquierdo del interesado constituya un obstáculo para el desarrollo de su vida con normalidad. Tampoco parece constituirlo la pérdida de campo visual, toda vez que ello no le impide leer, ver la televisión o usar un ordenador, ni realizar las actividades propias de su trabajo, aunque necesite lentes correctoras para hacerlo (informe de valoración del daño personal, folio 45 del expediente). Así lo entiende también el Inspector Médico, quien considera que no hay incapacidad.

## 2. Período de incapacidad temporal.

a) Consta en el expediente que el interesado estuvo ingresado en un centro hospitalario durante 3 días, por lo que le corresponde por este concepto una indemnización de 174,57 euros (58,19 x 3).

b) En cuanto a los restantes días, improductivos y no improductivos, ha de recordarse que nos encontramos ante un escolar que, siendo mayor de edad, desarrolla una actividad laboral al momento del accidente (informe de vida laboral que consta al folio 73). Procede, por ello, efectuar una valoración del período de incapacidad temporal atendiendo no sólo a la afectación del rendimiento académico del alumno por inasistencia a clase, propio de los escolares menores de edad, sino a la incidencia que sobre la vida del interesado tuvo el accidente.

La determinación de los días improductivos no es sencilla, pues no consta en el expediente una fecha concreta en la que se establezca de forma clara cuándo el interesado pudo retomar su

actividad habitual tras el accidente. A tal efecto, no puede fijarse este momento en el transcurso de una semana tras el percance, a la que aluden los profesores del alumno, pues consta que el 9 de marzo de 2005, es decir, casi dos semanas después, ha de ser ingresado en el hospital ante la desfavorable evolución del cuadro clínico. Al alta hospitalaria, el 11 de marzo, el paciente es sometido a tratamiento farmacológico y se le realizan diversas pruebas complementarias hasta el 15 de abril de 2005. El tratamiento oral y tópico pautado se mantiene, según el informe de valoración del daño aportado por el interesado, hasta el 11 de mayo de 2005. Estas dos últimas fechas son las que se utilizan por el Inspector Médico, la primera, y por el perito de la parte, la segunda, como *dies ad quem* de los impeditivos. No obstante, ninguna de ellas es determinante en la fijación del carácter impeditivo o no del período, pues no ofrecen datos acerca de la incidencia que la lesión sufrida y su evolución tuvo en la vida del paciente en esas fechas.

Sí consta en el expediente (informe de la Dirección del Centro, al folio 20), sin embargo, que el interesado aprobó, en la evaluación de marzo de 2005, un módulo de los estudios que cursaba, de donde cabe inferir que en ese mes ya había retomado sus obligaciones académicas. Comoquiera que el accidente se produce el 25 de febrero, y ante la falta de otros datos específicos, pues ni siquiera el propio interesado manifiesta en qué momento se reincorporó a sus clases, considera el Consejo Jurídico que puede establecerse prudencialmente un período de un mes (30 días) como impeditivo para la realización de las tareas ordinarias de su vida habitual, siendo el resto de días, hasta la finalización del período de incapacidad temporal que el propio interesado fija en el 26 de septiembre de 2005, no impeditivos (182).

Aplicado el valor diario fijado por el baremo para cada categoría, resultan las siguientes cantidades:

a) Días impeditivos:  $30 \times 47,28$  euros = 1.418,4 euros

b) Días no impeditivos:  $182 \times 25,46$  = 4.633,72 euros

### 3. Factores de corrección.

Únicamente sería aplicable un factor de corrección por perjuicios económicos de hasta el 10% sobre el importe de la indemnización por lesiones permanentes o secuelas, pues la víctima se encontraba en el momento del percance en edad laboral. No procede extender ese factor de corrección a las indemnizaciones por incapacidad temporal toda vez que el interesado no ha justificado sus ingresos.

En consecuencia, procede sumar la cantidad de 738,16 euros en concepto de factor de corrección por perjuicios económicos.

En definitiva, la cuantía de la indemnización debe ascender a 14.346,47 euros, más su correspondiente actualización, 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, dado que el Consejo Jurídico aprecia la concurrencia en el supuesto sometido a consulta de todos los elementos a los que el ordenamiento jurídico anuda el nacimiento de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, conforme a lo indicado en la Consideración Tercera de este Dictamen.

**SEGUNDA.**- La cuantía de la indemnización debe establecerse conforme a lo señalado en la Consideración Cuarta de este Dictamen.

No obstante, V.E. resolverá.



## DICTAMEN 28/2010

<b>Asunto</b>	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.
<b>Consultante</b>	Ayuntamiento de Molina de Segura
<b>Fecha</b>	08/02/2010

### Extracto de Doctrina

1. Como expusimos en nuestro Dictamen 169/2007, de 10 de diciembre, debe recordarse lo señalado por el Consejo de Estado en su Dictamen nº 2230/2004, de 14 de octubre de 2004: “de acuerdo con una consolidada doctrina del Consejo de Estado, con carácter general en caso de concurrencia de varias causas de resolución de un contrato administrativo debe aplicarse de manera preferente la causa que se hubiere producido antes desde un punto de vista cronológico”.
2. El incumplimiento de la esencial obligación de ejecutar las obras, imputable al contratista, constituye causa para la resolución del contrato, fundada en el artículo 111,g) TRLCAP;

### 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, por un precio de 2.478.710,06 euros y en un plazo de cuatro meses a partir de la formalización del acta de comprobación del replanteo. El contrato fue formalizado el 7 de noviembre siguiente. El 9 de noviembre de 2007 se extiende acta de comprobación del replanteo, en la que se hace constar que no puede comenzarse el movimiento de tierras en determinadas zonas (destinadas a viales por el referido Plan) por la dificultad que ofrecen los propietarios para que se ocupen las mismas.

**SEGUNDO.-** Obran en el expediente las certificaciones de obra nº 1 a 3, correspondientes a los meses de enero a marzo de 2008. También consta un escrito de la contratista, presentado el 9 de diciembre de 2008, en el que manifiesta que debido a las circunstancias económico-financieras por las que atraviesa se ve imposibilitada de continuar las obras, por lo que propone la resolución del contrato por mutuo acuerdo.

**TERCERO.-** 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.

**CUARTO.-** El 3 de abril de 2009 la contratista presenta escrito, que califica como de recurso de reposición contra el anterior acuerdo, en el que muestra su disconformidad con lo establecido en el mismo.

**QUINTO.-** 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 de la contratista, entre otros pronunciamientos.

**SEXTO.-** 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.

**SÉPTIMO.-** En el Dictamen nº 166/2009, de 28 de septiembre, este Consejo Jurídico concluyó que procedía declarar la caducidad del procedimiento en cuestión, sin perjuicio de la procedencia de incoar uno nuevo con el mismo objeto.

**OCTAVO.-** Previos los informes oportunos, el 10 de noviembre de 2009 la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento acuerda declarar la caducidad del referido procedimiento e incoar uno nuevo con el mismo objeto, es decir, para la resolución del contrato por incumplimiento culpable de la contratista, con incorporación de determinados documentos obrantes en el caducado, entre los que destacan un informe de 20 de febrero de 2009 del Ingeniero de Caminos municipal en el que indica que la contratista ha incumplido ampliamente el plazo de ejecución y las obras están paralizadas desde hace varios meses. Asimismo, se incorpora un escrito en el que la contratista da su conformidad a la certificación, de abril de 2009, de liquidación de las obras, por importe de 0 euros, que también se adjunta.

**NOVENO.-** Conferido a los interesados un trámite de audiencia, el 1 de diciembre de 2009 la contratista presenta escrito en el que, en síntesis, manifiesta que el 9 de diciembre de 2008 solicitó la resolución contractual por mutuo acuerdo, y que ha dado su conformidad a la liquidación de las obras; manifiesta su disconformidad con la pretensión del Ayuntamiento de que la resolución contractual se funde en el incumplimiento de la empresa por el retraso en la ejecución de las obras, con la consiguiente pérdida de la garantía prestada, pues considera que dicho retraso no le es

imputable, ya que se debió a tres circunstancias ajenas a la misma: a) el proyecto no incluía lo relativo a la electricidad, por lo que hubo que paralizar el normal desarrollo de las obras en tanto ello se solucionase; b) también hubieron de ser paralizadas las obras por no permitir algunos propietarios el acceso a sus fincas para ejecutar determinadas actuaciones (muro), por lo que fue necesario solicitar autorización judicial; c) se hizo preciso tramitar una modificación del PGOU para modificar el trazado de una calle, y sería necesaria la correspondiente modificación del contrato.

Por ello, estima que procede acordar la resolución del contrato por mutuo acuerdo, previa liquidación del mismo y devolución de la garantía prestada. Asimismo manifiesta que mediante Auto de 31 de marzo de 2009, del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Murcia, se ha declarado a la empresa en concurso voluntario, por lo que cualquier decisión sobre la garantía debe comunicarse a la administración concursal.

**DÉCIMO.-** En diciembre de 2009, el Ingeniero de Caminos municipal emite informe en el que expresa lo siguiente:

*“Segundo.- El proyecto de urbanización incluía las obras de electrificación. Éstas, como es preceptivo, se debían adaptar a las necesidades actuales de x. Así se había actuado por parte del Sr. Ingeniero Industrial Municipal y recogido en el Documento correspondiente.*

*Tres vecinos se negaron inicialmente a permitir el acceso a la zona de vial público incluida dentro de su cerramiento de parcela (valla o muro). Dos de ellos accedieron en un plazo relativamente breve y el tercero (x) después de una orden judicial. Los muros de cerramiento de las tres propiedades están hoy día ejecutados con la colaboración y conformidad de dichos propietarios.*

*Un tramo de la calle sur del sector (fachada sur de la propiedad de x) debe modificarse y adaptarse a la reciente resolución de la Consejería.*

*Los tres subapartados anteriores (x., cerramientos de tres propietarios y modificación de tramo de calle), justifican la ampliación del plazo de ejecución de las obras, y así se actuó, pero evidentemente ni impidieron ni impiden la continuación de las obras y su conclusión. Es más, son casos similares a los de polígonos próximos que la propia empresa contratista ejecutó anterior y recientemente.*



*Tercero.- Quien suscribe considera que la situación económica general, del sector de la construcción en particular y, sobremanera, de la propia empresa en concreto, es evidentemente la razón de la extremadamente lenta ejecución de las obras ejecutadas hasta la fecha (aproximadamente el 15% del total únicamente) y de la imposibilidad de su continuación y conclusión. La referida situación económica y las consideraciones expuestas en el apartado segundo propició que la Concejalía de Obras permitiese la ampliación de los plazos parciales de las obras ejecutadas.”*

**UNDÉCIMO.-** El 3 de diciembre de 2009, el Técnico de Administración General del Ayuntamiento formula propuesta de resolución para declarar resuelto el contrato por incumplimiento del contratista, con incautación y pérdida de la garantía prestada. A tal efecto, señala que las obras se encuentran sin concluir, habiendo transcurrido sobradamente el plazo establecido al efecto, estando paralizadas desde hace meses, conforme con lo indicado por el reseñado informe técnico, y rebate las alegaciones de la contratista sobre las causas obstativas de la ejecución del contrato.

**DUODÉCIMO.-** El 9 de diciembre de 2009, la Junta de Gobierno Local, previos los informes oportunos, acuerda solicitar el preceptivo Dictamen del Consejo Jurídico de la Región de Murcia y suspender, por tal causa, el plazo para resolver el procedimiento.

**DECIMOTERCERO.-** Mediante oficio registrado en este Consejo Jurídico el 20 de enero de 2010, el Alcalde del Ayuntamiento de Molina de Segura solicita la emisión de nuestro preceptivo Dictamen, acompañando el expediente y su extracto e índice reglamentarios.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

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

En presencia de un procedimiento de resolución contractual al que se opone el contratista, la consulta está comprendida en el artículo 12.7 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia (LCJ), en relación con el 59.3 del 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), aplicable al contrato de referencia, por lo que el presente Dictamen se emite con carácter preceptivo.

**SEGUNDA.- Competencia y procedimiento.**

I. Compete a la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento, en cuanto órgano de contratación, resolver el presente procedimiento.

II. A la vista de las actuaciones practicadas, puede decirse que se ha seguido, en lo sustancial, lo establecido para esta clase de procedimientos, pudiendo entrarse en el fondo de las cuestiones objeto del mismo.

Suspendido el plazo máximo de tres meses para la resolución del presente procedimiento a virtud de la salida del Ayuntamiento de su escrito de solicitud de Dictamen de este Consejo Jurídico (registrada el 14 de enero de 2010, vid. Dictámenes nº 51/2007 y 181/2009), una vez recibido el presente por el Ayuntamiento se reanuda dicho plazo máximo, lo que deberá ser tenido en cuenta a los efectos pertinentes, con independencia del juicio de fondo que pueda merecer esta actuación.

**TERCERA.- Resolución del contrato por incumplimiento culpable del contratista.**

I. Conforme se desprende del expediente remitido y de los Antecedentes reseñados, establecido un plazo de cuatro meses para la ejecución de las obras contratadas por importe de 2.478.710,06 euros, sólo constan las ejecutadas por importe de 370.128,53 euros, realizadas, según se deduce de las correspondientes certificaciones mensuales y de la de liquidación, en los meses de enero a marzo de 2008. La propia contratista manifestó en diciembre de 2008 su pretensión de resolver el contrato de mutuo acuerdo, expresando que no tenía capacidad económica para continuar las obras. Siendo evidente que su pretendida resolución contractual por mutuo acuerdo no puede ser impuesta a la Administración (que, además, no puede prestar su voluntad a estos efectos si concurriese otra causa resolutoria imputable al contratista, ex art. 112.4 TRLCAP, vid. Dictamen del Consejo de Estado 740/1995, de 25 de mayo), sólo cabe determinar si el contrato debe ser resuelto, bien por incumplimiento culpable del contratista de sus obligaciones esenciales (no ya sólo la atinente a la simple demora en la realización de las obras, sino a la falta misma de su ejecución, abandonadas en su día, ex artículo 111,e) y g) TRLCAP), bien por la declaración judicial de concurso voluntario en que se encuentra la empresa (artículo 111,b) TRLCAP).

A lo anterior no obsta, obviamente, que el Director de las obras haya expedido ya la certificación de liquidación de las mismas y que a ésta haya prestado su conformidad la contratista, pues ello en modo alguno supone avenencia o acuerdo del Ayuntamiento respecto del modo y la causa por la que haya de declararse la resolución del contrato. A dicha certificación deberá seguir la preceptiva resolución del órgano de contratación aprobando la liquidación del contrato, sin perjuicio de lo que resulte, en su caso, del eventual procedimiento que se tramite para la determinación de daños y perjuicios causados por tal resolución.

Las antedichas dos causas de resolución contractual objeto de análisis tienen, en principio, un alcance diferente en lo que atañe a las consecuencias anejas a la extinción del contrato, es decir, a la incautación y pérdida de la garantía prestada. El incumplimiento culpable de las apuntadas obligaciones contractuales esenciales llevaría consigo la indicada medida (art. 113.4 TRLCAP), pero 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).

A este respecto, como expusimos en nuestro Dictamen 169/2007, de 10 de diciembre, debe recordarse lo señalado por el Consejo de Estado en su Dictamen nº 2230/2004, de 14 de octubre de 2004: *“de acuerdo con una consolidada doctrina del Consejo de Estado, con carácter general en caso de concurrencia de varias causas de resolución de un contrato administrativo debe aplicarse de manera preferente la causa que se hubiere producido antes desde un punto de vista cronológico. Dicha doctrina resulta de numerosos dictámenes, entre los que cabe citar los números 37.688, 34.387, 54.205, 55.563, 55.564, 717/91, 718/91 y 719/91, de 20 de junio de 1991, 1.656/92, de 27 de enero de 1993, 712/94, de 23 de junio de 1994, y 740/95 y 741/95, de 25 de mayo de 1995. Es paradigmático de esta doctrina el dictamen número 47.892, de 4 de julio de 1985, en el que se dice que “cuando concurren diversas causas de resolución del contrato con diferentes efectos en cuanto a las consecuencias económicas de la extinción debe atenderse a la que haya aparecido con prioridad en el tiempo”. Y en otro de los Dictámenes de dicho Órgano Consultivo, el nº 55.564, de 31 de enero de 1991, se precisó que “el criterio fundamental, por tanto, es el de la preferencia por la causa primeramente perfeccionada en el tiempo -es decir, aquella que ha quedado integrada por todos y cada uno de sus perfiles institucionales- y será, por tanto, la que rija el régimen sustantivo de la resolución”.*

En lo que atañe específicamente al concurso de acreedores, en nuestro citado Dictamen se reseñó asimismo la doctrina contenida en el del Consejo de Estado de 9 de diciembre de 1982 en

el sentido de que *“no puede ser admitida la causa resolutoria de la suspensión de pagos para encubrir o disculpar un incumplimiento de las cláusulas contractuales en cuanto al plazo, producido con anterioridad al momento en que dicha causa ha sido alegada y conocida oficialmente por la Administración, puesto que si existe “culpa del contratista”, esta causa es de aplicación necesaria en buena defensa de los intereses generales implícitos en todo contrato administrativo”*.

En la misma línea, el Dictamen de dicho Órgano consultivo nº 680/2009, de 10 de junio, expresa que *“en el asunto sometido a consulta, resulta del expediente que tras la iniciación de los trabajos preparatorios se paralizó la actividad, llegando a agotarse la totalidad del plazo sin la ejecución del objeto del contrato. Esta dejación de la actividad supuso el incumplimiento de las obligaciones esenciales inherentes al contrato. Tal incumplimiento, anterior a la declaración del concurso voluntario del contratista, constituye causa de resolución, de acuerdo con lo previsto en el artículo 111.g) del texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio.”*

Asimismo, el Dictamen nº 1191/1993, de 25 de noviembre, señala que *“en el presente caso, la primera causa que concurre a efectos de producir los efectos resolutorios del contrato es el incumplimiento de los plazos parciales y del plazo final, y por ende, el incumplimiento imputable al contratista no queda enervado por la circunstancia de que tuviera solicitada la suspensión de pagos, dado que, al no existir declaración judicial constitutiva de la misma cuando éste paralizó unilateralmente las obras, hay que entender aplicable de manera prioritaria la causa de resolución del contrato como consecuencia del referido abandono de las obras, con sus efectos anejos.”*

Y, en un supuesto en que, aun no habiendo finalizado el plazo de ejecución, se había acreditado el abandono de las obras por el contratista, el Dictamen 144/2008, de 13 de marzo, expresa que *“se había apreciado un progresivo abandono de los trabajos hasta que el mismo fue total. Esta dejación de la actividad contractual, a pesar de que no se había plasmado al iniciarse el procedimiento de resolución en una inobservancia del plazo (pues el mismo finalizaba, tras dicha prórroga, el 15 de septiembre siguiente), supuso el incumplimiento de las obligaciones esenciales inherentes al contrato. Tal incumplimiento, anterior a la declaración del concurso voluntario de la contratista, constituye causa de resolución contractual, de acuerdo con lo previsto en el artículo 111.g) del texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio.”*

La misma doctrina, referida ahora al incumplimiento del contratista de su obligación - también esencial- de reparar los defectos advertidos en una obra, se plasma en el Dictamen nº 318/2008, de 13 de marzo, que expresa que *“la causa de resolución que rige en este caso no es la*

*declaración de concurso que prevé el artículo 111.b del TRLCAP (modificado por la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal) sino la derivada del incumplimiento del contratista que se recoge en el artículo 147.2 del TRLCAP. En efecto, fue el 4 de julio de 2007 cuando se observaron una serie de deficiencias y, concediéndose un plazo de 30 días para subsanarlas, la sociedad contratista no realizó las reparaciones oportunas. El hecho de que hasta el 18 de septiembre de 2007 (un día después del Auto de declaración de concurso) no se comprobara que efectivamente no se habían realizado las obras de subsanación requeridas, no desplaza automáticamente la causa de resolución a la prevista en el 111.b del TRLCAP.”*

II. Aplicado lo anterior al supuesto que nos ocupa, de los Antecedentes reseñados se desprende que en diciembre de 2008, fecha en que la contratista comunicó al Ayuntamiento que no iba a continuar con las obras (es decir, que las abandonaba) debido a sus dificultades económicas, aún no se había declarado la situación concursal de la empresa. El incumplimiento, producido ya entonces, de la esencial obligación de ejecutar las obras, imputable al contratista, constituye causa para la resolución del contrato, fundada en el artículo 111.g) TRLCAP; causa que, por lo dicho anteriormente, debe aplicarse con preferencia respecto de la relativa a la declaración judicial de concurso de acreedores.

Además del referido incumplimiento, también hubo demora en la ejecución de las obras, lo que supuso asimismo un incumplimiento del plazo de ejecución final establecido al efecto, lo que abunda en la culpabilidad del contratista. A este respecto, y por lo que atañe a las alegaciones de la empresa para justificar el retraso en la ejecución de las obras, debe decirse que no aporta prueba alguna que dé soporte a lo alegado, no obstante lo cual se realizan las siguientes consideraciones.

En primer lugar, en lo que se refiere a la alegada necesidad de retrasar las obras por no contarse con el proyecto de electricidad, no pueden aceptarse las meras afirmaciones de la contratista que, además, quedan desvirtuadas por lo expresado por el Director de las obras, que indica que el proyecto adjudicado contaba con lo relativo a la electrificación, que debía adaptarse a las necesidades de la empresa suministradora, a cuyo efecto se elaboró la oportuna documentación.

En segundo lugar, y por lo que se refiere a las alegadas dificultades para acceder a determinadas zonas donde se debían ejecutar obras, es cierto, conforme con el acta de comprobación del replanteo de 9 de noviembre de 2007, que al comienzo de la ejecución del contrato se advirtió la imposibilidad de acceder a determinadas zonas debido a la oposición de

algunos propietarios afectados; sin embargo, el informe del Director de las obras y la propuesta de resolución señalan que tal oposición cesó al poco tiempo respecto de todos los afectados, salvo en un caso, por lo que el 20 de diciembre de 2007 se levantó acta haciendo constar tal impedimento, que cesó cuando se obtuvo la correspondiente autorización judicial de entrada a la propiedad, siendo notificado al contratista el 11 de abril de 2008 el correspondiente Auto judicial. El informe del Director de las obras no especifica en qué concreta medida pudo influir, sobre la normal y total ejecución de las obras, la antedicha imposibilidad de acceder a una de las zonas afectadas, sin que, además, precise la extensión de las prórrogas que dice concedidas a la contratista (parece que no formalizadamente, pues ni el Ayuntamiento ni la contratista aportan documentos al efecto); no obstante, la referencia hecha en el citado informe a los muros de cerramiento parece indicar que las obras impedidas inicialmente fueron luego ejecutadas, constando obra realizada hasta marzo de 2008, por lo que no había obstáculo para la prosecución de las mismas, lo que no hizo la empresa. En cualquier caso, lo cierto es que las certificaciones expedidas demuestran que durante parte del referido período de tiempo en que hubo que obtener la autorización judicial de entrada se ejecutaron parte de las obras contratadas (en concreto, de enero a marzo de 2008), por lo que el citado impedimento no era total a estos efectos. Pero incluso en la hipótesis, más favorable para el contratista, de que las referidas dificultades de acceso hubieran justificado una ampliación del plazo contractual por todo el tiempo que medió entre la formalización del acta de comprobación del replanteo, en que se advirtió la imposibilidad del acceso, y la notificación al contratista del Auto judicial de autorización de entrada -cinco meses-, debe decirse que, aun con una eventual prórroga contractual por dicho tiempo, el plazo del contrato habría finalizado en agosto de 2008, fecha que es anterior a la de la declaración judicial del concurso, e incluso a aquélla en que la empresa comunicó al Ayuntamiento el abandono de las obras, resultando entonces una ejecución de sólo el 14,93% sobre el total de las contratadas.

En tercer lugar, por lo que se refiere a la alegada necesidad de modificar las obras contratadas debido a la necesidad de modificar previamente el PGOU del municipio en lo atinente al trazado de uno de los viales a ejecutar, la propuesta de resolución razona que tal necesidad sólo se puso de manifiesto a partir del dictado de la Orden del Consejero de Obras Públicas y Ordenación del Territorio de 7 de octubre de 2008, fecha que es posterior a la antes señalada de agosto de 2008, en que, en la hipótesis allí planteada, podía cifrarse el plazo final del contrato, por lo que la circunstancia alegada por la contratista no enerva su incumplimiento previo de las obligaciones contractuales.

Estas consideraciones determinan la necesidad de incorporar formalmente al expediente los documentos a que se refiere la propuesta de resolución, es decir, la reseñada acta de inspección,

el Auto judicial y su notificación al contratista y la citada Orden del Consejero, pues no obran en la documentación remitida.

III. En conclusión, las circunstancias anteriormente expuestas justifican la procedencia de declarar la resolución del contrato por el incumplimiento culpable del contratista de sus obligaciones contractuales esenciales, tanto por la demora en la ejecución de las obras como por la misma falta de ejecución de la prestación contratada, con incautación y pérdida de la garantía y la indemnización de los daños y perjuicios causados al Ayuntamiento en lo que excedan, en su caso, del importe de aquélla; todo ello en aplicación de lo establecido en los artículos 111,e) y g) y 113.4 TRLCAP.

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

### **CONCLUSIONES**

**PRIMERA.**- Se informa favorablemente la propuesta de resolución del contrato objeto de Dictamen, por incumplimiento culpable del contratista de sus obligaciones contractuales esenciales, con incautación y pérdida de la garantía prestada, por las razones expresadas en la Consideración Tercera de este Dictamen

**SEGUNDA.**- Deben incorporarse formalmente al expediente los documentos reseñados en la Consideración Tercera, II, del presente Dictamen.

No obstante, V.S. resolverá.



**DICTAMEN 29/2010**

<b>Asunto</b>	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.
<b>Consultante</b>	Consejero de Educación, Formación y Empleo
<b>Fecha</b>	15/02/2010

**Extracto de Doctrina**

Resulta acreditado que el siniestro se produjo como consecuencia de que un alumno lanzase, mientras jugaba en el patio en horario de recreo, una piedra dirigida a unos compañeros, aunque finalmente aquella impactase sobre la luna lateral derecha del autobús; esta circunstancia evidencia para este Consejo Jurídico, por una parte, un funcionamiento anómalo del servicio público docente, al permitir la existencia de piedras en el patio del colegio, con el riesgo que ello conlleva y, por otra, la deficiente vigilancia desplegada por el personal encargado de la misma, que no fue capaz de controlar la conducta del alumno causante del daño.

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** El día 27 de enero de 2001 tiene entrada en el Registro de la Consejería consultante escrito de x., en nombre y representación de la empresa --, SLU, en el que solicita una indemnización de 828,43 euros, por los daños sufridos en el autobús propiedad de la citada mercantil, como consecuencia del impacto en la luna lateral derecha de una piedra procedente del Instituto Rector D. Francisco Sabater García, de Cabezo de Torres (Murcia).

**SEGUNDO.-** Por la Dirección del Instituto se remite el expediente correspondiente al citado siniestro, al que se acompaña la siguiente documentación:

- a) Comunicación de accidente escolar firmada por el padre del alumno que ocasionó los daños, declarando su imposibilidad de hacer frente a la reparación de aquéllos.
- b) Factura de reparación del vehículo por el importe antes citado, al que al aplicársele el IVA se incrementa hasta la cantidad de 960,98 euros.
- c) Fotocopia compulsada del DNI del reclamante.
- d) Escritura por la que se acredita la representación con la dice actuar el x.
- e) Documento acreditativo de la titularidad del vehículo



f) Escrito firmado por el Jefe de Estudios y por el estudiante x., en el que se narra lo acontecido.

**TERCERO.-** Admitida a trámite la reclamación y designada instructora mediante Resolución de la Secretaría General de la Consejería de Educación y Universidades, aquélla dirigió escrito al Director del Instituto recabando información sobre los siguientes extremos:

*“Relato pormenorizado de los hechos (día, hora, circunstancias del incidente).*

*-Testimonio del conductor x., persona que se encontraba presente durante los hechos, según manifiesta el informe de accidente escolar remitido.*

*-Descripción del lugar donde ocurrieron los hechos.*

*-Testimonio, a ser posible, de algún compañero que estaba en el autobús y del conductor.*

*-¿Se encontraba algún profesor presente cuando se produjeron los daños?*

*-¿El autobús de la empresa x. está destinado al transporte escolar?*

*-De ser así, ¿Se ha concertado un seguro que cubra los posibles desperfectos a los autobuses de transporte escolar? En caso afirmativo, ¿Qué grado de cobertura tiene dicho seguro? ¿Cubre los posibles desperfectos que hagan los alumnos? ¿Se tiene conocimiento de que se haya hecho uso del mismo?*

*-Otras circunstancias que estime procedentes”.*

**CUARTO.-** El requerimiento fue atendido mediante escrito del Director de fecha 16 de marzo de 2009, al que une los siguientes documentos:

a) Declaración del conductor del autobús siniestrado, x., en el que se hace constar lo siguiente:

*“Que estaba estacionado junto al Instituto en calle del Pino junto a las pistas polideportivas, grabando un reportaje con el canal 7 Región de Murcia coincidiendo con la hora de recreo del*

*centro y que estaban mirando junto a la valla muchos alumnos cuando una piedra impactó en una luna del autobús rompiéndola.*

*Que preguntaron a los alumnos junto a la valla por el autor del lanzamiento de la piedra pero que no se pudo localizar. Por lo tanto entramos al centro para ponerlo en conocimiento de la dirección.*

*Que una vez en el interior del centro el declarante y una redactora del canal 7 cuyo nombre no recordaba en este momento pero que trataría de localizar, hablaron con el Jefe de Estudios explicándole lo ocurrido. A los 10 minutos apareció en Jefatura el alumno autor del lanzamiento manifestando su autoría pero que su intención no era tirar la piedra al autobús.*

*Preguntado si el autobús de la empresa x. está destinado al transporte escolar x. contesta que sí, que tiene seguro, pero que el seguro que tiene la empresa no cubre la rotura de lunas y que además el servicio que estaban realizando en ese momento no tenía nada que ver con el Instituto”.*

b) Informe de la Jefatura de Estudios del Centro del siguiente tenor:

*“El día 15 de diciembre de 2008, después del recreo (11:30 aproximadamente) se presenta en esta Jefatura de Estudios quién se identifica como x., conductor de un autobús, junto a una mujer que se identifica como trabajadora del canal 7 afirmando que, encontrándose estacionado su autobús junto al patio del Centro, había recibido un impacto de una piedra procedente del patio, resultando como consecuencia de dicho impacto una luna rota del autobús.*

*Estando hablando con x. y la trabajadora de canal 7, se personó en la Jefatura de Estudios el alumno x., quién reconoció haber lanzado la piedra que impactó en el autobús.*

*Una vez terminadas estas declaraciones, acordamos comunicarlo a la Dirección del Centro y a la Consejería de Educación para su resolución.*

*Preguntado a los profesores de guardia por lo ocurrido, manifiestan no haber observado nada relacionado con dicho incidente”.*

c) Comparecencia del alumno del Centro x., en la que pone de manifiesto lo siguiente:

*“En Jefatura de Estudios comparece el alumno x., del grupo 1º B del IES Rector Francisco Sabater de Cabezo de Torres quién declara que el lunes, día 15 de diciembre de 2008, sobre las 11,15 de la mañana, durante el recreo, estaba jugando al baloncesto con unos amigos, en el patio del Centro. Dicho alumno manifiesta que unos alumnos le estaban molestando y que él cogió una piedra y se la lanzó al grupo que le molestaba, con intención de asustarles y que le dejaran tranquilo. La piedra alcanzó, por error, la luna de un autobús, con matrícula “—”, marca LODGE, modelo TITANIUM, que se encontraba estacionado en la acera del Instituto, y cuyo conductor es x., con DNI x., el cual nos comunicó el incidente.*

*El alumno x. manifiesta que tras el incidente se personó en Jefatura de Estudios para relatar lo sucedido y que corresponde con lo anteriormente descrito. Según él nunca ha tenido intención de causar daño ni a personas ni a bienes y que todo ha sido un desafortunado incidente”.*

**QUINTO.-** Con fecha 17 de abril de 2009, la instructora dirige escrito al Parque Móvil Regional solicitando informe sobre la adecuación del importe de la factura presentada por el reclamante con los daños sufridos en el vehículo siniestrado.

El Jefe de Taller de dicho Parque cumplimenta el requerimiento, haciendo constar que la cantidad reclamada de 960,98 euros por los daños que se detallan en la factura, se ajusta aproximadamente a los precios reales de mercado por la reparación de dichos conceptos.

**SEXTO.-** Seguidamente la instructora solicita al reclamante el envío de la póliza de seguro del autobús “—” que sufrió los daños. Documento que se recibió con fecha 29 de abril de 2009.

**SÉPTIMO.-** El día 12 de mayo de 2009 la instructora se dirige al Director del IES solicitando información sobre el estado en el que se encontraba en el momento del accidente la valla que separaba el patio del centro del lugar en el que se encontraba estacionado el autobús siniestrado, así como si aquella cumplía con las medidas de seguridad establecidas para las instalaciones educativas.

Dando cumplimiento a lo que se le pedía el Director del IES remite escrito en el que hace constar lo siguiente:

*“- Efectivamente cerrando el recinto de todo el Centro existe una valla. El estado de la valla en el lugar donde se produjo el incidente es correcto.*

- *En dicho lugar la valla no tiene ningún desperfecto.*

- *En cuanto si cumple con las medidas de seguridad establecidas para las instalaciones educativas, tenemos que mencionar que la valla existente es la originaria de cuando se construyó el edificio, y cuyo Proyecto esta en poder de la Unidad Técnica de esa Consejería”.*

**OCTAVO.-** Con fecha 27 de mayo de 2009, la instructora confiere trámite de audiencia al reclamante, sin que éste compareciese.

Seguidamente la instructora formula propuesta de resolución estimatoria de la reclamación de responsabilidad patrimonial por considerar que existe nexo causal entre el funcionamiento del IES Rector D. Francisco Sabater García y el daño ocasionado en el vehículo de la mercantil interesada, por un importe de 960,98 euros en que se cifra la reparación de la luna, de acuerdo con la factura que se acompaña.

**NOVENO.-** Mediante oficio registrado el 2 de septiembre de 2009, el Consejero de Educación, Formación y Empleo solicita de este Consejo Jurídico la emisión de su preceptivo Dictamen, acompañando el expediente, extracto e índice reglamentarios.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

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

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

#### **SEGUNDA.- Tramitación.**

Si bien es cierto que el artículo 12.2 RRP señala que el dictamen del órgano consultivo competente se ha de pronunciar sobre la existencia o no de relación de causalidad entre el

funcionamiento del servicio público y la lesión producida y, en su caso, sobre la valoración del daño causado y la cuantía y modo de indemnización, también lo es que para un correcto pronunciamiento sobre dichos extremos el Consejo Jurídico ha de valorar el resto de presupuestos que inciden sobre dicha institución, incluido el examen del procedimiento seguido en orden a determinar su corrección y las consecuencias que sobre aquél pudieran tener los defectos formales en los que se hubiera podido incurrir.

La legitimación activa corresponde, cuando de daños materiales en las cosas se trata, en quien ostenta su propiedad, dado que éste será el que sufra el perjuicio patrimonial ocasionado por el funcionamiento de los servicios públicos. En definitiva, la legitimación para actuar deriva de la condición de perjudicado que, en el caso que nos ocupa, reside en la mercantil --, SLU, debidamente representada por el x., como propietaria del autobús, circunstancia que ha quedado debidamente acreditada en el expediente.

En lo que atañe a la legitimación pasiva, corresponde a la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, siendo la Consejería consultante la competente para resolver el presente procedimiento, al tratarse de unos presuntos daños imputados al funcionamiento del servicio público regional de educación en el que se integra el IES en el que ocurrió el siniestro.

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 (en los sucesivo LPAC), el derecho a reclamar se ha ejercitado dentro del plazo legalmente establecido, toda vez que la reclamación se interpuso antes de que transcurriera un año desde la fecha en que ocurrieron los hechos.

Por lo que se refiere al procedimiento, en términos generales se ha cumplido lo establecido en el RRP.

### **TERCERA.- Sobre el fondo del asunto.**

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, 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.

Centrándonos en el expediente objeto de Dictamen, hemos de recordar la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de febrero de 1998, que tan reiteradamente ha sido invocada por este Órgano Consultivo, mediante la que el Alto Tribunal señala 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 fue observado en la medida adecuada para evitar los daños que pueden producirse a los miembros de la comunidad escolar o a terceros, como consecuencia de la conducta normalmente imprevisible e imprudente de los alumnos confiados a su cuidado. En el presente supuesto los daños se han producido a un tercero ajeno al servicio público educativo, por los que la Administración tiene el deber de responder en los términos que reiteradamente se ha señalado tanto por el Consejo de Estado (Dictamen 1.470/1999, de 27 de mayo) como por este Consejo Jurídico (entre otros, Dictámenes 106/2001 y 207/2002).

Del análisis de la documentación obrante en el expediente resulta acreditado que el siniestro se produjo como consecuencia de que un alumno lanzase, mientras jugaba en el patio en horario de recreo, una piedra dirigida a unos compañeros, aunque finalmente aquélla impactase sobre la luna lateral derecha del autobús; esta circunstancia evidencia para este Consejo Jurídico, por una parte, un funcionamiento anómalo del servicio público docente, al permitir la existencia de piedras en el patio del colegio, con el riesgo que ello conlleva y, por otra, la deficiente vigilancia desplegada por el personal encargado de la misma, que no fue capaz de controlar la conducta del alumno causante del daño.

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

### **CONCLUSIÓN**

**ÚNICA.-** Se dictamina favorablemente la propuesta de resolución en cuanto estima la acción de reclamación de responsabilidad patrimonial al ser imputables al funcionamiento del servicio público docente los daños materiales producidos en el vehículo de la mercantil reclamante, que han de valorarse por el importe reclamado.

No obstante, V.E. resolverá.



**DICTAMEN 30/2010**

<b>Asunto</b>	Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hijo, debida a accidente escolar.
<b>Consultante</b>	Consejero de Educación, Formación y Empleo
<b>Fecha</b>	15/02/2010

**Extracto de Doctrina**

Por tanto, tratándose de perjuicios derivados de sucesos ocurridos en centros escolares, para que puedan imputarse al funcionamiento del servicio público docente, es necesario que sean atribuibles como propios o 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.-** Con fecha 16 de febrero de 2009 (registro de entrada), x., en nombre propio y en representación de su esposa x. y de su hijo, y x., en nombre propio y en representación de su esposa x., abuelos del menor lesionado, presentan reclamación de responsabilidad patrimonial ante la Consejería de Educación, Formación y Empleo por el accidente escolar ocurrido a x., alumno de la Escuela Infantil San Basilio de Murcia, el día 9 de mayo de 2008. También dirigen la reclamación, de forma solidaria, frente a --, S.A. (en lo sucesivo x), al amparo de la póliza que tiene suscrita con la citada Consejería, y que sufragó los gastos médicos ocasionados por el tratamiento al menor.

Previamente se había presentado un escrito por x. (registrado el 5 de enero anterior), en el que solicitaba que le fueran remitidas las condiciones generales y particulares de la póliza del seguro de responsabilidad civil concertada por la Consejería competente en materia de educación (folio 1), así como por el abuelo del menor, x., se había remitido un fax a la citada Consejería, en el que ponía en conocimiento de la misma su versión sobre lo ocurrido (folios 3 y 4). Con estos escritos previos se inició el expediente de responsabilidad patrimonial, según resolución del Secretario General de la Consejería de Educación, Formación y Empleo, de 23 de enero de 2009, aunque posteriormente se formalizaría la reclamación por los interesados mediante el escrito, ya citado, de 16 de febrero de 2009.

1. Hechos que sustentan la reclamación.

Los hechos que motivan la presente reclamación son descritos en el escrito presentado del siguiente modo (folio 12):

*“El menor de edad x. es alumno de la Escuela Infantil de San Basilio, dependiente de la Consejería de Educación de la Región de Murcia, cuando el pasado 9 de mayo de 2008 y mientras se encontraba en un centro escolar alrededor de las 11.00 h. resultó mordido en la cara por un compañero de clase afectado de VIH, causándole una herida sangrante.*

*Los padres del menor no fueron informados inmediatamente de lo sucedido, como cabría esperar, sino que el padre del niño fue llamado aparte cuando acudió al centro a recoger al menor, sobre las 15,00 horas, e informado entonces.*

*Por lo tanto, transcurridas al menos cuatro horas desde el incidente, el padre se entera de lo sucedido, y se le indica que x. ha de ser remitido al Servicio de Urgencias de Pediatría del Hospital Virgen de la Arrixaca, encargándose el Servicio de Pediatría del meritado hospital de su tratamiento.*

*Tras acudir a Urgencias, el niño le fue prescrito tratamiento con Zidovudina y fue nuevamente citado para acudir el día 15/05/2008, remitiéndole a su vez a su pediatra de zona para que recabase su historial inmunológico del niño causante de la lesión, a fin de conocer su carga viral y valorar el tratamiento a realizar.*

*Sin embargo, mis mandantes se encontraron con que el médico de zona no podía recabar el historial del menor, lógicamente por desconocer su identidad, negándose el centro de educación a facilitar dicha información.*

*Así las cosas, y con la lógica alarma y preocupación, el abuelo del menor optó por efectuar una denuncia ante el Juzgado que se encontraba de guardia, incoándose actuaciones de DPPA 3314/2008 por el Juzgado de Instrucción núm. seis, que fueron finalmente archivadas mediante Auto de 18 de julio de 2008.*

*En cuanto al tratamiento dispensado al menor, se ha extendido por un espacio algo más de seis (meses, se supone), requiriendo inicialmente quimioprofilaxis durante varias semanas (tratamiento con ZIDOVUDINA y otros) y posterior seguimiento, con revisiones y análisis*



*periódicos, hasta ser dado de alta con fecha de 19 de noviembre de 2008, en que el Dr. x. le dio de alta, afortunadamente sin que se verificase el contagio.*

*Reseñar que en el parte de consulta en que se indica el alta del paciente, el Dr. x. indica expresamente que HUBO POSIBILIDAD DE CONTAGIO".*

## 2. Actuaciones del centro de educación infantil.

En relación con las actuaciones del centro escolar, manifiestan conocer que la Dirección General de Centros se dirigió al Servicio de Epidemiología de la Dirección General de Salud, indicando que *"Un niño afectado por VIH ha mordido a otro produciéndole una herida sangrante"*, solicitando el protocolo de actuación a seguir.

También que por parte del Servicio de Epidemiología se contactó con un médico pediatra del Servicio de Urgencias de pediatría del Hospital Virgen de la Arrixaca, con el que se acordó la inmediata visita del niño a dicho servicio para valoración de la situación y proporcionar seguimiento, lo que se produjo esa misma tarde.

Igualmente, que el Servicio de Epidemiología contactó con los Servicios Municipales de Salud de Murcia, acordando que un médico responsable de vigilancia epidemiológica acudiera a la guardería para informar técnicamente a los padres del niño herido sobre los posibles riesgos del accidente ocurrido y las actuaciones a llevar a cabo.

## 3. Relación de causalidad.

Respecto al nexo causal entre el daño y el servicio educativo, alegan los reclamantes que hubo un mal funcionamiento del mismo *"por no haber dispuesto las medidas de control necesarias en atención a la concurrencia de un menor afectado por el VIH con otros que no lo están: claro está que el acceso a la educación e integración del menor infectado son indiscutibles, pero no menos cierto es que el respeto a sus derechos fundamentales no debe realizarse en detrimento de otros derechos fundamentales para el resto de sus compañeros. En definitiva, un adecuado seguimiento y control más diligente de la actividad del menor, potencialmente peligrosa para sus compañeros, habría evitado lo acontecido. "*

Añaden que, aunque la Administración regional justifique que se han ajustado a los protocolos establecidos, también procedería estimar la responsabilidad patrimonial, pues se habría derivado un daño por el “normal funcionamiento del servicio público”.

#### 4. Cuantificación del daño.

Los reclamantes cuantifican los daños sufridos por el menor en 6.000 euros, que corresponden al periodo de tratamiento durante 6 meses y 10 días, habiendo sido dado de alta el 19 de noviembre de 2008 (por error se dice 2009).

Respecto a los familiares del menor, padres y abuelos paternos, alegan un perjuicio moral, por el impacto que supuso la noticia de la posible infección, y la incertidumbre sostenida durante un periodo de 6 meses, hasta que fue dado de alta médica, acompañada de citas médicas y análisis. Además, sostienen la alteración de la vida cotidiana, con un especial cuidado en su vida diaria para evitar el contagio accidental con sus familiares y con la hermana del menor. Sobre la afectación a los abuelos paternos se destaca que su implicación ha sido fundamental por tratarse del nieto primogénito y haber tenido que auxiliar a los padres en el tratamiento médico, llevando al menor a realizarse los análisis y a algunas consultas médicas, cuando las obligaciones laborales de los padres les impedían acompañarle.

Sustentan tales peticiones con cita de la doctrina del Tribunal Supremo, Audiencia Nacional y determinados Tribunales Superiores de Justicia sobre los requisitos generales determinantes de la responsabilidad patrimonial, y de forma particularizada la indemnización del daño moral, proponiendo la apertura del periodo probatorio con la práctica de las siguientes pruebas: informes de la profesora encargada del menor y la directora de la escuela, copia de la póliza de responsabilidad civil e historial clínico del menor en el Servicio de Pediatría del Hospital Universitario Virgen de la Arrixaca. Sin perjuicio de lo anterior, entre la documentación que se acompaña al escrito de reclamación (numerada del 1 al 18), destacan:

- El libro de familia, acreditativo del parentesco de los reclamantes con el menor (folios 31 a 42).
- El informe del Servicio de Epidemiología de la Consejería de Sanidad y Consumo (folio 44).
- La denuncia por comparecencia verbal del abuelo del menor ante el Juzgado de Instrucción núm. 1 de Murcia, en la que manifiesta que la escuela infantil les negó el acceso a la identidad del niño que mordió a su nieto y de los datos médicos que allí constaran, solicitando

medidas judiciales urgentes a fin de que *“se nos facilite el historial-inmunológico del niño causante de la mordedura, tanto para poder ser visto por el pediatra de mi nieto y médicos del Hospital Virgen de la Arrixaca que van a ver a mi nieto el jueves”*. También denuncia al centro escolar, por entender que las educadoras no han tenido el debido cuidado, así como por la falta de información a los padres desde que ocurrieron los hechos (12 horas) hasta que lo comunicaron (16 horas), cuando el padre recogió al menor del centro (folio 45). Se acompaña también el Auto de 18 de julio de 2008 (Diligencias Previas 3314/2008 BH), por el que se acuerda el archivo de actuaciones con reserva de acciones civiles (folio 46).

- La historia clínica del menor (folios 47 a 61).

- Diversa información aparecida en la prensa sobre el suceso (folios 62 y 63).

- Los escritos de los interesados remitidos a la compañía de seguros x., así como la contestación de la citada compañía, de 24 de diciembre de 2008, en la que se les informa que la póliza suscrita sólo garantiza la asistencia sanitaria de las lesiones que puedan sufrir los alumnos, muerte e invalidez permanente, pero no la responsabilidad civil que pueda ser imputable al asegurado.

Por último, los reclamantes designan a la letrada x. como representante legal de todos ellos, representación que es aceptada, suscribiendo también el escrito de reclamación.

**SEGUNDO.-** Entre los informes recabados por la instructora y remitidos el 1 de abril de 2009 por la Directora General de Centros, se encuentra el evacuado por la Jefa de Sección de Centros de Educación Preescolar, de 30 de marzo de 2009, en el que se destaca:

*“Ratios generales (alumno/educador) de las aulas de la edad considerada y la específica de la unidad en la que se escolarizaron a los menores intervinientes, así como la referida en particular a la existente en la fecha del accidente: Ratios generales: bebés 6/1; 1 año 10/1; 2 años 16/1. X. admitido en aula de 1 año, ratio 10/1, x. (niño portador del VIH) admitido en aula de 2 años, ratio 15/2 (por ocupar el citado niño 2 plazas).*

*Añadir que esta escuela tiene 3 educadores de apoyo para 6 aulas ordinarias y 1 aula de gravemente afectados que a su vez está dotada con un auxiliar técnico.*

- *Procedimiento de escolarización de los menores afectados de patologías médicas: normativa y práctica habitual.*

*De conformidad con lo establecido en la Orden que regula la admisión de niños y niñas en las escuelas infantiles dependientes de esta Consejería. En el curso que nos ocupa, 2007/2008, la Orden que regulaba el procedimiento de admisión, renovación y traslado de centro de niños y niñas en Centros de Educación Preescolar dependientes de la Consejería de Educación y Cultura era de 3 de abril de 2006 (B.O.R.M. de 15 de abril) y la Orden de 30 de abril de 2007, por la que se modifican los plazos previstos en la Orden antes citada.*

*(...) X. ha pagado la factura enviada por la Arrixaca, por la atención de urgencia realizada el día 09/05/2008, por importe de 183,60 euros, factura pagada con cargo al expediente nº 475910946 abierto por la póliza de accidentes nº 17427061 (...)*

También consta un informe psicopedagógico del niño afectado por la patología infecciosa (antes de cumplir un año), realizado el 15 de diciembre de 2005 por el Equipo de Atención Temprana Murcia-1, del Servicio de Atención a la Diversidad de la Dirección General de Enseñanza Escolares. Además de la descripción sociofamiliar (madre toxicómana seropositiva fallecida por sobredosis, dos meses después de su nacimiento, y padre interno en un centro penitenciario), se destaca, en cuanto al desarrollo evolutivo del menor, que vivía en el Centro de Acogida de menores “Cardenal Belluga”:

*“Ha mejorado mucho aunque todavía los parámetros no están en los de su edad. La atención la mantiene dispersa, aunque también ha mejorado. Baja progresivamente su nivel de irritabilidad y de excitación. Presenta buena conexión social y respuesta a los estímulos. El equipo de atención temprana de la zona a la que pertenezca una vez sea adoptado, debe continuar su seguimiento.*

*(...)*

*X. está mejor conectado a su ambiente y cada vez más comunicativo en relación a los adultos de referencia en la Escuela -preferentemente su educadora- Sonríe cuando se dirigen a él. Expresa necesidades de afecto y se encuentra adaptado al espacio del aula y a las rutinas de la Escuela.*

*Ha evolucionado favorablemente desde que está escolarizado (...)*

*La propuesta de realizar el Dictamen de escolarización para que x. sea incluido en el Plan de Integración de Escuelas Infantiles estará condicionada a la evolución que el niño realice durante*

*este curso escolar, así como por otras cuestiones médicas que faciliten su buena adaptación a un entorno escolar normalizado".*

**TERCERO.-** El informe de la Directora de la escuela infantil San Basilio de Murcia, de 2 de marzo de 2009, señala:

*"La ratio que se aplicó el curso 2007/2008, tal y como indicaba la normativa vigente, fue de 10 niños y un educador para los niveles de 1-2 años, y 16 niños y un educador para las aulas de 2-3 años. La clase donde se encontraba escolarizado x. contaba con un total de 10 niños ya que la plaza destinada en esta aula para niños con necesidades educativas especiales durante este curso no se había cubierto. En el caso del otro niño que intervino en el incidente, este se encontraba escolarizado en un aula de 2-3 años ocupando la plaza destinada a niños con n.e.e. motivo por el cual la ratio de esta clase era de 15 niños. En la reunión general del equipo educativo, previa al comienzo del curso, en la que habitualmente se planifican todos los aspectos organizativos, se habían asignado como tutora a x., en el aula de 1-2 años, y x. en el aula de 2-3 años.*

*En lo referente al historial profesional de estas educadoras, hay que destacar que su experiencia en este ámbito se remonta desde el año 1982, en el que comenzaron a trabajar con niños de estas edades, hasta la fecha actual (...) demostrando siempre su capacidad y conocimiento de las actividades a realizar con los niños y manteniendo una adecuada relación personal tanto con los padres, como el resto del personal que conforman la plantilla del centro. En cuanto a la educadora de apoyo, x., ha trabajado en centros de educación especial dependientes del MEC, como educadora y como auxiliar educativo y desde el año 2001 hasta la fecha actual ha ejercido como educadora en escuelas infantiles de la CARM.*

*Por otra parte, la organización del Centro recoge que entre las 10,30 h y las 11,30 h, es el tiempo en el que los niños salen al patio. Esta salida se distribuye en función de las edades de los niños. Así contamos con dos patios que utilizamos regularmente, uno para los más pequeños de un año y los niños del aula abierta, y otro de mayor dimensión que utilizan las cinco aulas restantes para niños de uno y dos años. Durante este tiempo la actividad no dirigida pero siempre y en todo momento supervisada por adultos, los/as educadores se turnan para almorzar quedando establecido como norma que siempre quedara un mínimo de tres educadores que vigilen a los niños durante este periodo.*

*Además y relacionado con el tema que relataré a continuación, quiero explicar que durante el curso 2007/2008 en el que estuvo escolarizado en este Centro el niño con VIH, por parte de esta*

*dirección se informó de este tema exclusivamente y siguiendo instrucciones de la Dirección General de Centros a las siguientes personas: Educadora tutora del niño y a las tres educadoras de apoyo, que de forma intermitente tenían relación con el aula de este niño.*

*Dicho esto voy a hacer una descripción del incidente ocurrido el día 9 de mayo de 2008 desde el momento en que me avisaron de lo sucedido. Siendo la hora en la que todos los niños estaban en el patio, acudió al despacho una de las educadoras de apoyo, comentándome que había encontrado a un niño del aula de un año mayores, con un mordisco en la cara y que preguntándole al mismo quien se lo había hecho éste había señalado al niño con VIH, por lo que surgieron dudas razonables de que efectivamente hubiese ocurrido así. Inmediatamente contacté con la ATS del Centro y ésta contactó telefónicamente con el responsable de sanidad que se ocupa de estos temas, quien, le comenta, que aunque no existe peligro es necesario seguir el protocolo de actuación previsto para estas situaciones. Simultáneamente, yo hablo con los responsables de la Dirección General de Centros relatando lo sucedido y en pocos minutos la Directora General me llama para darme las instrucciones que tengo que seguir, según las cuales, yo tenía que esperar a que un responsable de Salud Pública que se iba a hacer cargo del tema, se personara en el centro. Y hacia las tres de la tarde se presenta un médico del Servicio de Epidemiología que tras examinar al niño agredido comenta que la herida no era profunda y por tanto que aunque el riesgo de un posible contagio era muy bajo había que aplicar el protocolo de actuación para estos casos. A continuación esperamos la llegada del padre al que se le explicó por parte del médico y mía todo lo sucedido y se le indicó la necesidad de trasladarse en ese momento hasta el Hospital Virgen de la Arrixaca, para dar comienzo a las actuaciones que requerían esta situación.”*

**CUARTO.-** X., tutora del aula de 2 años mayores, donde se integró el niño con VIH, emite un informe (folio 84), cuyo contenido se transcribe seguidamente:

*“Que durante el curso 2007/2008 fui asignada como tutora del aula de 2 años mayores de acuerdo con las decisiones adoptadas por el Equipo Educativo en la reunión organizativa para el mencionado curso. Este grupo estaba formado por un total de 15 niños y niñas nacidos entre enero y mayo de 2005 siguiendo la metodología que aplicamos cada curso de distribuir a los niños en grupos lo más homogéneos posible. Entre estos niños se escolarizó a x. (...) ocupando la plaza reservada para niños con N.E.E. Según la valoración realizada por el Equipo de atención temprana, el niño presentaba un retraso ligero en el desarrollo, encefalopatía. Se llevó a cabo, al igual que con el resto de niños, un periodo de adaptación de acuerdo con la familia en el que se fue ampliando progresivamente su estancia en el Centro, llegando a ser de horario completo hacia finales del mes de septiembre ya que su adaptación fue satisfactoria a partir de ese momento,*

*mostrando una actitud muy positiva a la escuela y a su grupo. Durante el mes de octubre se realizaron las actividades necesarias para la realización del nivel de competencia curricular, observando en el caso de x. algunos retrasos en el área del lenguaje, la atención y la autonomía personal. A partir de este momento pasé a realizar, como hacemos con todos los niños, el nivel de competencia curricular, observando en el caso de x., que su nivel madurativo era el adecuado para su edad cronológica y no detectando ningún aspecto que fuese motivo de atención o preocupación.*

*A continuación y una vez que el grupo en su mayoría estaba adaptado, se comenzaron a aplicar las unidades didácticas programadas no siendo necesario en el caso de x. realizar adaptaciones curriculares significativas porque la evaluación, según el nivel de competencia así lo indicaba. En general, puedo comentar lo siguiente:*

*A nivel motor: Mostraba falta de control y coordinación corporal en las actividades de movimiento global.*

*A nivel de comunicación: era un niño abierto y muy afectivo, aunque su lenguaje expresivo no estaba muy desarrollado, sí tenía intención comunicativa con los adultos y los niños.*

*En lo que se refiere a su relación con los iguales, x. era un niño muy sociable buscando continuamente la compañía de sus iguales, aunque al mismo tiempo esto era motivo de conflicto que en ocasiones resolvía empujando a otros niños para conseguir su objetivo. En el patio no presentó ningún problema en relacionarse pero prefería jugar con los niños de su grupo-aula a juegos de movimiento.*

*Para concluir y según las observaciones que pude realizar del tiempo que x. permaneció en el Centro, su adaptación fue muy satisfactoria, pero un aspecto a destacar fueron las dificultades que presentó por su incapacidad para mantener la atención durante el tiempo que duraban las actividades programadas. En lo referente a la relación que mantuve con la familia siempre fue muy fluida y en todo momento se mostraron participativos y colaboraron en las cuestiones que se les demandó para la realización de las actividades que llevaron a cabo según lo previsto.”*

**QUINTO.-** X., tutora del aula de 1 año mayores, donde se integró el menor que sufrió el mordisco, emite también un informe (folio 85), en el que señala:

*“Que durante el curso 2007/2008 fue asignada como tutora del aula de 1 año mayores de acuerdo con las decisiones adoptadas por el Equipo Educativo en la reunión organizativa para el*

*mencionado curso. Este grupo estaba formado por un total de 10 niños nacidos entre enero y junio de 2006 siguiendo la metodología que aplicamos cada curso de distribuir a los niños lo más homogéneos posible. Entre estos niños se escolarizó a x. quien tras la entrevista inicial que mantuve con la madre y la tía del niño para la recogida de datos, comenzó a asistir en el mes de septiembre. Se llevó a cabo, al igual que con el resto de niños, un periodo de adaptación de acuerdo con la familia en el que se fue ampliando progresivamente su estancia en el Centro, llegando a ser de horario completo hacia el mes de octubre. Durante este periodo el niño manifestó las actitudes propias de su edad, pasando de un rechazo inicial hasta llegar a su plena adaptación a la escuela.*

*A partir de este momento pasé a realizar, como hacemos con todos los niños, el nivel de competencia curricular, observando en el caso de x., que el nivel madurativo era el adecuado para su edad cronológica y no detectando ningún aspecto que fuese motivo de atención o preocupación.*

*A continuación y una vez que el grupo en su mayoría estaba adaptado se comenzaron a aplicar las unidades didácticas programadas y en relación a x. comentar lo siguiente:*

*A nivel motor: En poco tiempo se afianzó con los espacios tanto del aula como del patio, desplazándose y utilizando los materiales de forma adecuada y en consonancia con su edad.*

*A nivel de comunicación la variedad de vocabulario y la claridad de su lenguaje era el aspecto más relevante, ya que este recurso lo utilizaba para relacionarse tanto con los adultos como con los otros niños.*

*Por último, en lo que se refiere a su relación con los iguales, por una parte en el aula era abierto y se mostraba contento aunque en alguna ocasión muy puntual mostró conductas agresivas sobre todo cuando surgían disputas por el mismo juguete, llegando incluso a morder para obtener lo que quería, de lo que se informó a la familia en las ocasiones que esto sucedió, explicándoles que era un comportamiento que solía aparecer en los niños de esta edad. En el patio no presentó ningún problema en relacionarse no sólo con sus compañeros de aula, sino con el resto de niños de la escuela.*

*Para concluir y según las observaciones que pude realizar del tiempo que x. permaneció en el Centro, su adaptación fue muy satisfactoria y en cuanto a la relación que mantuve con la familia el intercambio de información diario tanto a la llegada del niño como a la salida siempre fue muy*



*fluido y en todo momento se mostraron participativos y colaboraron en las cuestiones que se les demandó para la realización de las actividades que llevaron a cabo según lo previsto.”*

**SEXTO.-** La educadora de apoyo para las aulas de 2 años y 1 año mayores, x., emite informe el 2 de marzo de 2009, en el que expresa:

*"Que durante el curso 2007/2008 fui asignada como educadora de apoyo para las aulas de 2 años y de 1 año mayores de acuerdo con las decisiones adoptadas por el Equipo Educativo en la reunión organizativa para el mencionado curso. El día 9 de mayo, al volver al patio junto con mis compañeras después de nuestro turno del almuerzo, observé un grupo de niños que estaban jugando con las piedras en la zona de la entrada principal. Entre ellos vi que x. llevaba una señal en la cara de haber recibido un mordisco, no presentando ni llanto ni queja alguna. Inmediatamente le pregunté quien le había mordido y el niño me contestó que había sido x. al mismo tiempo que lo señalaba desde el otro extremo del patio. Acto seguido x. corrió hasta donde estaba el otro niño señalándolo insistentemente. En ese momento, de las educadoras que nos encontrábamos en el patio solo yo había sido informada de la circunstancia que presentaba este niño por lo que me dirigí a la Dirección para informar de lo sucedido".*

**SÉPTIMO.-** La Jefa de Servicios de Centros emite informe el 30 de marzo de 2009, en el que relata las actuaciones llevada a cabo por la Dirección general de Centros, ante el aviso de la directora de la escuela del accidente escolar, así como las que se realizaron para reubicar en otros centros públicos al menor que sufrió la mordedura, ante la petición de sus padres:

*“Tal como se le explica, el médico se personó en la escuela infantil e informó a los padres de que, pese a la no existencia de peligro, había que tratar médicamente al niño.*

*En días posteriores la madre realiza una llamada telefónica a la Jefa del Servicio de Centros por medio de la cual solicita a la Consejería de Educación, Ciencia e Investigación, que se le dé una solución al problema generado puesto que no está dispuesta a volver a llevar al niño a la Escuela Infantil de San Basilio, manifestando en la misma llamada que está perdiendo días de trabajo al tener al niño en casa. La Jefa del Servicio trata en todo momento de calmar a la madre indicándole que la desafortunada situación se ha tratado adecuadamente desde la Administración y le informa telefónicamente de que se va a buscar la mejor opción a su petición. El día 22/5/2008 se remite escrito de la Directora General de Centros que figura como Anexo VI, en el que se le da la opción de trasladar al niño x. a cualquier escuela infantil de la red pública, tanto municipales como autonómicas”.*

Se acompaña este último escrito en los folios 87 y 88 del expediente.

**OCTAVO.-** Constan en el expediente (folios 101 a 104) las condiciones particulares de la póliza del contrato de seguro de accidentes colectivos núm. 17427061, suscrita por la Consejería competente en materia de educación con la aseguradora x., que cubre a los alumnos de centros de educación infantil y preescolar. También se indica por la Jefa de Sección de Centros de Educación Preescolar (folio 78) que la Consejería tiene contratada otras dos pólizas con la citada compañía de seguros: de daños materiales y responsabilidad civil (núm. 19114041) y de responsabilidad civil colectiva (núm. 21539669), cuya documentación parcial se incluye en los folios 90 y ss.

**NOVENO.-** Con fecha 14 de mayo de 2009 comparece en las dependencias administrativas del Servicio Jurídico de la Consejería de Educación, Formación y Empleo x., como letrada en representación de los reclamantes, para obtener copias de determinados documentos, siendo entregadas en ese mismo acto.

**DÉCIMO.-** El 18 de mayo siguiente se remite a la instructora del expediente, mediante comunicación interior, el informe del Servicio de Diversidad referente al accidente escolar, en el que se relatan las actuaciones seguidas tras recibir la llamada de la Jefa de Servicios de Centros, solicitando colaboración (folio 107).

**UNDÉCIMO.-** El 28 de mayo de 2009 (registro de entrada), la abogada de la compañía de seguros x. se persona en el procedimiento de responsabilidad patrimonial y solicita que se entiendan con ella las sucesivas actuaciones, así como que se le expida copia de todo lo actuado hasta ese momento.

Previamente, se le había dado traslado de la reclamación y se le había otorgado un trámite de audiencia para tomar vista del expediente y presentar las alegaciones que se estimaran pertinentes (folio 113)

**DUODÉCIMO.-** A requerimiento de la instructora, la Dirección General de Salud Pública remite oficio de 22 de junio de 2009, al que se acompañan los informes del Servicio de Epidemiología (folio 123), que se adjuntaba al escrito de reclamación, y los del Servicio de Promoción y Educación para la Salud y del Coordinador Regional del SIDA (folios 124 y 125), del que transcribimos los siguientes párrafos:

*“El riesgo cero ante la enfermedad no existe. En cualquier caso, aunque se han descrito casos en los que la transmisión de la enfermedad puede estar ligada a mordedura humana, en todos ellos existían traumas severos acompañados de extenso desgarramiento del tejido, lesiones y la presencia de sangre. También están documentados numerosos casos de mordeduras en los que no se ha producido la infección. Por todo ello, es dudoso el contagio por mordedura, aunque por el principio de precaución se ponen en marcha un conjunto de actuaciones para controlar la posible transmisión. (...)*

*Hay un consenso generalizado sobre la no discriminación social, laboral, escolar, etc. de los portadores de VIH, en cualquier situación clínica en la que se encuentren. Esto, naturalmente, incluye la escolarización de los niños VIH positivos (...)*

*Existe investigación suficiente sobre los mecanismos de transmisión de la enfermedad y sobre la supervivencia del virus en el medio ambiente (fuera de su huésped habitual). Las prácticas higiénico sanitarias habituales destruyen el virus que resiste mal fuera de su huésped habitual, en cuanto a las medidas a tomar en relación con los accidentes son las mismas en un niño portador de VIH que en cualquier otro niño, por lo que no se considera obligatorio que se comunique tal situación en el centro escolar. Otra cuestión es que, como cualquier otra enfermedad, sea recomendable que alguien en el centro (director o profesor tutor) conozca tal situación para saber qué hacer en casos de crisis por la enfermedad.”*

Lo anterior va acompañado de un folleto informativo de la Consejería de Sanidad sobre el SIDA para la comunidad escolar, en el que se destaca que no hay ningún caso registrado en el mundo de transmisión del VIH en la comunidad escolar, indicando a este respecto:

*“No hay evidencias de que el VIH pueda ser transmitido a través de un contacto social normal, compartiendo los lavabos y sanitarios, vasos, cubiertos, o viviendo en la misma casa. No se transmite a través de saliva ni de toses o estornudos. Tampoco por contacto con juguetes, ropas, arena, agua, etc. que hayan sido utilizadas por una persona portadora. No se ha registrado ningún caso de transmisión del VIH por el contacto diario; por ejemplo, por cortes, o mordiscos, o en la escuela, o grupo de juego.”*

Además, destaca el citado folleto que *“como toda la evidencia científica muestra que el VIH no se extiende por contacto diario, eso significa que los niños y niñas infectados pueden disfrutar de los beneficios de la integración escolar sin riesgo para sus compañeros, otros adultos, o ellos mismos”*.

Del mismo modo, se recogen los principios aplicables al tratamiento del SIDA en el ámbito escolar, destacados por los diferentes organismos nacionales e internacionales, tanto en el campo sanitario como educativo y laboral, que hacen referencia: a) Los miembros de la comunidad educativa no tienen obligación de informar a los estamentos del centro docente sobre su situación respecto al VIH; b) el derecho a la intimidad del menor debe preservarse; c) el estar infectado no constituye motivo de suspensión de asistencia al centro escolar, mientras no exista contraindicación médica; d) las pruebas de detección de anticuerpos anti VIH no deben exigirse para la asistencia a clase.

Por último, también diferencia la citada información entre portador del VIH y enfermo, pues la persona portadora no significa que vaya a desarrollar la enfermedad a corto o medio plazo. De otra parte, que las vías de infección son: a través de relaciones sexuales sin protección con una persona afectada; por contacto directo con sangre contaminada, principalmente compartiendo agujas o jeringuillas; de una madre infectada a su hijo durante el embarazo, el parto o la lactancia.

**DECIMOTERCERO.-** El 19 de junio de 2009, la instructora dirige escrito al Servicio de Prevención de Riesgos Laborales de la Dirección General de Recursos Humanos a fin de recabar información técnica sobre los aspectos del caso que pudieran incumbir a ese departamento, singularmente en relación con las medidas preventivas de este tipo de sucesos, que influyen en las condiciones laborales de los profesionales de la educación.

En su contestación, el Director General de Recursos remite informe del Jefe de Servicio de Prevención, de 22 de julio de 2009, acompañado de un folleto informativo editado por la Consejería de Educación y Cultura titulado "*Protocolo de actuación ante situaciones que impliquen alteraciones del estado de salud del alumnado en centros educativos públicos no universitarios*", que se incorpora al expediente de forma parcial.

En todo caso, el citado informe concluye que la actuación docente y las posibles acciones o recomendaciones para la prevención del contagio es competencia de la Consejería de Sanidad (folio 131).

**DECIMOCUARTO.-** Mediante oficio de 7 de septiembre de 2009, el Director Gerente del Hospital Universitario Virgen de la Arrixaca adjuntó copia de la historia clínica del paciente x. (folios 132 y siguientes), destacándose los siguientes documentos:

- El informe de alta del Servicio de Urgencias del citado Hospital, de 9 de mayo de 2008 (el mismo día del mordisco), que describe la primera exploración física del niño (en lo que resulta legible) *"...mejilla derecha donde se dibuja marca de mordisco y pequeñas erosiones, sin sangrado ni signos de sobreinfección cutánea."* Se prescribe la dosis de zidovudina y se le remite a su domicilio, debiendo acudir a revisión en el Servicio de Pediatría el jueves 15-5-08 para conocer los resultados de la serología y valorar tratamiento. Ese día se consigna en la hoja de consulta: "mordedura por niño con VIH con carga viral indetectable, serología negativa (folio 138)", prescribiendo una nueva prueba a los 30 días y citando al menor para nueva consulta el día 18 de junio siguiente.

- En el parte de asistencia por lesiones suscrito por el facultativo el mismo día (folio 134), se indica que el pronóstico es leve y que ha sido dado de alta hospitalaria. También, en su paso por Urgencias del Servicio de Pediatría, se documentó su situación física como normal (folio 135).

- En el informe que recoge la evolución clínica del menor (folio 137), se constata que la segunda serología realizada data de 6/06/08 y resultó negativa, al igual que la primera. La siguiente cita al Servicio de Pediatría, sólo para exploración física, se produjo el 10 de septiembre de 2008. En dicha visita médica, el facultativo anota "Normal estado general" del menor y solicita la última serología, que tuvo también un resultado negativo, según se anota el 19/11/08: *"Buen estado general. Sin seña taumatológica. Serología VIH, VHC y VHB negativas. Alta definitiva"*.

Asimismo, se acompaña un informe del Dr. x. del Servicio de Pediatría del Hospital Virgen de la Arrixaca, de 24 de julio de 2009 (folio 144), manifestando: *"Que revisada la Historia clínica del paciente no consta ningún dato que sugiera la existencia de cualquier secuela física que pueda derivarse de la administración preventiva de zidovudina."*

**DECIMOQUINTO.-** Otorgado un trámite de audiencia a los interesados, presenta escrito de alegaciones x., actuando en representación de todos ellos (folios 148 a 153), ratificándose en su integridad en los hechos referidos en el escrito de reclamación, añadiendo que la instrucción del expediente corrobora que no se adoptaron medidas especiales de vigilancia del menor afectado, aun cuando el niño fuera de corta edad y que lo normal sea que muestren comportamientos como el que se produjo (que se muerdan unos a otros). Además que el niño puede estar al cuidado de personas en el centro escolar que no sepan sus especiales circunstancias, pues según el informe de la Jefa de Sección de Centros, "lo normal" es que no todos los profesionales del centro conozcan la situación del menor.

En este aspecto señala:

*“En el centro de que se trata, sólo la profesora del menor y una de las educadoras de apoyo conocen las características del menor, sin que hayan recibido instrucciones especiales en relación al mismo.*

- *Los menores implicados, que asisten a clases diferentes, se mezclan en el patio de recreo.*

- *El incidente se produce en ausencia de la única educadora de apoyo que conoce las circunstancias personales del menor, x. Según su propia declaración, incorporada como Anexo IV del informe indicado, al volver al patio después del turno del almuerzo es cuando descubre que el menor lleva la señal de un mordisco en la cara, y es el propio menor quien le indica qué niño se la había causado.*

*En definitiva, difícilmente se puede aspirar a que exista una mínima diligencia en el cuidado de los niños, cuando las propias educadoras DESCONOCEN la potencial peligrosidad que entrañan las especiales circunstancias de algunos de ellos.*

*Atendido lo anterior, consideramos que la causa directa del accidente y en su consecuencia de los daños y perjuicios derivados del mismo estriba en el anormal funcionamiento del servicio público de que se trata, en concreto por no haber dispuesto las medidas de control necesarias en atención a la concurrencia de un menor afectado por el VIH con otros que no lo están; claro está que el acceso a la educación e integración del menor infectado son indiscutibles, pero no menos cierto es que el respeto a sus derechos fundamentales no debe realizarse en detrimento de otros derechos también de orden fundamental para el resto de sus compañeros, como es el de la integridad y salud. En definitiva, un adecuado seguimiento y control más diligente de la actividad del menor, potencialmente peligrosa para sus compañeros, habría podido evitar lo acontecido.*

*Al respecto, llama poderosamente la atención que en el apartado tercero del Informe emitido por el Jefe del Servicio de Promoción y Educación para la Salud y por el Técnico Responsable de Educación para la Salud, Coordinador Regional de Sida, que se titula “Informe sobre la posibilidad efectiva de que hubiere podido evitarse el mordisco (como acción de potencial contagio)”, lejos de contestar a lo solicitado por la Instructora e informar sobre esa posibilidad o imposibilidad de evitar que los menores se muerdan entre sí, los emisores del informe nos ilustren*

con la máxima "el riesgo cero ante la enfermedad no existe", para pasar a especular acerca de la escasa posibilidad de contagio por mordisco humano.

En definitiva NO CONTESTAN a una pregunta tan sencilla como la formulada: con una vigilancia más exhaustiva (si bien combinándola con el respeto al alumno afectado) ¿se habría podido evitar el mordisco?

Subsidiariamente, y en el caso de que se entienda que la actuación de la Administración pública ha sido correcta, consideramos que la imputación de responsabilidad patrimonial puede realizarse también por el NORMAL FUNCIONAMIENTO DEL SERVICIO PÚBLICO, puesto que del mismo se han derivado efectivos daños y perjuicios contra terceros que no tienen el deber de soportarlos, como es el caso.

En definitiva, si por la Administración actuante se nos dice y justifica que se aplicaron todos los medios materiales disponibles, así como el protocolo de actuación exigible y, en definitiva, estamos ante un servicio público que funciona con normalidad, también resulta cierto que de ese "normal" funcionamiento del servicio público se ha derivado un daño para mis representados, por lo que es exigible la reparación correspondiente.

Por ello, tras una adecuada ponderación de las circunstancias que rodean a los anteriores hechos, podemos concluir que nos encontramos ante un claro caso de Responsabilidad Patrimonial de la Administración, y en concreto de la Consejería de Educación, de la que depende el servicio público de que se trata".

Respecto a los perjuicios ocasionados, reiteran que por el menor se reclama el periodo de tratamiento al que se ha visto sometido por los hechos acontecidos, teniendo derecho a ser resarcido por cuanto no tenía obligación jurídica de soportarlo.

En cuanto a los perjuicios de los padres y abuelos paternos, se ciñe al daño moral ocasionado por la zozobra que ha supuesto para los reclamantes la incertidumbre acerca de contagio durante el periodo del tratamiento, que sólo se disipa con el diagnóstico definitivo de alta sin contagio. A este respecto, se destaca que el parte de consulta en que se da el alta al paciente y que consta unido al expediente, el Dr. x. indica expresamente que hubo posibilidad de contagio.

A lo anterior añade la letrada actuante: "el que las citas médicas, análisis, etc. que han tenido que llevarse a cabo durante el tratamiento y seguimiento de la posible infección, han hecho

*tener si cabe más presente de forma constante la terrible posibilidad de haber resultado infectado. La alteración de la vida cotidiana ha sido patente, así mismo al tener que observar una especial diligencia y cuidado en su vida diaria, para evitar el contagio accidental con sus propios familiares, en especial con la hermana del menor, que nació el pasado 20 de octubre de 2007. Por último, hemos de reseñar que en este caso la implicación de los abuelos paternos ha sido fundamental por tratarse del nieto primogénito, contar tan sólo con dos años de edad, y haber tenido que auxiliar a los padres en el seguimiento médico, llevando al menor a realizarse los análisis y algunas de las consultas cuando las obligaciones laborales de los padres lo impedían, en tanto ambos se encuentran trabajando. Sobre este punto, nos remitimos a la fundamentación jurídica de la reclamación interpuesta, que avala la posibilidad de reclamar el resarcimiento de los daños morales, ampliamente secundada por nuestros Tribunales.”*

**DECIMOSEXTO.-** Con fecha 16 de octubre de 2009, presenta escrito de alegaciones x., en representación de la compañía de seguros x., en el que expone que los hechos por los que se reclama no son constitutivos de responsabilidad patrimonial, ni existe funcionamiento anormal del servicio público, dado que se activaron todos los protocolos en educación y sanidad disponibles, máxime cuando no existen antecedentes de contagio constatados en el ámbito escolar. Añade que se informó técnicamente a los padres del menor y se siguieron las correspondientes pautas médicas. También que no existe daño y menos individualizado y acreditado y, consecuentemente, no existe nexo causal alguno que permita imputar responsabilidad a la Administración, ni título de imputación. De otra parte, manifiesta que la póliza contratada con la aseguradora no cubre la responsabilidad civil que pueda ser imputable al asegurado, ya que sólo cubre la asistencia sanitaria de alumnos, muerte e invalidez permanente.

**DECIMOSÉPTIMO.-** La propuesta de resolución, de 22 de octubre de 2009, desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial por los siguientes motivos extraídos de sus consideraciones jurídicas:

- Los reclamantes no acreditan la efectividad del daño. A este respecto, la instructora señala que los interesados no alegan ni prueban de qué manera el periodo de tratamiento les ha generado un perjuicio impeditivo por hospitalización, o no impeditivo en su esfera social o laboral como partidas indemnizables, ni lo hacen respecto del menor ni respecto de los adultos. No se dice de qué forma la zozobra les ha reportado un perjuicio económico directo y concreto o una excesiva dificultad para afrontar la vida cotidiana o laboral de manera efectiva y evaluable, sin perjuicio de que haya habido preocupación de los familiares, al igual que lo ha habido, en otro grado, en sus cuidadoras de la escuela. Sin embargo, la preocupación de los familiares, en su opinión, no



constituye una partida que pueda componer el daño por sí sola, ya que se trata de una emoción no evaluable económicamente de forma objetivada, y la zozobra no causa un daño directo y efectivo a los familiares (no se alega ni se prueba como se ha indicado), ni al menor, salvo que la misma se manifieste en otros ámbitos causando un efectivo perjuicio.

- El daño no es antijurídico, pues se trata de una enfermedad que exige la solidaridad jurídica de sus efectos, a la par que es un asunto de salud pública, de trascendencia planetaria. Por tanto, bajo ciertas premisas, cada individuo debe soportar jurídicamente las consecuencias que se deriven de la existencia de tal virus en la comunidad humana en general y educativa en particular.

- Señala que en el fondo de este asunto subyacen un conflicto de intereses que se produce por la concurrencia de los bienes jurídicos protegidos: derecho a la intimidad y privacidad del enfermo de una parte, frente al derecho a mantener la salud del resto de los sujetos que se encuentran en su entorno. También que las posibles actuaciones es un tema sometido a controversia.

- Frente a las alegaciones de los reclamantes de un funcionamiento anormal del servicio público docente, en cuanto que un adecuado seguimiento y control más diligente de la actividad del menor, potencialmente peligrosa para sus compañeros, hubiera podido evitar lo acontecido, la instructora contesta que un mordisco entre iguales de dos o tres años de edad resulta difícil de prevenir, pues se trata de sucesos que ocurren al margen de una vigilancia diligente, y en este caso los ratios entre escolares y educadores son los que marca la normativa, estando altamente capacitado el personal. De otra parte, señala que la escolarización de estos menores es objeto de un tratamiento especial por comisiones específicas, cuando el menor es diagnosticado por los equipos de atención temprana; el historial educativo del niño que mordió a x. es una historia de superación de gravísimas dificultades por la situación familiar, donde se destaca la necesidad de afecto de los otros alumnos. Los datos que afectan al desarrollo psicoeducativo del menor son los que debe conocer la Administración educativa en este caso.

- El menor que sufrió el mordisco fue atendido prontamente, siendo la educadora la que ayudó a x. a identificar al compañero que le mordió. Todas las actuaciones de los profesionales se dirigieron a velar por la salud de x. y no es posible hacer ningún reproche al procedimiento que la Consejería competente siguió y su nivel de intervención, recibiendo los padres una atención especializada, pues se desplazó un médico a la escuela al efecto.

- Sobre la tardanza en dar información a los progenitores, se responde que todas las actuaciones se orientaron a la toma de decisiones acerca del menor que en ese momento se encuentra bajo custodia de la Administración, sin que tampoco se haya probado que con la supuesta tardanza se irrogara un daño añadido al menor.

Concluye en que no se ha acreditado daño efectivo, ni nexo causal entre el funcionamiento del servicio público docente y el subjetivo perjuicio moral, ni antijuricidad del mismo, por lo que no procede entrar a realizar consideraciones sobre la cuantía indemnizatoria.

**DECIMOCTAVO.-** Con fecha 28 de octubre 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 para reclamar, legitimación y procedimiento.**

La reclamación ha sido interpuesta dentro del plazo de un año a que se refiere el artículo 142.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), por quien ostenta y acredita la representación legal del menor (artículo 162 del Código Civil), en este caso su progenitor x., quien actúa también en nombre propio y en representación de su mujer, si bien esta última representación no resulta acreditada en el expediente, sobre todo cuando los perjuicios reclamados son daños morales.

En principio nada que oponer a la legitimación activa de x., abuelo del menor, que actúa a su vez en nombre propio y en representación de su mujer, si bien tampoco esta representación resulta acreditada en el expediente. De otra parte, el hecho de si han resultado o no perjudicados por el accidente escolar del menor, por pertenecer a su círculo afectivo, según alega la letrada actuante, forma parte de la cuestión de fondo, en función de la prueba que se haya practicado en el expediente (Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Región de Murcia, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 28 de octubre de 2004).

En cuanto a la legitimación pasiva, corresponde a la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia; la actual Consejería de Educación, Formación y Empleo es competente para resolver el presente procedimiento, al tratarse de unos daños imputados al funcionamiento del servicio público regional de educación en el que se integra la Escuela Infantil de San Basilio del municipio de Murcia, donde ocurrió el accidente escolar. También resulta conforme a nuestra doctrina, la consideración de interesada de la compañía aseguradora del ente público, que también se ha personado en el expediente (Memoria correspondiente al año 1999, página 42).

El examen conjunto de la documentación remitida permite afirmar que, en términos generales, se han cumplido los trámites legales y reglamentarios que integran esta clase de procedimientos, sin que se aprecien carencias formales esenciales.

**TERCERA.- La responsabilidad patrimonial de la Administración en el ámbito docente.**  
**Consideraciones generales.**

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 ha de destacar que si bien es cierto que nuestro ordenamiento jurídico configura un régimen de responsabilidad patrimonial de carácter objetivo, éste no convierte a la Administración en una aseguradora que deba responder automáticamente por el solo hecho de que el evento dañoso se haya producido como consecuencia de la utilización de bienes o servicios públicos con independencia del actuar

administrativo, porque, de aceptar esta tesis, el régimen de responsabilidad patrimonial se transformaría en un sistema providencialista no contemplado en nuestro ordenamiento jurídico (sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso Administrativo, de 5 de junio de 1998 y de 27 de mayo de 1999).

Por otro lado, el Consejo de Estado en reiterados Dictámenes, entre los que podemos citar el número 229/2001, mantiene un criterio similar al jurisprudencial, al señalar que el carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial de la Administración no implica que “deba responder necesariamente de todos los daños que puedan sufrir los alumnos en centros públicos, sino que, para que proceda la responsabilidad patrimonial, deberán darse los requisitos que la caracterizan, legalmente establecidos en los artículos 139 a 146 LPAC”.

También es abundante la doctrina sentada por el mismo órgano consultivo, que propugna la ausencia de la relación de causalidad cuando los hechos se producen fortuitamente, dentro del riesgo que suponen las actividades lúdicas de los escolares durante el tiempo de recreo, y no por falta de vigilancia exigida al profesorado (Dictamen 2099/2000). En el mismo sentido, los Dictámenes números 33/2006 y 170/2009 de este Consejo Jurídico y en la Memoria de este Órgano Consultivo correspondiente al año 2003 (folios 44 y 45).

Por tanto, tratándose de perjuicios derivados de sucesos ocurridos en centros escolares, para que puedan imputarse al funcionamiento del servicio público docente, es necesario que sean atribuibles como propios o 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 (SAN, Sala de lo Contencioso Administrativo, de 18 de abril de 2002).

**CUARTA.- Concurrencia de los requisitos determinantes de la responsabilidad patrimonial. Funcionamiento del servicio público docente.**

Para los reclamantes la causa directa del accidente, y los daños derivados del mismo, son imputables al funcionamiento del servicio público docente, concretamente por la no adopción por la Administración educativa de las medidas de control necesarias, en atención a la concurrencia de un menor portador del VIH con otros que no lo están, a pesar de reconocer que el acceso de este último a la educación e integración son indiscutibles, pero no a costa de realizarse en detrimento de los derechos de sus compañeros. Se llega a afirmar que un adecuado seguimiento y control más diligente de la actividad del menor, potencialmente peligrosa para sus compañeros, habría evitado

lo acontecido. En su defecto, aunque se considerara que el funcionamiento del servicio público ha sido normal, también habría que reconocer el daño alegado.

Aplicada la doctrina expuesta en la Consideración anterior para que pueda imputarse el daño alegado al funcionamiento del servicio público docente, ha de analizarse previamente cómo se desarrolló la actividad docente, y las medidas internas organizativas del centro escolar.

A) La actividad docente.

Aun cuando se sostiene por los reclamantes el derecho del alumno portador del VIH al acceso a la educación y a su integración, en el escrito de reclamación subyace la cuestión de la escolarización de los alumnos con VIH y si la Administración regional cumplió con los protocolos establecidos al respecto, en su caso.

De los informes evacuados (informe conjunto del Jefe de Servicio de Promoción y Educación para la Salud y del Técnico Responsable de Educación para la Salud, Coordinador regional del SIDA, folio 125) se desprende que hay un consenso generalizado sobre la no discriminación social, laboral, escolar, etc. de los portadores del SIDA. Añaden los citados técnicos que *“esto, naturalmente, incluye la escolarización de los niños VIH positivos.”*

Desde el punto de vista técnico, siguiendo las directrices de los organismos internacionales competentes (OMS, UNESCO, OIT y organizaciones docentes de carácter internacional), se recoge en la información suministrada por la Consejería de Sanidad (folleto informativo obrante en los folios 122 y ss.), que no existe ningún caso registrado en el mundo de transmisión del VIH en la comunidad escolar. De otra parte que *“toda la evidencia científica muestra que el VIH no se extiende por el contacto diario, esto significa que los niños y niñas pueden disfrutar de los beneficios de la integración escolar sin riesgo para sus compañeros, otros adultos o ellos mismos”*. En caso contrario, sería fácil deducir que el mismo profesorado se opondría a la citada integración escolar por miedo al contagio. De otra parte, se destaca en la información sanitaria que las precauciones a tomar son las habituales para prevenir cualquier tipo de infección. Por tanto, la evidencia científica indicada contradice la afirmación de los interesados, que fundamenta la reclamación, relativa a que la actividad del menor portador de VIH es potencialmente peligrosa para sus compañeros.

En el presente caso la Administración educativa se ha ajustado a las directrices marcadas por los organismos nacionales (Ministerios competentes en materia de Sanidad y Educación,

Comunidades Autónomas) e internacionales ya indicados, para el tratamiento del SIDA en el ámbito escolar, que se basan en el hecho de que no se ha demostrado que exista riesgo de transmisión durante el contacto casual que puede darse en los centros docentes, y abogan por la plena integración de las personas afectadas dentro del ámbito educativo, siguiendo los siguientes principios:

1. Las pruebas de detección de anticuerpos anti VIH no deben exigirse para la asistencia a clase.

En este caso la familia del menor afectado lo comunicó al centro escolar, destacando el Director General de Salud su comportamiento responsable puesto que, en otros casos, se omite esta información para evitar el rechazo, según la noticia sobre el accidente escolar publicada en la prensa regional aportada por los reclamantes (folio 62). Demostrativo de lo anterior es la manifestación vertida por uno de los interesados en el fax remitido a la Consejería, señalando que de haber conocido la posibilidad de esa mordedura y de contagio “su nieto no hubiera pisado la escuela infantil” (folio 4).

2. Los miembros de la comunidad educativa (alumnos, padres, profesores, etc.) no tienen obligación de informar a ninguno de los estamentos relacionados con el centro docente, de su situación respecto al VIH.

3. El derecho a la intimidad debe preservarse.

La decisión de informar a miembros del equipo docente, la Administración o cualquier otra institución, acerca de la situación personal respecto al VIH, compete únicamente al interesado o a sus representantes legales.

En el presente caso, según informa la Directora de la Escuela Infantil, siguiendo instrucciones de la Dirección General de Centros, conocían esta patología del niño, además de ella misma, la educadora tutora y las tres educadoras de apoyo, que de forma intermitente tenían relación con el aula del niño, frente a lo que sostienen los reclamantes en el escrito de alegaciones, que manifiestan que era conocida por una sola educadora de apoyo. Precisamente la extensión de la información a las tres educadoras de apoyo por parte del centro escolar se considera muy acertada, pues una de ellas fue la que detectó el mordisco en la cara del menor durante el recreo, trasladando dicha información a la Directora, que puso en marcha una serie de actuaciones preventivas, en relación con el menor que sufrió la mordedura, como más adelante se expondrán.

4. Estar infectado por el VIH no constituye motivo de suspensión en la asistencia al centro docente.

Al contrario que otras infecciones, las relacionadas con el VIH no suponen riesgo de infección en las interacciones normales que se producen en el medio escolar (más aún cuando los niños implicados tenían 2 y 3 años de edad). Según el informe conjunto del Técnico Responsable de Educación para la Salud (Coordinador regional del SIDA) y del Jefe de Servicio de Promoción y Educación para la Salud (folio 125), en “todos los casos” que se han descrito que la transmisión de la enfermedad puede estar ligada a una mordedura humana existían traumas severos acompañados de extenso desgarramiento del tejido, lesiones y presencia de la sangre.

Según se documenta en el expediente, en el caso del menor que sufrió la mordedura, no existían tales traumas severos, conforme describe el informe de alta del Servicio de Urgencias del Hospital Virgen de la Arrixaca, de 9 de mayo de 2008 (el mismo día del mordisco), al que acudieron por la tarde el menor y su progenitor, acompañados de un médico enviado por la Dirección General de Salud al centro escolar: *“mejilla derecha donde se dibuja marca de mordisco y pequeñas erosiones, sin sangrado ni signos de sobreinfección cutánea”*. Más aún, en el parte de lesiones suscrito por el facultativo ese mismo día se recoge que el pronóstico del menor es leve (folio 134).

A los principios anteriores, podemos añadir particularmente otras consideraciones:

5. Inexistencia de recomendación médica para su no integración en la Educación Infantil.

No existe ninguna recomendación médica y terapéutica en el expediente contraria a que el menor con VIH no se integrara en la Educación Infantil, sino muy al contrario, se considera muy beneficiosa por el equipo de atención primaria que observó al menor cuando tenía casi un año de edad, y se encontraba en las cunas de la Escuela Infantil de Guadalupe. En tal sentido se señala (folio 79): *“X. está mejor conectado a su ambiente y cada vez más comunicativo en relación a los adultos de referencia en la Escuela -preferentemente su educadora- Sonríe cuando se dirigen a él. Expresa necesidades de afecto y se encuentra adaptado al espacio del aula y a las rutinas de la Escuela.”*

De otra parte, como destaca la propuesta de resolución, *“la escolarización de estos menores (como fue la del niño que mordió) es objeto de tratamiento especial por comisiones específicas cuando el menor es diagnosticado por los equipos de atención temprana.”*

## 6. Cumplimiento de los ratios alumno/profesor.

Por otra parte, no se incumplieron los ratios de alumnos en los cursos de los dos menores; mientras que el aula del menor lesionado, x., contaba con un total de 10 niños, pues la plaza destinada a alumnos con necesidades educativas especiales no se había cubierto, el aula del niño portador del VIH contaba con 15 niños (en lugar de 16), al ocupar éste la plaza destinada a dichos niños (con necesidades especiales educativas), conforme a la Órdenes de 3 de abril de 2006, que regula el procedimiento de admisión de niños/as en Centros de Educación Preescolar dependiente de la Consejería de Educación y Cultura (curso escolar 2007/2008), y de 30 de abril de 2007, por la que se modifican los plazos previstos en la Orden anterior. Precisamente el centro escolar se encontraba entre los relacionados en el anexo I, que ofertaban plazas de educación especial.

Asimismo, desde una perspectiva legal, conviene recordar, como refiere algún informe (folio 125), que por la Administración educativa deben ser preservados los derechos del niño portador del VIH reconocidos en la Constitución Española: los derechos a la educación (artículo 27.1), a la igualdad ante la Ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por cualquier circunstancia personal o social (artículo 14.1); y a la intimidad personal (artículo 18.1).

Recíprocamente también resulta necesario reconocer otros derechos constitucionalmente, que ostentan los compañeros de aulas de niños portadores de VIH, como el derecho a la protección a la salud (artículo 43.1 CE).

No obstante, en el caso que nos ocupa, la información científica obrante en el expediente destaca, conforme a lo indicado, que el VIH no se extiende por el contacto diario, sin que se haya documentado ningún caso de transmisión de la infección en el medio educativo, aun cuando el parte de alta de pediatra exprese que “hubo posibilidad de contagio”. De otra parte, un dato médico digno de destacar, que se reseña por el facultativo a la semana de producirse el accidente escolar (15 de mayo de 2008), es que la carga viral (parece referirse al niño con VIH) es indetectable (folio 138), como también corrobora la información suministrada por el Director General de Salud en la noticia de prensa aportada por los reclamantes (folio 62).

### B) Medidas de organización en las aulas y en los recreos.

Según explica la tutora del aula de niños de 2 años mayores (Antecedente Cuarto), a la que pertenecía el menor portador de VIH, éste presentaba un retraso ligero en el desarrollo, conforme a



la valoración del equipo de atención primaria. Se llevó a cabo un periodo de adaptación, al igual que al resto de niños, ampliándose el horario escolar progresivamente hasta ser completo a finales del mes de septiembre, siendo su adaptación satisfactoria, mostrando una actitud muy positiva en la escuela y en su grupo. En el patio no mostró ningún problema en relacionarse, pero prefería jugar con los niños de su grupo-aula a juegos de movimientos. Conviene advertir que el accidente escolar se produjo en el mes de mayo, sin que se recoja en los informes del personal educativo cualquier otro tipo de incidencia o problemas dignos de reseñar en la relación de este menor con el resto de sus compañeros, durante los meses anteriores (desde septiembre del año anterior) bien en el aula, bien en el recreo. Tampoco en la descripción de su comportamiento se recoge, entre sus antecedentes, que soliera morder a sus compañeros del aula, a diferencia, por cierto, del menor accidentado, que en alguna ocasión puntual (en relación con algún juguete), llegó a morder para obtener lo que quería, según refiere la tutora de su aula (folio 85).

Un dato importante a tener en cuenta es que ambos niños no compartían aula, sino que se encontraban en clases distintas.

En relación con el horario del recreo, entre las 10,30 y las 11,30 horas, la Dirección de la Escuela explica que los niños salen al patio, éstos se distribuyen en función de sus edades. En un patio más pequeño para los niños de 1 año y los de aula abierta; otro patio, de mayor dimensión, para niños de uno y dos años, donde se encontraban los dos niños implicados. Se encontraban bajo la supervisión de tres educadoras, que vigilan a los niños durante este periodo. Precisamente fue una educadora de apoyo la que observó el mordisco en la cara de x. cuando se encontraba jugando con un grupo de niños, sin que el menor presentara ni llanto ni queja alguna, preguntándole entonces quién le había mordido, señalando al niño portador del VIH, que se encontraba al otro lado del patio en aquel momento. Al conocer esta circunstancia, se dirigió a la Directora de la escuela para explicarle lo sucedido.

Las medidas adoptadas con posterioridad, alguna de las cuales también son cuestionadas por los reclamantes, serán analizadas seguidamente, a través del examen del nexo causal.

Por tanto, de lo indicado no se desprende un funcionamiento anormal de los servicios públicos docentes en relación con los criterios de escolarización del menor portador de VIH y las medidas específicas de organización aplicadas.

**QUINTA.- Relación de causalidad con el daño alegado.**

## 1. Mayores medidas de vigilancia respecto al niño portador de VIH.

Se sostiene por los reclamantes, para establecer el nexo causal con el daño alegado, que una vigilancia más intensa por parte de las educadoras hubiera evitado la mordedura. Sin embargo, tal posición es ciertamente contradictoria cuando afirma la letrada actuante, en el escrito de alegaciones, que lo normal de un niño de tan corta edad es morder a otros.

Cabría analizar, por tanto, si se pueden evitar estos mordiscos entre niños de tan corta edad, contestando a este respecto la instructora, no sin razón, que se trata de sucesos que ocurren al margen de una vigilancia diligente, y en este caso los ratios entre escolares y educadores son los que marca la normativa. En este sentido, cabe afirmar que se trata de actos impulsivos, instantáneos, difíciles o imposibles de prevenir para los propios progenitores, sin que pueda exigirse al personal educativo una diligencia imposible de alcanzar para el buen padre de familia (1.903, último párrafo, del Código Civil). Este mismo mordisco de un niño portador del VIH se podía haber producido en el parque, o en cualquier otro lugar de concurrencia pública (fiesta infantil), sin que los progenitores o abuelos hubieran podido evitarlo, con el riesgo añadido de no haber podido aplicar las medidas preventivas como en el presente caso, si no hubiera conocido que el niño causante era portador de VIH, a tenor de la información suministrada por la Consejería de Sanidad: *“no podemos saber, en este momento, cuantos niños y niñas en edad escolar son portadores del virus del SIDA en nuestra Comunidad. De todas formas podemos suponer que, durante los próximos años, se incrementará, paulatinamente, el número de afectados y afectadas por la infección del VIH, que se integran en la Comunidad Escolar.”*

De otra parte, no sólo la educadora de apoyo que detectó la mordedura era conocedora de la situación del menor con VIH, sino también otras dos educadoras, además de la tutora del aula y la Directora de la Escuela Infantil.

## 2. Tardanza en suministrar la información a los padres del menor lesionado y negativa del centro escolar a facilitar el historial del menor con VIH necesaria para el tratamiento preventivo del niño que fue mordido.

Sostienen los reclamantes que *“los padres del menor no fueron informados inmediatamente de lo sucedido, como cabría esperar, sino que el padre del niño fue llamado aparte cuando acudió al centro a recoger al menor, sobre las 15 horas, e informado entonces.”*

La actuación del centro escolar, tras conocer el mordisco sufrido por el menor, fue correcta y orientada a preservar su salud, en atención a los informes obrantes en el expediente. Así se describe por la Directora de la Escuela Infantil (Antecedente Tercero, párrafo quinto).

Los propios reclamantes reconocen y resumen en el escrito de reclamación parte de las actuaciones seguidas por la Administración educativa (Antecedente Primero, apartado 2, del presente Dictamen), que fueron las siguientes:

- La Directora de la Escuela Infantil se puso en contacto con el Servicio de Centros, poniendo en su conocimiento los hechos ocurridos.

- La Directora General de Centros se dirigió a la Dirección General de Salud, que le comunica el protocolo que se sigue en estos casos, consistente en que un médico del Servicio de Epidemiología enviado por la Consejería de Sanidad se persone en el centro a fin de atender a los padres cuando recojan al niño, e indicarle las actuaciones médicas preventivas que han de seguirse con el menor. De otra parte, la Directora General de Centros se puso en contacto telefónico con la responsable de la Escuela Infantil para expresarle el protocolo indicado.

- El médico enviado por el Servicio de Epidemiología se personó en la escuela infantil (examinó al niño agredido, observando que la herida no era profunda) e informó a los padres que, pese a la no existencia de peligro (folio 81), había que tratar médicamente al niño. Este médico acompaña esa misma tarde al padre del niño herido y a su hijo al Servicio de Urgencias del Hospital Virgen de la Arrixaca (previamente se había contactado con un médico del citado Servicio), donde se hacen cargo de la atención sanitaria del niño y su seguimiento durante seis meses.

- Después del tratamiento y seguimiento el niño es dado de alta por el Servicio de Urgencias de Pediatría, no habiéndose producido contagio de la infección de VIH.

Del relato de estas actuaciones se desprende, como recoge la propuesta de resolución, que *“todas las actuaciones de estos profesionales se dirigieron en todo momento a velar por la salud de x. y no es posible hacer reproche alguno al procedimiento que la Consejería siguió y a su nivel de intervención, pues participaron desde jefas de sección y de servicio hasta la Directora General de Centros en una movilización general, recibiendo los padres atención personalizada con la puesta a disposición de un médico especialista de la Consejería de Sanidad desplazado a la escuela al efecto (...)*

*Resulta evidente por los informes que emiten los distintos agentes de ambas Consejerías competentes que el objetivo número uno en caso de crisis sanitaria es dar curso a la intervención del departamento y agentes que resulten competentes para tomar decisiones, pues el menor está bajo la custodia de la Administración.”*

De lo relatado se advierte la importancia de que se personara en el centro escolar un médico para dar las explicaciones técnicas a la familia, acompañando al menor y a su progenitor ese mismo día al Hospital Virgen de la Arrixaca para iniciar el tratamiento preventivo.

En consecuencia, no se acredita por los reclamantes que el *modus operandi* para la transmisión de la información haya irrogado un daño a los mismos, ni el vínculo causal con la actuación de la Administración educativa en esta vertiente.

Por último, cuestionan la negativa del centro escolar a entregar a los reclamantes el historial del menor portador de VIH, al objeto de facilitar a los facultativos correspondientes sus datos para aplicar el tratamiento a realizar al menor que sufrió el mordisco, lo que motivó una denuncia ulterior del abuelo del menor ante el Juzgado de Instrucción núm. 1 de Murcia, archivada por Auto de 18 de julio de 2008. Sin embargo, este Consejo Jurídico considera que el citado incidente inicial no tuvo reflejo en el tratamiento, pues lo cierto es que se aplicó el correspondiente al menor, lo que presupone tal conocimiento por el facultativo correspondiente, sin perjuicio de aclarar que existen vías para que los especialistas puedan acceder a dicha información, por ejemplo, a través de la Inspección Médica dependiente de la Consejería de Sanidad. De hecho, en algún informe se recoge que la carga viral del niño portador del VIH es indetectable (folio 138).

### 3. Imputación objetiva del daño por riesgo.

Por último, los reclamantes, aún sin formular expresamente este título de imputación, parecen sostener una imputación objetiva del daño alegado por el riesgo sufrido, aunque no se haya materializado en contraer la enfermedad, y pese a existir un funcionamiento normal del servicio público.

Se trataría de considerar, por tanto, si los daños morales reclamados son el resultado de un riesgo jurídicamente relevante, inherente al servicio y socialmente no admitido. Pero para ello las actuaciones de la Administración tendrían que haberse desarrollado por debajo de un nivel adecuado y exigible de protección y vigilancia de los alumnos (estándares de calidad del servicio

educativo), lo que no resulta acreditado en el presente supuesto (Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sala de lo Contencioso Administrativo, de 25 de enero de 2002).

De otra parte, entre los criterios negativos de imputación del daño, se encontrarían los denominados riesgos generales de la vida, aplicable a los casos de sucesos dañosos que acompañan al ordinario y normal existir del ser humano. Es el caso de accidentes que no están ligados a la prestación del servicio, es decir, que son susceptibles de producirse en cualquier ámbito de la vida del menor, sin que la Administración educativa haya creado un riesgo adicional. Por ejemplo, la caída practicando un deporte sin riesgo (Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Región de Murcia, Sala de lo Contencioso Administrativo, de 7 de diciembre de 2007), o los accidentes producidos en los recreos (caída de las gafas por el golpe accidental de un balón lanzado por un compañero sin intención de dañar), etc.

En el caso del suceso que motiva la presente reclamación, el mordisco del menor con VIH ni se podía haber evitado con una diligencia del buen padre de familia (artículo 141.1 LPAC), ni es exclusivo del ámbito escolar, pues se podría haber producido fuera de las aulas (parque, fiesta infantil, etc.), sin que la Administración haya creado un riesgo relevante jurídicamente, en tanto las directrices de los organismos internacionales y nacionales (científicos y educativos) avalan su proceder, por lo que no se ha probado que el riesgo inherente a la utilización del servicio público docente haya rebasado los límites impuestos por los estándares de seguridad exigibles, conforme a la conciencia social, para que no exista entonces el deber del perjudicado de soportar el daño (Dictamen del Consejo Jurídico núm. 21/02).

En suma, el Consejo Jurídico considera que no concurre la necesaria relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público docente y el daño alegado (artículo 139.1 LPAC), ni la antijuricidad del mismo (artículo 141.1 LPAC).

Por último, ninguna de las sentencias citadas por los reclamantes como supuestos análogos al presente (folio 24 del expediente) guardan similitud con el mismo, por cuanto versan sobre distintos supuestos de funcionamiento anormal del servicio público docente, o de sus instalaciones, lo que no concurre en el presente caso.

**SEXTA.- Los daños reclamados y su cuantificación.**

Solicitan los interesados la cantidad de 76.000 euros en total, que desglosan en las siguientes partidas y conceptos:

- Daños sufridos por el menor de edad.

Por el periodo de tratamiento requerido para la curación y el seguimiento indispensable para evitar el posible contagio, que se prolongó durante 6 meses y 10 días, al ser dado de alta el 19 de noviembre de 2008. Aplican al citado periodo el baremo de indemnizaciones por accidentes de circulación, resultando por este concepto la cantidad de 6.000 euros que reclaman.

- Perjuicios irrogados al resto de familiares.

En este apartado sostienen los familiares directos (padres y abuelos) que han sufrido un perjuicio moral innegable, dado que al impacto que supuso la noticia de una posible infección del menor, hay que añadir la incertidumbre sostenida durante un periodo de 6 meses, en el que no se ha podido descartar la infección, a lo que cabría sumar citas médicas y los análisis que han tenido que llevarse a cabo durante el tratamiento.

Por este concepto solicitan las cantidades de 50.000 euros a favor de los padres y 20.000 euros a favor de los abuelos paternos del menor.

En relación con la cuantía indemnizatoria reclamada, este Consejo Jurídico realiza las siguientes consideraciones:

1) Respecto a los daños sufridos por el menor.

Es indudable que los gastos que han ocasionado su tratamiento, concretamente los sanitarios, si no han sido cubiertos por la sanidad pública, han de ser resarcidos, disponiendo la Administración educativa de la correspondiente cobertura en la póliza suscrita por la Consejería competente en materia de educación con x., habiendo sido ya abonados, al parecer, por la compañía de seguros del ente público.

Sin embargo, en relación con las cuantías indemnizatorias por días de incapacidad temporal en accidentes escolares, la doctrina del Consejo Jurídico parte de la base de que la indemnización por los días de baja del menor (2 años) no puede determinarse en función de las rentas dejadas de percibir, sino en función de la afectación a su actividad escolar. Por ello, señalamos en nuestro Dictamen núm. 134/04: *“En el caso de accidentes escolares, se mantiene el criterio de valorar la*

*incapacidad por afectación al rendimiento escolar conforme a reiteradas sentencias de la Audiencia Nacional, la doctrina del Consejo de Estado y la de otros órganos consultivos autonómicos (...).”*

En el presente caso, no resulta acreditado en el expediente que el tratamiento del menor afectara a sus condiciones psicofísicas o al rendimiento escolar, ni tampoco que dejara secuelas la administración preventiva de zidovudina (informe del Servicio de Pediatría obrante en el folio 144). De otra parte, consta que la Administración educativa, ante la negativa de los padres de continuar llevando al menor al centro escolar, les ofreció cualquier escuela infantil de la red pública local y autonómica para su traslado de forma inmediata, según el escrito que les fue remitido el 22 de mayo de 2008 (folio 81).

## 2) Perjuicios sufridos por los familiares directos.

En este apartado, los reclamantes alegan un perjuicio moral, que cuantifican en su conjunto en 70.000 euros (50.000 euros para los padres y 20.000 euros para los abuelos paternos), por el impacto que supuso la noticia de la posible infección del menor, y por la incertidumbre sostenida durante un periodo de 6 meses hasta que fue dado de alta definitiva.

De acuerdo con esta concepción, los reclamantes alegan un daño moral, identificable con el padecimiento psíquico o espiritual, la zozobra, es decir, estados de ánimo capaces de alterar la personalidad, así como las circunstancias especiales de incertidumbre y temor.

La doctrina del Consejo Jurídico (Memoria correspondiente al año 2005) sobre la indemnización de los daños morales, ha sentado los siguientes criterios para su estimación:

- No constituye daño moral la mera situación de malestar o incertidumbre (STS, Sala 3ª, de 9 de mayo de 2005), que no alcanza a ser más que un cierto factor de frustración. Tampoco las meras situaciones de enojo, enfado o malestar.

- A través del instituto de la responsabilidad patrimonial extracontractual no se resarce cualquier padecimiento, sino aquellos que sean consecuencia de la privación de un bien jurídico reconocible en el ordenamiento jurídico sobre el cual la víctima tenía un interés protegido. El simple padecimiento encajaría dentro de las cargas que la vida social impone, ya que, como es doctrina reiterada del Consejo de Estado, no son indemnizables los daños causados por el normal funcionamiento de los servicios públicos, que constituyen cargas que los ciudadanos tienen el deber jurídico de soportar.

- La existencia de un posible daño moral no siempre ni necesariamente puede resarcirse económicamente (STS, Sala 3ª, de 3 de marzo de 1999).

Veamos, pues, su aplicación al presente caso:

Es obligado reconocer la lógica preocupación de los familiares del menor ante la situación creada por la mordedura del menor con VIH, pero en ningún caso dicha preocupación puede materializarse en un montante indemnizatorio como el solicitado (70.000 euros en su conjunto), que equipara la valoración del daño a una situación similar a si se hubiera realmente infectado el menor, aunque, afortunadamente, no se produjera dicho contagio. Por ello, no le falta razón a la instructora cuando manifiesta que la zozobra tiene un componente de subjetividad difícilmente evaluable económicamente.

En todo caso, la cuantía indemnizatoria reclamada no se justifica, en atención a las siguientes circunstancias que concurrieron:

1º) La información que se transmitió al padre del menor el día del accidente escolar (cuando va a recoger a su hijo a la Escuela Infantil), según se recoge en el expediente (folios 81 y 83), sin que haya sido cuestionada por los reclamantes, es la no existencia de peligro o que el riesgo de contagio era muy bajo (la herida no era profunda), si bien, con carácter preventivo, había que tratar médicamente al niño (folio 81).

2º) La misma tarde del accidente (9 de mayo de 2008), que el menor fue examinado en el Servicio de Urgencias del Hospital Virgen de la Arrixaca, acompañado por su padre y el médico enviado por la Consejería de Sanidad, se suscribe el parte de asistencia por lesiones que recoge un pronóstico leve del menor (folio 134).

3º) Se cita al menor para revisión en el Servicio de Pediatría el 15 de mayo de 2008 (una semana después) para conocer el resultado de la primera serología, cuya valoración es la siguiente (folio 138):

- “- Mordedura por niño con VIH con carga viral indetectable.*
- Serología negativa (...)*”



Por tanto, en este momento ya se conocía que la carga viral del niño que mordió era indetectable y que los resultados de la serología eran negativos, en apoyo de las iniciales indicaciones de los médicos al padre.

4º) La siguiente revisión tuvo lugar el 18 de junio de 2008, resultando también negativa la segunda serología realizada el 6 de junio anterior.

5º) No existe constancia de otra visita hasta el 10 de septiembre de 2008, en la que se anota por el Pediatra que su estado general es normal, está afebril, solicitando la última serología de VIH, que se practicó el 10 de noviembre también con resultado negativo.

6º) La última visita data de 19 de noviembre de 2008, en la que el menor es dado de alta definitiva.

A la vista de lo expuesto, si bien puede entenderse la zozobra e inquietud inicial de los familiares, pese a que el riesgo era muy bajo según arriba se indica, los resultados de las primeras serologías negativos al VIH tuvieron que tranquilizar en gran medida a la familia, además de la carga viral indetectable del niño con VIH, al igual que el tratamiento con zidovudina duró varias semanas, sin que se prolongara durante los 6 meses de seguimiento, en los que el menor estuvo sometido a revisión.

Para corroborar esta incertidumbre sostenida durante 6 meses, los reclamantes se apoyan en el informe de alta del pediatra que indica que “hubo posibilidad de contagio”, si bien esta posibilidad no se materializó afortunadamente, y tal apreciación del citado facultativo, no compartida por otras informaciones médicas obrantes en el expediente, no se produce cuando ocurrieron los hechos, sino cuando ya habían transcurrido los 6 meses indicados, por lo que “el miedo a lo que podía haber pasado” no puede justificar la cuantía indemnizatoria reclamada, en concepto de daños morales.

A mayor abundamiento, respecto a los abuelos del menor, reconociendo la lógica preocupación que el hecho les pudo haber ocasionado, no se acredita en el expediente en qué medida la ayuda que prestaron a los progenitores les ocasionó un perjuicio real, concreto y cuantificable económicamente.

En consecuencia, no resultan acreditados los daños morales en la extensión y cuantificación solicitada.

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

### **CONCLUSIONES**

**PRIMERA**.- Se dictamina favorablemente la propuesta de resolución que desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial, al no concurrir los elementos determinantes de la responsabilidad patrimonial.

**SEGUNDA**.- Tampoco se justifica la cuantía indemnizatoria reclamada.

No obstante, V.E. resolverá.



## DICTAMEN 31/2010

<b>Asunto</b>	Responsabilidad patrimonial instada por x en nombre y representación de x, debida a accidente de trabajo.
<b>Consultante</b>	Consejera de Sanidad y Consumo
<b>Fecha</b>	15/02/2010

### Extracto de Doctrina

Para poder declarar la existencia de responsabilidad no basta con acreditar la existencia del daño (enfermedad profesional) y que éste es consecuencia de la actividad laboral, sino que es necesario, además, probar el incumplimiento por la Administración de sus obligaciones en materia de prevención, lo que en el supuesto sometido a consulta no se ha logrado.

### ANTECEDENTES

**PRIMERO.-** Con fecha 19 de enero de 2005, x. presenta en el Hospital “Virgen del Castillo” de Yecla, un escrito en el que manifiesta *“que es esposa de x., enfermero del SUAP de Yecla, que falleció el 15 de junio de 2004 como consecuencia de enfermedad profesional, por un accidente laboral (Se adjunta documentación). Solicita: se tenga en cuenta lo anteriormente manifestado para que se devenguen los efectos económicos que correspondan”*.

La documentación aportada junto el escrito es la siguiente:

- Certificado Médico Oficial, expedido el 26 de junio de 1998 por el Médico de Familia del marido de la reclamante, según el cual el x. *“padece una hepatitis crónica por virus de hepatitis tipo C contraído por pinchazo accidental mientras ejercía la actividad laboral como ATS en fecha 20 de enero de 1996”*.

- Documentación médica acreditativa de la enfermedad vírica del paciente.

- Nota interior que el marido de la reclamante envía a la Gerencia de Atención Primaria nº 1 de Murcia (GAP), con fecha 27 de junio de 1997, del siguiente tenor literal: *“adjunto documentación relativa accidente de trabajo producido el 20.1.96, que por desconocimiento, no se envió antes, para que conste por si derivaran posteriores secuelas”*.

- Documentación relativa a otro pinchazo accidental, acaecido el 5 de marzo de 1999.

- Notas interiores de la Unidad de Salud Laboral de la GAP, de 25 de julio de 1997, en la que se informa sobre el procedimiento a seguir en caso de pinchazo accidental.

- Certificado médico de defunción del x. El fallecimiento acaece el 15 de junio de 2004, constando como su causa fundamental: "hepatocarcinoma".

**SEGUNDO.-** Admitida a trámite la reclamación por Resolución de la Directora Gerente del Servicio Murciano de Salud (SMS), de 21 de abril de 2005, se encarga su instrucción al Servicio Jurídico del Ente, que procede a comunicar la existencia de la reclamación a la compañía aseguradora, por conducto de la correduría, a la Dirección General de Asistencia Sanitaria, a la GAP, y a los Directores de los Hospitales "Virgen de la Arrixaca" (HUVA), de Murcia, y "Virgen del Castillo", de Yecla, requiriéndoles la remisión de copia de la historia clínica del paciente e informe de los profesionales que lo atendieron.

**TERCERO.-** El 14 de junio se recibe la documentación solicitada al HUVA, constando en la historia clínica del paciente que éste se sometió a tratamiento de hepatitis C crónica, que no resultó efectivo, y posteriores revisiones de la enfermedad, desde abril de 1998 hasta junio de 2004.

**CUARTO.-** El 15 de junio, la reclamante presenta escrito en el que manifiesta que el fallecimiento de su marido se debió a la hepatitis C contraída por pinchazo accidental mientras ejercía como ATS, el 20 de enero de 1996, que imputa a un anormal funcionamiento de los servicios públicos sanitarios, en cuanto no "estaba establecido un procedimiento de trabajo seguro".

Valora el daño como sigue:

- Por el fallecimiento de su marido 400.000 euros para ella y 300.000 euros para la hija común menor de edad.

- Por el sufrimiento causado y daño moral, 150.000 euros para la reclamante y 50.000 euros para la hija.

- Por pérdida de poder adquisitivo, 200.000 euros para ella y 150.000 euros para su hija.

Así mismo, propone prueba documental consistente en recabar las historias clínicas del HUVA y del Hospital Virgen del Castillo de Yecla, desde el 20 de enero de 1996; que se requiera a la GAP para que: a) aporte la documentación relativa al accidente de trabajo de fecha 20 de enero de 1996, que en su día le presentó el x. adjunta al documento que acompaña en su escrito, y b) informe por escrito de cuantos servicios o asistencias realizó el marido de la reclamante el día del accidente, con relación de enfermos visitados o vistos y enfermedades de los mismos.

Solicita, además, el abono de cuantas indemnizaciones, seguros, ayudas o socorros estén previstas para el personal y de la parte proporcional de pagas extraordinarias y vacaciones del año 2004, cuya liquidación no se practicó al fallecido.

**QUINTO.-** El 23 de junio, la Gerencia del Área V de Yecla remite copia de la historia clínica e informes resúmenes de todo el proceso asistencial seguido en Atención Primaria y Especializada.

Consta entre la documentación remitida el siguiente resumen de la historia clínica, realizado el 27 de diciembre de 2001, por su Médico de Atención Primaria: *“Varón de 50 años. Se le abre Historia Clínica en el Centro de Salud de Yecla por el que suscribe el 1-2-1999. Entre sus antecedentes patológicos destacan:*

*1 - Traumatismo craneo encefálico en 1981 a los 25 años por accidente de tráfico. Fue ingresado en UCI y en el Servicio de Neurología del Hospital Virgen de la Arrixaca: Conmoción cerebral, fractura abierta del parietal izquierdo. Fractura de clavícula izquierda. Fracturas costales izquierdas.*

*2.- En junio de 1996 se detecta positividad a los anticuerpos de la hepatitis C que relaciona con pinchazo accidental con material médico.*

*3.- Realizada ecografía (febrero 1998) se aprecia aumento de tamaño del lóbulo hepático izquierdo y del lóbulo caudado se le recomienda estudio biopsico.*

*4.- Realizada Biopsia hepática da como resultado: Hepatitis crónica, no descartándose la cirrosis.*

*5.- En marzo de 1998 presenta lesión quística, osteolítica en la falange distal del 4º dedo de la mano derecha se le realiza biopsia que diagnostica un quiste epidermoide intraoseo.*

6.- Desde 1.998 sufre un proceso depresivo reactivo por el que se encuentra en tratamiento.

7.- Se realizó terapia de su hepatopatía crónica con Interferón en año 2000-2001 sin éxito y con numerosos efectos adversos”.

Consta en la historia clínica anotación de fecha 28 de junio de 1996, del Servicio de Medicina Interna del Hospital “Virgen del Castillo”, según la cual: *“Paciente de 46 años que tras punción accidental hace 3 meses ha detectado serología VHC + (no conoce la serología de la paciente). Al parecer, hace un año, también punción accidental, siendo entonces serológica VHC”.*

**SEXTO.-** El 19 de enero de 2006 la reclamante pide que se reitere a la GAP la remisión de la documentación solicitada, que se practique la prueba ya mencionada en su escrito de 15 de junio y que se recabe informe del Médico de Atención Primaria de su marido, sobre el accidente laboral de fecha 20 de enero de 1996, al que se refiere en su Certificado Médico Oficial, aportado junto a la reclamación inicial.

**SÉPTIMO.-** Recabada la documentación solicitada por la reclamante, contesta la GAP que:

*“X. fue alta en esta Gerencia de Atención Primaria de Murcia el 31/01/1993, en Comisión de Servicio, procedente del Hospital de Lorca y estuvo siempre destinado hasta su fallecimiento el 15/6/2004 en el S.U.A.P. (Servicio de Urgencias de Atención Primaria) de Yecla, como ATS. x. padecía una hepatitis C crónica, como consecuencia de la misma y hasta su fallecimiento, cursó numerosos procesos de baja por Incapacidad Temporal (se relacionan trece períodos entre el 20 de marzo de 1997 y el 22 de diciembre de 2003)*

*El origen de su enfermedad es desconocido en esta Gerencia de Atención Primaria, ya que jamás se tramitó, ni se tuvo constancia de ningún accidente laboral ocurrido en fecha 20 de enero de 1996. Consultados los archivos y el expediente personal de x., no consta antecedente ni documento alguno que nos haga referencia al mencionado accidente de trabajo.*

*La Nota Interior de 27/06/1997, sin dudar de su autenticidad, no aporta documentación alguna. Además, difícilmente podría reconocerse un accidente de trabajo ocurrido 17 meses atrás, sin tener la más mínima constancia del mismo. En el año 1998, sufrió un accidente de trabajo por pinchazo accidental, con baja el 26/6/1998 y alta el 15/9/1998. Con respecto a su segunda solicitud, por razones obvias, no podemos atenderla, toda vez que al estar destinado el*

x. *en un Servicio de Urgencia como ATS, no consta relación alguna de las visitas realizadas hace 10 años y, por supuesto, no consta la relación de pacientes visitados portadores del virus VHC*".

**OCTAVO.-** El informe del Médico de Atención Primaria firmante del Certificado Médico Oficial unido a la reclamación inicial se expresa en los siguientes términos:

*"(...) 2. Que en la fecha del accidente del x. el que suscribe no ocupaba la plaza de Yecla, pues tomó posesión de la misma en junio de 1.996, siendo el referido accidente por pinchazo el 20/01/1996, por lo que cuando llegué a ser médico del x. ya habían pasado 6 meses del mencionado accidente.*

*3. Que según se desprendía de la Historia Clínica realizada por mi predecesor en la plaza y por el testimonio del paciente, la causa de la Hepatitis C que padecía era consecuencia del pinchazo accidental en el ejercicio de su profesión de A.T.S. en la Casa de Socorro de Yecla.*

*4. Que el mismo Servicio Murciano de Salud así lo reconoció al darle la Baja por accidente laboral teniendo que extenderle los correspondientes partes de Baja laboral y realizarle las recetas especiales para esta modalidad de Baja. De este extremo debe constar Informe en la Gerencia de Atención Primaria.*

*5. Que el paciente siguió un curso evolutivo variable con periodos de mejoría y otros de empeoramiento. Se intentó tratamiento con Interferón en el Hospital Virgen de la Arrixaca con mala tolerancia al mismo por lo que se desistió (también debe obrar Historia Clínica en dicho Hospital). Su estado fue deteriorándose hasta su fallecimiento.*

*6. Que el Certificado Médico al que se refiere se realizó con información extraída de la Historia Clínica".*

**NOVENO.-** Solicitado informe a la GAP acerca de las medidas de seguridad en el trabajo para los casos en que se manipula material biológico, se remite el evacuado por el Área de Salud Laboral del Servicio de Prevención de Riesgos Laborales del SMS, según el cual:

*"Por parte del Servicio de Prevención de Riesgos Laborales se les da a estos trabajadores, información y formación, para evitar el riesgo de contaminación y transmisión, por exposición a agentes biológicos, que potencialmente pueden producir enfermedades infecto-contagiosas. El desarrollo de estas líneas de actuación consiste en:*

- *Cumplimiento de las Precauciones Universales (medidas de higiene y buenas prácticas...).*
- *Desarrollo del Programa de Vacunaciones e Inmunoprofilaxis, dirigido a trabajadores del ámbito sanitario.*
- *Adiestramiento en la correcta utilización de Equipos de Protección Individual (EPIs): guantes, gafas, mascarillas, batas...*
- *Utilización de material con mecanismos de bioseguridad, y adecuado manejo y eliminación de residuos sanitarios.*
- *Información y Formación en caso de Accidente de Riesgo Biológico por Exposición a Fluidos Orgánicos Potencialmente Infecciosos, según Protocolo Específico existente en todos los Centros del SMS.*
- *Valoración, diagnóstico, tratamiento y seguimiento de todos los trabajadores que sufren accidentes de riesgo biológico, así como investigación de los mismos, para introducir las medidas correctoras necesarias, que eviten su repetición”.*

**DÉCIMO.-** El 21 de noviembre de 2006 se solicita informe a la Inspección Médica, siendo recibido por la instrucción el 9 de marzo de 2009. Sus conclusiones son del siguiente tenor:

*“1. El hecho causante al que se refiere la reclamante (y previamente el afectado) como causa de un accidente de trabajo no ha quedado demostrado por la siguientes circunstancias:*

- a. No ha sido reconocido como tal por los superiores jerárquicos.*
- b. El paciente no lo notificó en su momento como era su deber.*
- c. Cuando lo notificó a los 17 meses no aportó evidencias.*
- d. En caso de discrepancias es el Instituto Nacional de la Seguridad Social quien debe determinar la contingencia.*



2. No queda demostrado que el paciente sufriera la infección del Virus de la Hepatitis C por la inoculación con la aguja.

a. A pesar de que esta circunstancia (y sobre todo como relata el paciente que presumiblemente ocurrieron) son sumamente frecuentes en el entorno sanitario, la posibilidad de contagio de pacientes que se conocen infectados es menor del 3% y de pacientes en general es del 0,3%. Por tanto el contagio es muy difícil. En este caso, además, desconocemos si el paciente al que estaba tratando estaba infectado.

b. Al no notificarlo no pudo verificarse que existiera seroconversión ya que ésta se produce a los tres meses.

c. El paciente no mostró síntomas en los 6 primeros meses desde la posible inoculación.

3. No queda demostrado que existiera como dice el reclamante funcionamiento anormal y defectuoso, en cuanto “no estaba establecido un procedimiento de trabajo seguro...”

a. Las medidas de seguridad expuestas en el apartado de Juicio Crítico están establecidas por el Ministerio de Sanidad y el extinto INSALUD para todos los trabajadores sanitarios.

b. En el escrito remitido por la Técnico de Prevención de Riesgos Laborales enumera prácticamente las mismas medidas, afirmando que se les da a los trabajadores información y formación, para evitar el riesgo de contaminación y transmisión por exposición a agentes biológicos.

c. Prácticamente todas las medidas enumeradas en ambos protocolos se refieren a actuaciones y medidas que debe adoptar el trabajador, por lo que difícilmente puede decirse que existiera mal funcionamiento ya que no podemos conocer si el trabajador tomó dichas medidas.

4. Por último decir, que aunque existiera el mencionado accidente de trabajo y se hubiera reconocido como tal y se hubiera demostrado que se había producido la seroconversión por infección vírica en el mismo, este hecho no se produce por el mal funcionamiento del servicio. Como ha quedado demostrado por la frecuencia de ocurrencia de este tipo de accidentes en el personal sanitario y lo difícil de prevenir a pesar de tomar todas las medidas señaladas por parte de los mismos, y por tanto dentro del funcionamiento normal de los servicios y así está reconocido prácticamente en todos los países occidentales.

5. Los reconocimientos de la determinación de accidente de trabajo y por tanto el derecho a las prestaciones derivadas del mismo se realizan por el entorno laboral y el Instituto Nacional de la Seguridad Social.

### CONCLUSIÓN

Concluimos que la actuación de los servicios sanitarios públicos fue correcta. No existe causa efecto ya que no se conoce la forma en que el paciente enfermó de hepatitis C y que luego adquirió la complicación de hepatocarcinoma que causó el fallecimiento. No existe además ninguna actuación que hubiera podido realizar el Servicio Murciano de Salud o algunos de sus trabajadores tanto por activa como por pasiva que pudiera derivar en la enfermedad que sufrió el trabajador”.

**UNDÉCIMO.-** Por la aseguradora del SMS se une al procedimiento informe realizado por cuatro especialistas en Medicina Interna, que, tras realizar una valoración crítica de las circunstancias descritas en la reclamación, alcanzan las siguientes conclusiones:

“1. No hay ninguna prueba objetiva de que el paciente se contagiara durante el desarrollo de su actividad profesional, en su jornada laboral, mientras era trabajador del Servicio Murciano de Salud.

2. La empresa tiene la obligación de proporcionar al trabajador un entorno seguro, así como los medios necesarios para una comunicación adecuada de los riesgos a los que pueda estar sometido. Sin embargo, la responsabilidad de comunicar estos riesgos, o la consecuencia de los mismos en caso de accidente es responsabilidad del trabajador.

3. En el caso que nos ocupa, este hecho es de extrema importancia, ya que sin la comunicación del supuesto accidente en la fecha en la que se produjo, no es posible establecer una relación de causalidad entre la enfermedad del paciente y dicha contingencia”.

**DUODÉCIMO.-** Conferido trámite de audiencia a los interesados, la reclamante presenta escrito de alegaciones para oponerse al contenido de los informes de la Inspección Médica y de la aseguradora, a los que tilda de parciales y contradictorios con la prueba obrante en el expediente, toda vez que, según la interesada, el informe del Médico de Atención Primaria prueba la realidad del accidente sufrido el 20 de enero de 1996 y que la historia clínica remitida es incompleta, pues

no consta la correspondiente a los meses de enero a junio de 1996; también acredita dicho informe que la GAP oculta las bajas laborales sufridas por el paciente con anterioridad a 1997.

Solicita, en consecuencia, que se recabe de la GAP y del Instituto Nacional de la Seguridad Social la relación de todas las bajas sufridas por el paciente a partir de enero de 1996, y se requiera a la primera de los citados que complete la prueba propuesta por la reclamante, que aporte la documentación adjunta por el marido de la reclamante a la nota interior de 27 de junio de 1997 y que pida informe al Médico de Atención Primaria que atendió al paciente entre enero y junio de 1996, sobre la situación de aquél en tales fechas.

Se ratifica, finalmente en la existencia de nexo causal entre el fallecimiento de su esposo y la enfermedad contraída mientras ejercía su actividad profesional el 20 de enero de 1996 y que ha quedado probado que en el momento del accidente no existía establecido un procedimiento de trabajo seguro.

**DECIMOTERCERO.-** Solicitado informe complementario a la Inspección Médica, acerca de las alegaciones de la actora, se emite el 30 de junio, con el siguiente contenido:

*“1. Referente al punto en que refiere la pérdida de parte de la Historia Clínica de su esposo el x.*

*a. Que la Historia Clínica aportada por la Gerencia de Primaria a esta instrucción es integra (sic) a la que aporta la reclamación de la paciente.*

*b. No existe ningún documento concreto que identifique el momento en que el afectado contrajo la mencionada enfermedad ni en la Historia Clínica, ni aportado por el paciente.*

*c. Tampoco existe una prueba de que fuera infectado, salvo el escrito remitido por el x. a la Gerencia de Primaria, pero además de que fue remitido 17 meses después, no aporta evidencias para que pudiera reconocerse dicho accidente. Desconocemos si hubo accidente, si el paciente al que acababa de tratar estaba infectado, si el x. estaba infectado con anterioridad a esa fecha o si el paciente se pudo infectar en una fecha posterior.*

*d. El Certificado que presenta la reclamante del Dr. x., en su escrito (pag. 328), refiere que es porque constaba en la historia clínica pero no porque estuviera reconocido por el Instituto Nacional de la Seguridad Social como tal.*

2. Referente a las posibles bajas laborales, consultado el Servicio de Inspección de Incapacidad Temporal, la primera IT que tuvo el x. por este motivo, fue el 20/03/97 a 28/04/97 con el diagnóstico de Otras alteraciones Hepáticas, la siguiente IT corresponde al periodo de 4/03/98 a 7/05/98 por fractura de falange, y a continuación el 25/05/99 a 15/06/99 y sucesivas, todas ellas relacionadas con infección por Hepatitis C y sus complicaciones. Todas las bajas anteriores fueron por Enfermedad Común. Por tanto, en ningún momento fue reconocido como accidente de trabajo, porque:

a. No ha sido reconocido como tal por los superiores jerárquicos.

b. No lo notificó en su momento como era su deber.

c. Cuando lo notificó no aportó evidencias.

d. En caso de discrepancias es el Instituto Nacional de la Seguridad Social quien debe determinar la contingencia.

3. Por último decir, que aún en el caso que existiera, que no existe, constancia de todo lo anterior, es decir, que el x. hubiera sufrido un accidente de trabajo, está reconocido como tal en la legislación, así como la obligatoriedad del afectado de comunicar dicha incidencia en la que el único actor fue el mismo, con motivo de la realización de su propio trabajo profesional, y por tanto no existe una relación causa efecto que vincule una mala praxis de institución alguna del Servicio Murciano de Salud y las consecuencias patológicas que sufrió”.

**DECIMOCUARTO.-** Conferido nuevo trámite de audiencia, la interesada presenta escrito para oponerse al nuevo informe de la Inspección Médica, ratificarse en las alegaciones anteriormente formuladas e insistir en la necesidad de practicar las pruebas propuestas.

Adjunta al escrito partes de incapacidad temporal por contingencias profesionales correspondientes al año 2003 para oponerse a la consideración contenida en el informe de la Inspección relativa a que las bajas anteriores a 1997 lo fueron por enfermedad común.

**DECIMOQUINTO.-** Con fecha 26 de octubre de 2009, el órgano instructor formula propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación al considerar que no han quedado

acreditados ni el nexo causal entre el funcionamiento de los servicios públicos sanitarios y el daño alegado, ni el carácter antijurídico 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 6 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 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 de la esposa, en su nombre y en el de su hija, por el fallecimiento de un familiar tan cercano, ha de entenderse realizada por persona legitimada para ello, en atención a la pérdida afectiva que dicha muerte conlleva, lo que permite conferir la calidad de interesada a la reclamante, en los términos del artículo 31.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC).

La legitimación pasiva corresponde a la Administración regional en cuanto titular del servicio a cuyo funcionamiento se imputa el daño, y ello a pesar de que la omisión de medidas preventivas en que se basa tal imputación, data de una fecha anterior a la asunción por la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia de las competencias en materia de sanidad y antes, por tanto, del presumible traspaso del marido de la reclamante a la Administración regional, como integrante de los recursos humanos asignados a la prestación de los servicios sanitarios objeto de transferencia. Sobre la necesaria asunción por parte de la Administración receptora de las consecuencias dañosas generadas con anterioridad al traspaso, ya ha tenido ocasión de

pronunciarse el Consejo Jurídico en numerosos Dictámenes (por todos, el 65/2002), a cuya doctrina nos remitimos.

2. La reclamación se ha interpuesto en el plazo de un año que establece el artículo 142.5 LPAC para la prescripción del derecho a reclamar, siendo el *dies a quo* del indicado plazo el de la estabilización de las secuelas imputadas a la actividad administrativa. Comoquiera que la reclamación se refiere al contagio de la hepatitis C, ha de considerarse la cronicidad de la patología, que la convierte en un daño continuado, respecto del cual es doctrina reiterada del Tribunal Supremo que el cómputo del plazo para el ejercicio de la acción de responsabilidad patrimonial será aquél en que se conozcan definitivamente los efectos del quebranto. También el Consejo Jurídico se ha hecho eco de esta línea jurisprudencial, sin perjuicio de señalar que ello no significa prolongar *sine die* la posibilidad de ejercicio de la acción, ni tampoco que el paciente tenga que pasar por todos los estadios o fases de la enfermedad antes de poder reclamar. Como ya indicábamos en el Dictamen 115/2004, recogiendo la doctrina sentada al respecto por el Consejo Consultivo andaluz en Dictamen 305/2002, *“si existe un diagnóstico que de manera clara e inequívoca suministre al interesado el cabal conocimiento de su enfermedad y de las secuelas o consecuencias que vayan a generarse, de tal modo que pueda hacerse una representación del alcance del daño padecido, no se justifica que el ejercicio de la acción pueda prolongarse en el tiempo sine die, a espaldas de toda cobertura legal”*.

En el supuesto sometido a consulta, la estabilización del proceso y la definitiva fijación de las consecuencias derivadas de la enfermedad han de situarse en la lamentable muerte del esposo de la reclamante, acaecida el 15 de junio de 2004. Ello convierte la reclamación en temporánea, toda vez que, aun cuando se pudiera discutir la calificación como reclamación de responsabilidad patrimonial del escrito presentado el 19 de enero de 2005, y el consiguiente efecto interruptivo de la prescripción extintiva del derecho a reclamar, lo cierto es que el 15 de junio de 2005, la interesada ya sí identifica plenamente su pretensión como indemnizatoria, fija el título de imputación al servicio público de la muerte de su marido, valora el daño y propone prueba.

3. El procedimiento seguido por la Administración instructora se ha acomodado, en términos generales, a las normas rituarías 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).

Ha de efectuarse, no obstante, una consideración acerca de la omisión de dos pruebas propuestas por la reclamante, como son la emisión de informe del Médico de Atención Primaria que

atendió al marido de aquélla entre enero y junio de 1996 y la petición al Instituto Nacional de la Seguridad Social de la relación de bajas laborales sufridas por aquél desde el 20 de enero de 1996.

Por la Consejería consultante es conocida nuestra doctrina acerca del derecho de los interesados a la utilización de los medios de prueba en el procedimiento administrativo, pues el Consejo Jurídico ha tenido ocasión de reflejarla en diversos Dictámenes emitidos a solicitud suya (por todos, el 165/2003). No parece necesario, por tanto, reiterarla *in extenso*, aunque sí resulta obligado recordar, a la luz de la instrucción realizada en el supuesto ahora sometido a consulta, que, si bien el artículo 80.3 LPAC habilita al instructor para rechazar pruebas propuestas por los interesados, por su trascendencia para el ejercicio de su derecho por el ciudadano, el ordenamiento rodea tal decisión de garantías. Tal carácter cabe predicar de la exigencia de una resolución expresa y motivada. Motivación que ha de atender, precisamente, al carácter improcedente o innecesario de la prueba propuesta, bien porque no guarde relación con el objeto del procedimiento -prueba improcedente o, en terminología del artículo 283.1 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC), impertinente-, o bien porque no resulte idónea para la aclaración de los hechos -prueba innecesaria o inútil (artículo 283.2 LEC)-. Además, la improcedencia o no necesidad de la prueba, según el artículo 80.3 LPAC, habrá de ser manifiesta, esto es, que se presente de forma clara y patente.

La ausencia de tal resolución expresa de rechazo de la prueba propuesta, así como la omisión, siquiera fuera en la propuesta de resolución, de cualquier motivación para negar la práctica de las pruebas solicitadas por la interesada en su escrito de alegaciones, convierte tal rechazo en arbitrario, al tiempo que podría sumirla en indefensión, pues no sólo le priva de conocer las razones o argumentos que fundamentan tal decisión para poder combatirla, sino que además le impide traer al procedimiento determinados elementos de juicio que pueden ser relevantes para su resolución.

No obstante, en atención a los hechos y circunstancias determinantes de la responsabilidad patrimonial en este concreto supuesto, como se razona en las Consideraciones siguientes de este Dictamen, las referidas pruebas cabría considerarlas como innecesarias, por lo que no se estima preciso retrotraer las actuaciones para proceder a su práctica, aunque las razones de la negativa deben consignarse en la propuesta de resolución que definitivamente eleve la instructora.

### **TERCERA.- Elementos de la responsabilidad patrimonial. 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 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 presupuestos de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública son, como reiteradamente ha expuesto la jurisprudencia en interpretación de los artículos 139 y siguientes LPAC (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 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 y la lesión, y no sea ésta consecuencia de un caso de fuerza mayor;

c) que la lesión sea antijurídica, en el sentido de que el perjudicado no tenga obligación de soportarla.

De estos elementos, cabe considerar plenamente acreditado el daño, pues el expediente refleja el debut de la enfermedad infecciosa en el paciente, la hepatopatía relacionada con aquella (cirrosis) y su tórpida evolución, complicada con la aparición de un hepatocarcinoma que, finalmente acabaría con la vida del paciente.

A la determinación de si concurren en el supuesto sometido consulta los otros dos elementos: nexo causal y antijuridicidad del daño, se dedican las siguientes Consideraciones.

#### **CUARTA.- Nexo causal y prueba.**

Para poder establecer la existencia de nexo causal entre el funcionamiento del servicio público y los daños alegados es necesario atender a dos elementos esenciales: a) el evento lesivo, entendido como hecho o circunstancia fáctica que desencadena el procedimiento de producción del



daño; y b) el título de imputación o conexión lógica que permite vincular aquel hecho con el daño irrogado al particular.

1. El evento lesivo: el pinchazo accidental de 20 de enero de 1996.

A la vista del expediente, no puede considerarse probado que el pinchazo al que se pretende vincular causalmente el origen de la infección se produjera en la fecha indicada en la reclamación, pues los documentos que pretenden acreditar tal extremo tienen un valor probatorio escaso.

En efecto, el Certificado Médico Oficial aportado junto al inicial escrito de la reclamante, afirma que la hepatitis C que padece el reclamante fue contraída por pinchazo accidental mientras ejercía su profesión de enfermero el 20 de enero de 1996. En informe posterior, el médico firmante del Certificado explica que dicha información la extrajo de la historia clínica del paciente y de lo que él mismo le refirió. Sin embargo, esa misma historia clínica ofrece datos contradictorios acerca de la fecha en la que se produjo el pinchazo, pues al folio 259 del expediente obra una hoja de propuesta de atención especializada, de fecha 13 de junio de 1996, por la que el médico de atención primaria del paciente (el mismo que dos años después firma el Certificado Médico Oficial) lo remite al Servicio de Medicina Interna del Hospital “Virgen del Castillo” de Yecla y en la que el citado facultativo hace constar que el enfermero tuvo contacto por pinchazo, unos tres meses antes, con sangre posiblemente contaminada. Días más tarde (28 de junio de 1996), en la anamnesis que realiza el Especialista del Servicio de Medicina Interna (folio 260 del expediente), vuelve a fecharse el pinchazo accidental unos tres meses antes, es decir, en marzo de 1996 y no en enero de ese año.

Por otra parte, el conocimiento del médico acerca de la existencia del pinchazo accidental es meramente referencial, porque así se lo indica el paciente, según consta en resumen de la historia clínica efectuada el 27 de diciembre de 2001 (folio 138 del expediente), al señalar que “en junio de 1996 se detecta positividad a los anticuerpos de la hepatitis C *que relaciona* con pinchazo accidental con material médico”.

Del mismo modo, la nota interior por la que el x. remite a la unidad de salud laboral de la GAP “*documentación relativa accidente de trabajo producido el 20-I-96*”, tampoco prueba por sí misma la producción del indicado accidente. La Administración fracasa en localizar el escrito del trabajador, cuya recepción por la GAP cabe considerar acreditada dado el sello del registro de entrada (27 de junio de 1997) que queda estampado sobre aquél. Sin embargo, en tanto que la

nota interior no detalla o enumera qué documentos son los que acompaña, no puede entenderse probada su presentación ni valorar qué relevancia tendría aquélla a efectos de prueba del accidente, pues lo que sí puede considerarse acreditado es que no se tramitó procedimiento alguno de accidente de trabajo relacionado con dicho incidente.

En cualquier caso, no puede obviarse que las principales dificultades de prueba del evento lesivo y sus consecuencias derivan de la propia actitud del x., que demoró durante 17 meses la notificación a la Gerencia del accidente, imposibilitando de esta forma la determinación de extremos esenciales (en especial, serologías del paciente e inicial del trabajador implicados en el accidente) para establecer la vinculación causal entre aquél y los daños posteriores.

La falta de acreditación del evento lesivo impide establecer un nexo causal entre el funcionamiento de la Administración y los daños alegados, no obstante lo cual se considera oportuno efectuar una consideración adicional acerca del título de imputación esgrimido por la reclamante.

## 2. El título de imputación: ausencia de un procedimiento de trabajo seguro.

Para la reclamante, el título de imputación que permite conectar causalmente el daño con la actuación administrativa consiste en que *“no estaba establecido un procedimiento de trabajo seguro”*. La falta no ya de una mínima base probatoria, sino incluso de argumentación fáctica y jurídica que desarrolle esta alegación impide su estimación.

En efecto, la reclamante no se detiene en describir cómo se produjo el pinchazo accidental al que, supuestamente, se debe el contagio del virus, por lo que no es posible conocer qué tipo de acto profesional (inyectar, extraer sangre, suturar, etc.) estaba realizando el enfermero cuando se produjo dicho incidente.

Tampoco detalla qué concretas medidas de prevención debían haberse aplicado para cada uno de esos procedimientos y fueron omitidas por la Administración, convirtiendo el procedimiento de trabajo en inseguro.

Olvida además la reclamante que, en la medida en que imputa a la Administración sanitaria el incumplimiento de sus obligaciones en materia de prevención de riesgos laborales para con el personal a su servicio, es a ella a quien le incumbe la prueba de cuanto afirma, sin que sea suficiente para apreciar la omisión de medidas de seguridad la mera constancia del accidente.

Cierto es que en el ámbito del procedimiento administrativo, conforme al principio de facilidad probatoria, puede admitirse una cierta inversión de la carga de la prueba, para la acreditación de circunstancias que, siendo de sencilla acreditación por parte de la Administración, resulten de especial dificultad para el particular. No obstante, tal modulación de las cargas procedimentales no puede llevarse al extremo de obligar a la Administración a suplir en su casi totalidad la insuficiente actividad argumentativa y probatoria de la actora.

### 3. Accidente de trabajo y contagio: dos hechos diferentes y no necesariamente conectados.

Como se ha dicho, no puede entenderse acreditado que el marido de la reclamante se pinchara el 20 de enero de 1996 mientras ejercía su profesión de enfermero en la Casa de Socorro de Yecla, ni que la Administración incumpliera las obligaciones que en materia de seguridad e higiene en el trabajo le imponía la legislación sobre prevención de riesgos laborales, ni que debido a dicha omisión el indicado ATS sufriera pinchazo alguno.

Adviértase, no obstante, que, aunque a efectos estrictamente dialécticos se admitiera que todos los anteriores extremos hubieran sido acreditados, que no lo son, a lo sumo podría admitirse que se había producido un accidente de trabajo, pero no el contagio de la hepatitis C.

Así, en primer lugar, no consta que el paciente a quien trataba el x. en el momento en que sufrió el pinchazo tuviera una serología positiva al VHC, como tampoco se pudo efectuar un control serológico del propio enfermero inmediatamente después del pinchazo, para determinar la ausencia inicial de los anticuerpos de la hepatitis C. Ambas circunstancias derivan de un mismo hecho: la ausencia de comunicación inmediata del accidente.

Pero es que, además, como señala la Inspección Médica en su informe, aunque las posibilidades de sufrir un pinchazo accidental en trabajos de enfermería son muy altas, siendo muy elevada la frecuencia de este tipo de incidentes, las probabilidades de transmisión de la infección son muy pequeñas, estando cifradas en el 3% de las punciones accidentales con material utilizado en pacientes que se conocen infectados, lo que puede explicarse por el escaso número de virus existente en la sangre. Ese porcentaje de infecciones se reduce al 0,3% cuando, como ocurre en el supuesto sometido a consulta, se trata de pacientes en general, es decir, cuando no se conoce si están infectados o no. Si a ello se añade que existen otras vías de transmisión de la enfermedad (transfusiones, uso de drogas inyectables, exposición nosocomial, causas no identificadas, etc., como señala el informe médico aportado por la aseguradora del SMS), puede concluirse que no

cabe considerar probado que el eventual pinchazo que, según la interesada, sufrió su marido el 20 de enero de 1996 fuera la vía de contagio de la hepatitis.

Por otra parte, tampoco apoya la relación causal entre el supuesto pinchazo y el contagio de la hepatitis C, el hecho de que las bajas por incapacidad temporal derivadas de las consecuencias de esta enfermedad, lo fueran por contingencias profesionales, como alega la reclamante. La calificación como enfermedad profesional de la patología sufrida por el x, deriva de las prescripciones contenidas en el artículo 116 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, en relación con el Real Decreto 1995/1978, de 12 de mayo (aplicable en función del momento de los hechos), por el que se establece el listado de las enfermedades profesionales y se basa en una presunción legal de que dicha enfermedad se ha contraído en el ámbito laboral. En cualquier caso, cabe recordar que, como establece la STSJ Extremadura, 81/2007 de 27 marzo, la calificación de la hepatitis C como enfermedad profesional no incide en la relación causal a efectos de la determinación de una eventual responsabilidad patrimonial, atendidos los diferentes principios y régimen a que ambas instituciones obedecen. En el mismo sentido se expresa el Consejo de Estado en Dictamen 2039/2001, cuando señala *“el carácter profesional de la hepatitis vírica del personal sanitario que trabaja en la toma y manipulación de sangre, en cuanto deriva de una presunción legal, no puede llevar indefectiblemente a una declaración de responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria, cuyo régimen jurídico, establecido en los artículos 139 y ss. de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, exige, además de otros requisitos (como el plazo legal de prescripción de 1 año), que se acredite la existencia de un nexo de causalidad, sin que el mismo pueda en este caso presumirse”*.

En este sentido, ya se ha indicado que, para poder declarar la existencia de responsabilidad no basta con acreditar la existencia del daño (enfermedad profesional) y que éste es consecuencia de la actividad laboral, sino que es necesario, además, probar el incumplimiento por la Administración de sus obligaciones en materia de prevención, lo que en el supuesto sometido a consulta no se ha logrado. Así también, la STSJ País Vasco, Sala de lo Social, 384/2002, de 12 febrero.

#### **QUINTA.- Antijuridicidad del daño.**

La propuesta de resolución recoge la doctrina jurisprudencial emanada de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, según la cual en los supuestos de contagio de enfermedades infecciosas por parte del personal sanitario, no pueden considerarse antijurídicos los

daños derivados de aquel contagio, toda vez que constituye un riesgo profesional conocido y, en consecuencia, libremente aceptado por tal personal, salvo que se acredite, que no es el caso como ha quedado dicho, que la Administración omitió alguna de las medidas de seguridad que venía obligada a adoptar en garantía de la integridad física de sus trabajadores. Así, SSTS, Sala 3ª, de 6 de noviembre de 2001, 29 de enero de 2004 y 24 de noviembre de 2005.

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

### **CONCLUSIONES**

**PRIMERA**.- Se dictamina favorablemente la propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación, al no concurrir los requisitos que el ordenamiento jurídico exige para declarar la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, singularmente el nexo causal entre el funcionamiento de los servicios públicos y el daño alegado, cuya antijuridicidad no se ha acreditado.

**SEGUNDA** .- La propuesta de resolución que se eleve a la Consejera deberá contener lo consignado en el último párrafo de la Consideración Segunda respecto al carácter innecesario de la prueba propuesta por la reclamante.

No obstante, V.E. resolverá.



## DICTAMEN 32/2010

<b>Asunto</b>	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.
<b>Consultante</b>	Consejera de Sanidad y Consumo
<b>Fecha</b>	15/02/2010

### Extracto de Doctrina

Al no detectarse la fractura en el Servicio de Urgencias se produjo una quiebra de la lex artis, lo que convierte el daño que pudiera haber sufrido el interesado como consecuencia de dicho error de diagnóstico en antijurídico.

### ANTECEDENTES

**PRIMERO.-** Según el reclamante, con fecha 11 de julio de 2005 sufre un accidente de trabajo al caer desde una altura de unos tres metros por lo que fue atendido en el Servicio de Urgencias del Hospital “Morales Meseguer” de Murcia, donde, después de realizarle una radiografía, se le diagnostica una dorsalgia postraumática y una artritis de tobillo derecho; se le practica un vendaje compresivo para diez días, reposo y analgésicos.

Transcurridos esos diez días, la lesión se agrava, presentando hinchazón, dolor agudo y color morado. Tratándose de época estival y ante la situación del Servicio de Urgencias, el reclamante decide acudir a la Clínica “Hospital San Carlos” de Murcia, donde se le diagnostica una fractura de astrágalo derecho, por lo que es intervenido quirúrgicamente en dicho centro sanitario privado, practicándole osteosíntesis.

Existe, en opinión del reclamante, un claro error de diagnóstico por parte de la sanidad pública que no supo apreciar la fractura, causándole con ello una agravación de su dolencia.

Por todo lo expuesto, solicita como indemnización el importe de 2.205'82 euros, suma a la que asciende el coste de la intervención en la clínica privada.

Aporta junto a la reclamación sendos informes del Servicio de Urgencias del Hospital “Morales Meseguer”, que no aprecia fractura en las radiografías realizadas, y del Servicio de Traumatología y Cirugía Ortopédica del “USP Hospital San Carlos” de Murcia, que recoge el diagnóstico de fractura de astrágalo derecho y la intervención de osteosíntesis. Se acompañan,

además, diversas facturas por importe de 350 euros en concepto de anestesia para intervención de osteosíntesis por fractura de astrágalo, 1.655,37 euros, por gastos de estancia hospitalaria, y tres facturas más, por importe total de 200,45 euros, por exploraciones y curas.

**SEGUNDO.-** Con fecha 23 de junio de 2006 se admite a trámite la reclamación por el Director Gerente del Servicio Murciano de Salud, que encarga su instrucción al Servicio Jurídico del Ente. Esta resolución se notifica al reclamante, dándole traslado de la información que prescribe 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), y se le requiere para que presente los medios de prueba de que pretenda valerse. Contesta el reclamante proponiendo la documental, consistente en recabar su historia clínica de los dos hospitales en los que recibió atención médica.

Así mismo se comunica la reclamación a la compañía aseguradora del Servicio Murciano de Salud, por conducto de la correduría, a la Dirección General de Asistencia Sanitaria y a la Dirección de los Servicios Jurídicos, y se solicita del Hospital “Morales Meseguer” copia de la historia clínica e informes de los facultativos que atendieron al paciente.

**TERCERO.-** El Hospital “Morales Meseguer” remite copia de la historia clínica e informe del Jefe de la Unidad de Urgencias, según el cual:

*“El paciente consultó por un accidente laboral tras sufrir una caída de aproximadamente 3 metros de altura refiriendo dolor en la zona dorso lumbar y en el tobillo derecho, en la exploración destacaba inflamación del tobillo y aumento del dolor a la movilización de éste. A continuación se solicitaron pruebas radiográficas con el fin de descartar lesiones óseas. Una vez recepcionadas las radiografías no se observó ninguna línea de fractura, concluyendo con el diagnóstico de dorsalgia y artritis de tobillo postraumática, procediendo al tratamiento con vendaje compresivo durante 10 días y medicamentos analgésicos y anti-inflamatorios, así como la recomendación de observación domiciliaria y control por su médico de familia.*

*Sentimos no haber observado la fractura a la que hace referencia el paciente, si bien indicar que si persistían las molestias debería haber consultado a su mutua laboral, a su médico de familia o de nuevo a este servicio de urgencias, con el fin de aquilatar la causas que hacían persistir la clínica, ya que, problemas que inicialmente pueden pasar desapercibidos en una segunda consulta pueden quedar aclarados. También queremos indicar que el tratamiento aplicado inicialmente no agrava la fractura”.*

**CUARTO.-** El Hospital "San Carlos", remite informe del Traumatólogo que intervino al interesado, según el cual:

*"Paciente intervenido quirúrgicamente por nosotros el día 27-07-05 practicándosele osteosíntesis por presentar fractura comminuta de astrágalo en tobillo derecho.*

*El paciente evoluciona favorablemente. Dada la gravedad de la lesión anteriormente descrita, consideramos que podrá incorporarse a su trabajo en el plazo de dos meses aproximadamente".*

**QUINTO.-** El órgano instructor solicita del reclamante que aporte las radiografías que le fueron realizadas tanto en el Hospital público como en el privado, las cuales son remitidas.

**SEXTO.-** Recabado el preceptivo informe del Servicio de Inspección de Prestaciones Asistenciales el 20 de septiembre de 2006, es remitido el 4 de marzo de 2009, con las siguientes conclusiones:

*"1. El 11/07/05 x. de 37 años, tras precipitación desde una altura de aproximadamente 3 metros, acude al Servicio de Urgencias del HJMM presentando dolor en tobillo derecho y en región dorso lumbar.*

*2. En el expediente se encuentran las Rx del tobillo realizadas el 11/07/05, en cuatro diferentes proyecciones, detectándose en una de ellas la fractura del astrágalo que pasa desapercibida en el resto de proyecciones.*

*3. El mecanismo del accidente y la exploración son típicos de este tipo de fractura. No se detectó la fractura el día 11/07/05, a pesar de que la actuación en cuanto a anamnesis, exploración y petición de radiografías fue correcta.*

*4. El tratamiento prescrito de inmovilización con vendaje compresivo, reposo y la medicación prescrita, no ha perjudicado la evolución de la fractura.*

*5. Se expone en la reclamación que acude a la medicina privada "dado que se trata del mes de julio y a la vista de la saturación del Servicio de Urgencias" El paciente al notar el empeoramiento, pudo acudir nuevamente a su medico de Atención Primaria, que estaba emitiendo los partes semanales de la Incapacidad temporal o a los servicios médicos de la mutua que*



*controlaba el proceso, pero decidió acudir directamente a los servicios de la medicina privada el 27/07/05, donde se trató quirúrgicamente”.*

**SÉPTIMO.-** Otorgado trámite de audiencia al reclamante, presenta alegaciones en las que se ratifica en la imputación de un error de diagnóstico al servicio público, del que se derivan los gastos que tuvo que sufragar y cuyo importe son ahora objeto de reclamación.

**OCTAVO.-** Con fecha 27 de julio de 2009, el órgano instructor formula propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación al considerar que no concurren en el supuesto objeto de la reclamación todos los requisitos a los que el ordenamiento jurídico anuda el nacimiento de la responsabilidad patrimonial, singularmente el nexo causal entre el funcionamiento de los servicios públicos sanitarios y el daño padecido, así como la antijuridicidad de éste.

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 7 de agosto de 2009.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

## **CONSIDERACIONES**

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

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

### **SEGUNDA.- Legitimación y plazo de reclamación.**

La acción ha sido ejercida por quien está legitimado para ello por haber padecido los perjuicios imputados a la actuación administrativa sanitaria recibida en un hospital dependiente de la Administración regional. Esta última circunstancia permite, asimismo, afirmar la legitimación pasiva de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.

La reclamación de responsabilidad ha sido ejercida dentro del plazo establecido en el artículo 142.5 LPAC, toda vez que se interpuso antes de que transcurriera un año desde la fecha en que el reclamante fue atendido en el Servicio de Urgencias del Hospital "Morales Meseguer".

### **TERCERA.- Procedimiento.**

El interesado ciñe su reclamación al reintegro de los gastos médicos ocasionados en la sanidad privada, a la que dice se vio obligado a acudir por un error de diagnóstico en la pública. Dicha pretensión indemnizatoria ha sido tramitada conforme a los artículos 139 y siguientes LPAC, y debe, pues, ser examinada desde la perspectiva de la responsabilidad patrimonial de la Administración, aunque la vía específica normativamente establecida para reclamar el reintegro de gastos sea la contenida en el Real Decreto 63/1995, de 20 de enero, de prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud.

Sentado que para la reclamación de reintegro de gastos resulta compatible el ejercicio de la citada vía específica con su solicitud en un procedimiento de responsabilidad patrimonial (SAN, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 23 de octubre de 2002), cabe indicar que, tal como ha señalado el Consejo de Estado (Dictamen núm. 2.850/2003, de 30 de octubre), para el éxito de la acción de responsabilidad ejercitada es preciso que quede acreditado que la asistencia sanitaria prestada por la Administración haya originado al interesado perjuicios que éste no tenga la obligación de soportar. En este sentido, se ha de examinar si, como consecuencia del funcionamiento de los servicios sanitarios regionales (concretamente, de un error de diagnóstico), se ha producido el daño que el interesado alega, es decir, el perjuicio económico resultante de acudir a la medicina privada para recibir tratamiento y ser sometido a intervención quirúrgica; circunstancia que será objeto de análisis en la siguiente Consideración.

### **CUARTA.- Existencia de responsabilidad patrimonial.**

Antes de examinar la reclamación planteada hemos de advertir, como lo hace el Consejo de Estado en varios de sus Dictámenes (por todos, el número 961/2001) y este Consejo Jurídico (entre otros, Dictámenes núms. 49/2001, 97/2003 y 41/2005), que el hecho de que la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria sea objetiva no implica que, en cualquier caso, deba responder de todos los daños que se produzcan en los centros sanitarios públicos, sino únicamente de aquellos que se hayan producido a consecuencia de una vulneración de la *lex artis*. Otra interpretación supondría desnaturalizar el instituto de la responsabilidad patrimonial, concibiéndola como un seguro a todo riesgo, lo que resulta más desaconsejable, si cabe, en un

sector de la acción administrativa como el sanitario, ya que la medicina no es una ciencia exacta que asegure un resultado concreto, sino que únicamente puede exigirse la prestación de una adecuada asistencia sanitaria, de acuerdo con el nivel científico y técnico existente en ese momento.

Por lo tanto, ha de examinarse en el presente supuesto si, como consecuencia del funcionamiento de los servicios sanitarios, se ha producido un daño antijurídico, esto es, que el interesado no tenga el deber jurídico de soportar. Pues bien, desde esta perspectiva, no comparte el Consejo Jurídico la propuesta desestimatoria formulada por el órgano instructor, pues sí concurren los presupuestos necesarios para declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria, aunque no con el alcance pretendido por el actor.

#### 1. Actuación contraria a *lex artis*.

Son hechos incontrovertidos en el presente procedimiento que el reclamante sufre una caída el 11 de julio de 2005, a consecuencia de la cual padece dolores en región dorsal y tobillo derecho. Siendo atendido en primera instancia por una dotación del 061 que le remite al Hospital "Morales Meseguer". En el Servicio de Urgencias de este centro se le realizan radiografías del tobillo dolorido en cuatro proyecciones y no se descubre en ellas fractura alguna, por lo que es diagnosticado de dorsalgia postraumática y artritis del tobillo derecho, siendo dado de alta en Urgencias con recomendación de observación domiciliaria y control por su médico de familia, con tratamiento analgésico y vendaje compresivo en tobillo (folio 29 del expediente, informe de Urgencias).

Transcurridos diez días, el reclamante presenta, según sus propias manifestaciones, un agravamiento del cuadro, con hinchazón en el tobillo, dolor agudo y amoratamiento, acudiendo a la sanidad privada, dado que se trata del mes de julio y a la vista de la saturación del Servicio de Urgencias. En la Clínica "San Carlos" se le diagnostica fractura de astrágalo y se le practica, el 27 de agosto de 2005, osteosíntesis.

El análisis crítico de la atención prestada en el Servicio de Urgencias del Hospital "Morales Meseguer" se realiza por el informe de la Inspección Médica, que tras efectuar diversas consideraciones médicas acerca de la patología que sufre el paciente, concluye que la anamnesis, exploración y petición de radiografías fue correcta, y que el tratamiento prescrito no ha perjudicado la evolución de la fractura. Sin embargo, también destaca que, tras revisar las cuatro radiografías del tobillo realizadas a petición del Servicio de Urgencias y en las que el facultativo correspondiente

no observó fractura alguna, en una de ellas se detecta “la fractura del astrágalo que pasa desapercibida en el resto de proyecciones”, siendo típicos de esta fractura tanto el mecanismo del accidente como el resultado de la exploración (dolor en toda la circunferencia del tobillo, a la presión y a la movilidad).

De donde se deduce que el Médico que le atendió en el Servicio de Urgencias, debía haber detectado la fractura, constituyendo su actuación un incumplimiento por omisión de la obligación de medios que incumbe a la Administración en la prestación sanitaria, cual es la de poner a disposición de los pacientes todos los medios y practicar todas aquellas actuaciones que requiera la ciencia médica para alcanzar un correcto juicio clínico que permita instaurar el tratamiento adecuado a las dolencias de aquéllos, obligación en la que se inserta la de una adecuada valoración médica de los resultados de las pruebas diagnósticas practicadas.

En consecuencia, cabe concluir que al no detectarse la fractura en el Servicio de Urgencias se produjo una quiebra de la *lex artis*, lo que convierte el daño que pudiera haber sufrido el interesado como consecuencia de dicho error de diagnóstico en antijurídico.

## 2. El daño.

Para el interesado, el daño que deriva del erróneo diagnóstico efectuado consiste en una agravación o empeoramiento de su situación clínica, de un lado y, de otro, el perjuicio patrimonial derivado de tener que sufragar una intervención quirúrgica en la sanidad privada.

### a) El agravamiento de la lesión.

Afirma el reclamante que, tras ser atendido en el Servicio de Urgencias, la lesión se fue agravando progresivamente, con dolor agudo, hinchazón y amoratamiento del tobillo derecho.

Esa agravación, sin embargo, considera la Inspección Médica que no puede imputarse al tratamiento conservador pautado por el Servicio de Urgencias, que no perjudicó la evolución de la fractura, de donde cabe inferir que el empeoramiento del cuadro se debió a la natural progresión de la lesión, que se produjo ante la insuficiencia de las acciones terapéuticas decididas por el indicado Servicio, limitadas a reposo, vendaje compresivo y analgesia, cuando la Inspección Médica afirma que “*la mayoría de las fracturas astragalinas afecta a múltiples superficies articulares por lo que suele ser necesaria la reducción abierta y fijación interna*”.

Luego esa agravación del cuadro, que no es discutida por la instrucción, cabe imputarla no al tratamiento pautado en el Servicio de Urgencias, sino a la inadecuación de éste, atendida la verdadera naturaleza de la patología que sufría el paciente. En consecuencia, el daño cabe identificarlo con la permanencia durante 16 días (entre el 11 de julio, fecha de atención en Urgencias, y el 27 del mismo mes, fecha de la intervención de osteosíntesis) sin el tratamiento correcto.

La valoración de este daño, ante la insuficiencia de los criterios ofrecidos por el artículo 141.2 LPAC, habrá de ajustarse a las cuantías establecidas por el sistema para la valoración de daños y perjuicios sufridos por las personas en accidentes de circulación, hoy recogido en el Anexo del Texto Refundido de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor, aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre.

Así, y dado que consta en el expediente que el reclamante estuvo de baja laboral desde el 12 de julio de 2005 (día siguiente al accidente) y que el 26 de julio de 2006 se emite propuesta de incapacidad permanente total para su profesión habitual de frigorista, por disminución del espacio de la articulación astragalina, cabe calificar los 16 días antes referidos como impeditivos. Aplicadas las cuantías diarias (47,28 euros) que por tal concepto establece la Resolución de 7 de febrero de 2005, de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, por la que se da publicidad a las cuantías de las indemnizaciones por muerte, lesiones permanentes e incapacidad temporal que resultarán de aplicar durante 2005 el sistema de valoración para los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación, se obtiene un montante indemnizatorio de 754,88 euros, cuantía que habrá de ser actualizada conforme a lo establecido en el artículo 141.3 LPAC.

b) El resarcimiento de los gastos habidos en la Sanidad privada.

En anteriores Dictámenes (por todos, el 15/2009) el Consejo Jurídico recuerda que 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, (...), tenía cobertura sanitaria pública, de tal manera que su legítima decisión de acudir a la sanidad privada en modo alguno puede implicar que la Administración deba soportar los gastos por tal motivo sufragados por la interesada.*

*Por lo demás, no consta que haya mediado urgencia vital (en cuyo caso debería haberse articulado la reclamación como un supuesto de reintegro de gastos), ni negativa injustificada al tratamiento en la sanidad pública, razón por la que la interesada debe asumir las consecuencias derivadas de su legítima decisión de acudir a la sanidad privada, pues otra solución implicaría en este caso que, a través del instituto de la responsabilidad, se estuviera incumpliendo la regulación legal relativa a los supuestos en los que, tratándose de personas con cobertura de la sanidad pública, procede abonar los gastos en la sanidad privada”.*

En esta línea, en el Dictamen de 27 de noviembre de 2003 (exp. 3322/2003), recordó que *“debe dilucidarse si los gastos realizados en la medicina privada son asumibles por la Administración sanitaria o deben ser soportados por el propio interesado. Únicamente procedería el abono de tales gastos, a título de responsabilidad patrimonial de los artículos 139 y siguientes de la Ley 30/1992, en el caso de error de diagnóstico o inasistencia en la sanidad pública, y a título de reintegro de gastos, en el caso de que la atención en la sanidad privada traiga causa de una “urgencia vital”, de acuerdo con los criterios establecidos en el artículo 5.3 del Real Decreto 63/1995, de 20 de enero, sobre ordenación de prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud”.*

Como se desprende del Dictamen de 5 de diciembre de 2000 antes citado, la existencia de un supuesto de responsabilidad patrimonial de la Administración 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. 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 cuanto al error de diagnóstico como circunstancia que puede amparar el resarcimiento de los gastos habidos en la sanidad privada, han de hacerse algunas matizaciones a la luz de la jurisprudencia, pues no todo error de diagnóstico produce este efecto, sino sólo aquél que determina una continuada falta de atención médica adecuada, privando al paciente del tratamiento necesario para su dolencia de forma reiterada, poniendo de manifiesto la incapacidad de la sanidad pública para asistirlo de forma óptima. Así, los casos en los que se ha estimado la posibilidad de resarcir por vía de responsabilidad patrimonial los gastos de acudir a la sanidad privada debido a la existencia de un error de diagnóstico, aluden a esa persistencia del error en las sucesivas ocasiones en que el enfermo solicita la asistencia sanitaria pública, de forma que *“no puede obligarse al paciente o su familia a permanecer indefinidamente acogido al Sistema público de salud”* (STS, 3ª, de 1 de octubre de 1988), ni *“bajo un diagnóstico equivocado, resignarse, como prescribió el hospital, a un control evolutivo por su médico de cabecera, que ya la había remitido por dos veces al hospital para una exploración exhaustiva”* (STSJ Cataluña, núm. 1124/2001 de 31 octubre). De hecho, cuando el diagnóstico erróneo se produce únicamente en urgencias, sin comunicar a la Administración sanitaria el error cometido y posibilitar la instauración de un tratamiento adecuado a la verdadera dolencia del paciente, se niega el resarcimiento de los gastos derivados de acudir a la sanidad privada. Así lo considera la STSJ Castilla y León, núm. 530/2008, de 11 de abril, cuando señala que el interesado, a quien en urgencias no se le había detectado la dolencia que padecía y que fue diagnosticada por un médico privado que le interviene quirúrgicamente, *“en todo caso pudo y debió, antes de operarse, poner en conocimiento de la sanidad pública dicho diagnóstico y ello a fin de que por la Administración sanitaria se pudiera acometer el oportuno tratamiento, (...), puesta en conocimiento que, sin embargo, no hizo, optando sin más por la asistencia privada, lo que arrastra la desestimación de la demanda ya que, en definitiva, no se ha probado ni el retraso que hubiese experimentado la intervención en el supuesto de haberse confiado a la sanidad pública, ni que en ésta no se dispusiese de medios personales y materiales para culminar con éxito la operación quirúrgica que resultase procedente”*.

En el supuesto sometido a consulta, si bien se ha acreditado la existencia de un error de diagnóstico en la atención recibida en urgencias, éste no puede considerarse reiterado ni persistente en el tiempo, toda vez que el reclamante abandonó el sistema sanitario público, a pesar de que el alta en Urgencias prescribía la observación domiciliaria y le remitía al control del médico de familia. Sin embargo, lejos de acudir a este facultativo, decidió someterse a la intervención de osteosíntesis en la sanidad privada sin comunicar a la Administración sanitaria el error que se

había cometido, lo que impidió que por ésta se le ofreciera la posibilidad de operarle. Y es que las razones que, según manifestación expresa del reclamante, le llevan a acudir a la sanidad privada son el tratarse de período estival y la situación del Servicio de Urgencias, circunstancias ambas que, a falta de una mayor concreción, no pueden considerarse como suficientes para justificar el abandono del sistema sanitario público y hacer nacer el derecho a ser resarcido de los gastos sufridos. Y es 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).

En conclusión, no procede el resarcimiento de los gastos habidos en la Sanidad privada, aunque sí la indemnización por los 16 días que el interesado permaneció privado del tratamiento adecuado para la fractura.

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 advertir el Consejo Jurídico que concurren en ella los requisitos exigidos por el ordenamiento para el nacimiento de la responsabilidad patrimonial de la Administración, por lo que procede estimar parcialmente la reclamación, de conformidad con lo indicado en la Consideración Cuarta de este Dictamen.

**SEGUNDA.**- La cuantía de la indemnización debe ajustarse a lo indicado en la Consideración Cuarta, apartado 2, letra a), de este Dictamen.

No obstante, V.E. resolverá.





**DICTAMEN 33/2010**

**Asunto** Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hijo, debida a accidente escolar.

**Consultante** Consejero de Educación, Formación y Empleo

**Fecha** 18/02/2010

**Extracto de Doctrina**

Nota: igual doctrina que la expresada en el Dictamen 1/2010,



**DICTAMEN 34/2010**

**Asunto** Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hijo, debida a accidente escolar.

**Consultante** Consejero de Educación, Formación y Empleo

**Fecha** 18/02/2010

**Extracto de Doctrina**

Nota: igual doctrina que la expresada en el Dictamen 1/2010.



**DICTAMEN 35/2010**

**Asunto** Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.

**Consultante** Consejero de Educación, Formación y Empleo

**Fecha** 18/02/2010

**Extracto de Doctrina**

Nota: igual doctrina que la expresada en el Dictamen 29/2010.



## DICTAMEN 36/2010

<b>Asunto</b>	Proyecto de Decreto por el que se regula la atribución de competencias para el ejercicio de la potestad sancionadora en materia de tasa láctea en el ámbito de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.
<b>Consultante</b>	Consejero de Agricultura y Agua
<b>Fecha</b>	18/02/2010

### Extracto de Doctrina

El reconocimiento de las competencias sancionadoras a las respectivas CCAA es general, de modo que alcanza a todas las posibles infracciones que se produzcan dentro de su ámbito de competencia, tengan o no éstas como base o conlleven una liquidación de la tasa láctea; tasa, por tanto, que practicará el FEGA sin perjuicio de la competencia sancionadora de la correspondiente Administración regional, para lo que deberá existir la oportuna coordinación

### ANTECEDENTES

**PRIMERO.-** Mediante informe de 17 de junio de 2009, el Servicio de Producción Animal de la Dirección General de Ganadería y Pesca de la Consejería de Agricultura y Agua señaló la necesidad de aprobar un Decreto que atribuyese específicamente a determinados órganos de la Administración regional las competencias sancionadoras que ésta posee en materia de tasa láctea (incluida dentro de la más genérica competencia sobre ganadería que tiene estatutariamente atribuida), regulada por diversos Reglamentos comunitarios y normativa básica estatal, que citaba. A dicho informe se acompañaba un primer borrador de Decreto, lo que fue remitido a la Secretaría General de la expresada Consejería.

**SEGUNDO.-** Mediante oficios de 18 de junio de 2009, el titular de la citada Dirección General traslada dicho borrador, para la formulación de alegaciones, a las siguientes entidades interesadas: x, y, z, no constando la presentación de alegaciones.

**TERCERO.-** El 24 de julio de 2009 la Asesora Jurídica de la citada Dirección General emite informe, favorable a la aprobación del referido borrador de Decreto.

**CUARTO.-** El 28 de julio de 2009 el mencionado Director General emite informe-propuesta de aprobación de dicho borrador de Decreto, que remite a la Secretaría General de la Consejería.

**QUINTO.-** El 5 de agosto de 2009, el Servicio Jurídico de dicha Secretaría General emite informe, favorable a la aprobación del borrador, con algunas observaciones de mejora técnica del texto y de la necesidad de incorporar una memoria económica.

**SEXTO.-** El 22 de septiembre de 2009 se emite una memoria económica y un informe sobre el impacto por razón de género de la futura norma. Se elabora un nuevo borrador, al que se incorporan las sugerencias realizadas por el citado informe del Servicio Jurídico.

**SÉPTIMO.-** Solicitado informe a la Dirección de los Servicios Jurídicos, es emitido el 2 de noviembre de 2009, en el que, en lo sustancial, expresa que la memoria económica resulta insuficiente y falta el preceptivo informe de la Vicesecretaría; en cuanto al fondo, realiza una observación sobre el alcance de la normativa básica estatal que sirve de marco jurídico al Proyecto, exponiendo las dudas competenciales que suscita la imposición de sanciones en esta materia cuando el hecho infractor se encuentre tipificado en la Ley General Tributaria, según la normativa estatal aplicable (de posterior análisis), cuestión que considera que no se ha analizado por el órgano proponente, por lo que debe estudiarse por éste; por lo demás, realiza algunas observaciones de mejora técnica del texto.

**OCTAVO.-** El 26 de noviembre de 2009 la Asesora Jurídica de la citada Dirección General emite informe complementario sobre la competencia sancionadora regional en la materia, considerando que es de competencia estatal la práctica de las liquidaciones de la tasa láctea, y autonómica la de la imposición de sanciones en esta materia. A raíz de lo anterior se elabora un nuevo borrador en el que en el proyectado artículo 3 se incluye una referencia al procedimiento de liquidación de la tasa láctea.

**NOVENO.-** El 2 de diciembre de 2009 se emiten una nueva memoria económica y el informe de la Vicesecretaria de la Consejería, favorable a la aprobación del Proyecto.

**DÉCIMO.-** El 15 de diciembre de 2009, el Secretario General de la Consejería extiende diligencia sobre el texto definitivo del Proyecto de Decreto de que se trata.

**UNDÉCIMO.-** Mediante oficio registrado en este Consejo Jurídico el 23 de diciembre de 2009, el Secretario General de la Consejería, por delegación del Consejero, solicita la emisión de nuestro preceptivo Dictamen, acompañando el expediente y su extracto e índice reglamentarios.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

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

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, al versar sobre un proyecto de Decreto que constituye desarrollo y ejecución de lo establecido con carácter básico en el Real Decreto 754/2005, de 24 de junio, por el que se regula el régimen de la tasa láctea, de conformidad con lo previsto en el artículo 12.5 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia.

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

A la vista de las actuaciones obrantes en el expediente remitido, puede afirmarse que se ha seguido, en lo sustancial, lo establecido al efecto 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.

#### **TERCERA.- Objeto del Proyecto y competencia autonómica para su aprobación.**

El objeto del Proyecto de Decreto sometido a Dictamen consiste, según su artículo 1, en la atribución, a diversos órganos de la Administración regional, de las facultades sancionadoras que, en materia de tasa suplementaria de cuota láctea, corresponden a la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia. Sin embargo, además de tal objeto, que efectivamente se plasma en el artículo 2 del Proyecto, la norma proyectada también determina cuál ha de ser el procedimiento sancionador aplicable al respecto, disponiendo que será el establecido en el Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, *“siempre que no se trate de un procedimiento de liquidación en materia tributaria”*, inciso incluido en el último y definitivo borrador, que será posteriormente objeto de comentario.

A los efectos ahora analizados, interesa destacar que el Proyecto se pretende dictar en el marco de las bases y coordinación estatal de la planificación de la economía, proyectado ello aquí en el sector lácteo y, en concreto, en el marco de las normas contenidas del Real Decreto 754/2005, citado anteriormente, dictado por el Estado al amparo de la competencia que le atribuye el artículo 149.1.13ª de la Constitución, según expresa la Disposición final primera de dicho Real Decreto, y que trae causa de previos Reglamentos comunitarios que disciplinan esta materia dentro

de la Política Agraria Común de la Unión Europea, que configuran dicha “tasa” (entendido este concepto en un sentido impropio dentro del ordenamiento jurídico español, como seguidamente se verá) como un instrumento económico compensatorio que afecta a los Estados cuya producción láctea sobrepase la cuota que tiene asignada por dicha Unión Europea.

A partir del bloque normativo anterior, la Comunidad Autónoma ejerce sus competencias en materia de agricultura y ganadería, las cuales, en la materia que ahora nos ocupa, consisten básicamente en una función ejecutiva de lo establecido en dicho Real Decreto, si bien éste reserva a la Administración del Estado algunas facultades ejecutivas en relación con la gestión de esta tasa láctea, fundamentalmente, la relativa a la practica de las liquidaciones de dicha tasa a los sujetos obligados al pago; y ello por su peculiar dimensión o alcance suprarregional de esta figura jurídica (calificada por dicho Real Decreto como una exacción parafiscal), como pone de manifiesto el Consejo de Estado en su Dictamen 802/2005, de 9 de junio, sobre el Proyecto de lo que luego sería el citado Real Decreto:

*“La exacción parafiscal aquí configurada tiene por objetivo que cada uno de los “sujetos pasivos” descritos en el proyecto, y antes en el Real Decreto 291/2004, de 20 de febrero, pague, proporcionalmente al incumplimiento de cada cual, el importe que le corresponde de lo que se ha de pagar colectivamente como “tasa láctea”. Desde este punto de vista, lo que los reglamentos, que no las leyes, llaman “exacción parafiscal”, puede ser calificado como tal, según se ha dicho ya, pero los aspectos técnicos de la norma (“hecho imponible”, “tipo”, “base liquidable”, etc.) deben ser interpretados con cierta amplitud conceptual porque no se adaptan exactamente a la finalidad no contributiva sino de reparto de la sanción que es propia de la norma que ahora se aprueba. Esto vale en especial para el “devengo”, que el principio de legalidad obliga a señalar para todo tributo, pero que no termina de encajar del todo en una norma cuya finalidad no es, como queda dicho, gravar una manifestación de riqueza que denota capacidad contributiva, sino reintegrar el importe de una “tasa” que ha de pagarse por España y que conviene repercutir entre todos, cuando se da una situación de incumplimiento colectivo, a la vista de la participación de cada uno”.*

Conforme con lo anterior, el Real Decreto 754/2005 establece en su artículo 31 la competencia de la Administración del Estado, a través del Fondo Español de Garantía Agraria (FEGA), para practicar a los productores de leche las oportunas liquidaciones en caso de sobrepasamiento de las cantidades de referencia que vengán establecidas, liquidaciones que comunicará a las CCAA para que procedan a su notificación a los sujetos obligados al pago, siendo recurribles aquéllas potestativamente en reposición ante el mismo FEGA o, en su caso, ante el Tribunal Económico Administrativo Central (art. 32).

Por su parte, el artículo 35.3 de dicho Real Decreto reconoce a las CCAA las competencias de control en el cumplimiento, por parte de diferentes sujetos intervinientes en el mercado lácteo (productores, determinados compradores y otros), de las obligaciones administrativas que se establecen en dicha norma para controlar la producción láctea a los efectos de la tasa en cuestión; obligaciones de diversa índole cuyo incumplimiento da lugar a las correspondientes infracciones, tipificadas pormenorizadamente en las normas legales a que se refiere el artículo 40 del Real Decreto, de posterior cita, y que pueden dar lugar al correspondiente procedimiento sancionador, que debe tramitar y resolver la Comunidad Autónoma competente, según establece su artículo 42. La competencia de cada una de las CCAA se determina conforme a lo establecido en el artículo 2, j) de este Real Decreto, que utiliza el criterio del lugar en el que esté la sede social del comprador o en la que esté ubicada la explotación del productor o, en caso de que ésta tenga unidades de producción en varias CCAA, el de la Comunidad Autónoma en el que se encuentre el mayor número de animales destinados a la producción de leche.

Como va a verse, la única observación relevante que se ha de hacer al Proyecto dictaminado se refiere a la regulación contenida en el proyectado artículo 3 sobre el procedimiento administrativo sancionador aplicable en la materia, pues ninguna objeción ha de hacerse al reparto competencial orgánico interno contenido en el proyectado artículo 2.

Dicha observación se realiza no sin antes advertir que el contenido del proyectado artículo 3 no resulta coherente con el objeto del Proyecto según su título y su artículo 1, que lo limitan a la atribución de competencias sancionadoras en esta materia (es decir, lo que se proyecta en el citado artículo 2), y no a la determinación del procedimiento sancionador aplicable. Ello justificaría la supresión del antedicho artículo 3. No obstante, y para el caso de pretenderse el mantenimiento de un precepto como el proyectado (lo que puede resultar útil, a la vista de lo que luego se dirá), se realizan las siguientes observaciones.

#### **CUARTA.- Ajuste del Proyecto al Real Decreto 754/2005.**

I. El proyectado artículo 3 establece que *“el procedimiento para la imposición de las sanciones en materia de tasa láctea será, siempre que no se trate de un procedimiento de liquidación en materia tributaria y de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 41.2 del Real Decreto 754/2005, de 24 de junio, por el que se regula el régimen de la tasa láctea, el establecido por el Reglamento del Procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora, aprobado por el Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto.”*



Como se verá seguidamente, dos son las cuestiones que suscita este precepto y sobre las que puede avanzarse la respectiva conclusión: a) resulta inapropiada la referencia que se hace en dicho artículo al procedimiento de liquidación en materia tributaria (el de liquidación de la tasa láctea, se entiende); b) la remisión que se hace al procedimiento sancionador regulado en el Real Decreto 1398/1993 como el (único) aplicable en la materia que nos ocupa no se acomoda a la interpretación que debe hacerse de la regulación contenida al respecto en el Real Decreto 754/2005.

El Capítulo X de esta norma básica, dedicado al régimen sancionador en la materia, establece lo siguiente:

*“Artículo 39.*

*Principios de la potestad sancionadora.*

*Serán de aplicación los principios de la potestad sancionadora en materia tributaria en los términos establecidos en la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, y en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.*

*Artículo 40.*

*Infracciones y sanciones.*

*Las infracciones contra lo dispuesto en este Real Decreto se sancionarán de conformidad con lo previsto en el artículo 97 de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, en la Ley 8/2003, de 24 de abril, de Sanidad Animal, en la legislación de las Comunidades Autónomas y en la normativa comunitaria de aplicación.*

*La Ley 58/2003, de 17 de diciembre, se aplicará cuando el hecho infractor no esté tipificado en alguna de las normas anteriores.*

*Artículo 41.*

*Procedimiento sancionador.*

*1. El procedimiento sancionador se tramitará, en todo caso, de forma separada al de liquidación de la tasa láctea.*

2. *El procedimiento para la imposición de sanciones en materia de tasa láctea será, según proceda, el establecido por el Reglamento General del Régimen Sancionador Tributario, aprobado por el Real Decreto 2063/2004, de 15 de octubre, por el Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora, aprobado por el Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, o por las normas autónomas reguladoras de los procedimientos sancionadores.*

*Artículo 42.*

*Órgano competente para la imposición de sanciones.*

*El órgano competente para la imposición de sanciones será la autoridad competente de la Comunidad Autónoma.”*

II. En primer lugar, debe repararse en que el transcrito artículo 41.1 establece una neta separación entre los procedimientos de liquidación de la tasa láctea y los sancionadores que pudieran incoarse por el incumplimiento de las obligaciones establecidas en la materia que nos ocupa. El Consejo de Estado, en su Dictamen 805/2005, antes citado, aludía *“al artículo 43 del (entonces) vigente Real Decreto 291/2004, de 20 de febrero, conforme al cual las sanciones por incumplimiento eran impuestas por el Presidente del FEGA, que ahora ha sido sustituido por el artículo 42, conforme al cual las sanciones las impone “la autoridad competente de la comunidad autónoma”. En opinión del Consejo de Estado, las sanciones debe imponerlas el mismo que realiza las liquidaciones –el FEGA- máxime no habiendo habido requerimiento de incompetencia en este punto (se refiere el Dictamen a un previo requerimiento de incompetencia al Estado por parte de algunas CCAA en relación con algunos preceptos de dicho RD de 2004), y habiéndose previsto, en el vigente Real Decreto y también en el proyecto, un procedimiento separado para ambos actos administrativos”.*

Sin embargo, el Real Decreto 754/2005 luego aprobado no acoge dicha observación y mantiene el tenor del actual artículo 42, a virtud del cual el reconocimiento de las competencias sancionadoras a las respectivas CCAA es general, de modo que alcanza a todas las posibles infracciones que se produzcan dentro de su ámbito de competencia, tengan o no éstas como base o conlleven una liquidación de la tasa láctea; tasa, por tanto, que practicará el FEGA sin perjuicio de la competencia sancionadora de la correspondiente Administración regional, para lo que deberá existir la oportuna coordinación (en el artículo 44 se regula una *“Mesa de coordinación del régimen de tasa”*).

En este sentido, delimitada así la competencia autonómica, carece de sentido que el proyectado artículo 3 aluda a *“los procedimientos de liquidación en materia tributaria”*, pues el de liquidación de la referida tasa láctea no tiene carácter sancionador, sino parafiscal, y sólo a los sancionadores debe referirse el Proyecto, de modo que su mismo objeto ya excluye a los que no tengan dicho carácter.

III. Por otra parte, en lo que atañe a la determinación del procedimiento establecido en el Real Decreto 1398/1993 como el aplicable por la Administración regional para sancionar las infracciones de su competencia en la materia que nos ocupa, su legalidad depende de la interpretación que haya de darse al artículo 41 del RD 754/2005 y, más en concreto, al sentido de la expresión *“según proceda”* que en él se contiene, referida a la aplicación del procedimiento sancionador en materia tributaria (RD 2063/2004), el procedimiento sancionador general o común (directamente aplicable sólo, en un principio, en el ámbito de la Administración del Estado) aprobado por RD 1398/1993, o el procedimiento que pudiera haber aprobado cada Comunidad Autónoma para su ámbito competencial (*“por las normas autonómicas reguladoras de los procedimientos sancionadores”*).

En este sentido, la referida expresión *“según proceda”* no puede interpretarse como una habilitación a la respectiva Comunidad Autónoma para que elija, de entre todos los procedimientos aludidos por dicho artículo, el que estime más oportuno. Así, procederá la aplicación del procedimiento sancionador tributario a que se refiere dicho artículo cuando, conforme con lo establecido en el transcrito artículo 40, segundo párrafo, RD 754/2005, resulte que para la tipificación de la infracción de que se trate haya de acudir a la vigente Ley General Tributaria (LGT), que será *“cuando el hecho infractor no esté tipificado en alguna de las normas”* a que se refiere dicho artículo en su párrafo primero. Ello parece lógico, y la única explicación posible de la referencia a dicho procedimiento sancionador tributario, a la luz de lo que establece el artículo 39 de dicho Real Decreto. En efecto, si la tipificación de la infracción sólo se halla en la LGT (lo que sugiere que se estaría ante una infracción de neto carácter tributario, no obstante la naturaleza parafiscal de la tasa en cuestión), parece lógico que el procedimiento sancionador a emplear para sancionar dicha infracción sea el específicamente aprobado para las sanciones en materia tributaria; podría decirse que la aplicación de la norma sustantiva de naturaleza tributaria (la infracción tipificada en la LGT) atraería la aplicación de la norma procedimental sancionadora de la misma naturaleza.

Fuera de esos supuestos, la aplicación del Real Decreto 1398/1993, al que se refiere el proyectado artículo 3, dependerá, como sucede en otras materias, de que la correspondiente

Comunidad Autónoma no haya aprobado una norma procedimental sancionadora propia que hubiera desplazado la aplicación supletoria de aquél, como resulta no haberlo hecho nuestra Comunidad hasta el presente. Por ello, todas las infracciones en materia de tasa láctea tipificadas en las normas a que se refiere el artículo 40, primer párrafo, del RD 754/2005, deberán ser objeto del procedimiento sancionador establecido en el RD 1398/1993. Y, como se dice, cuando el hecho infractor no esté tipificado en tales normas y haya que acudir a la LGT a estos efectos, se aplicará el procedimiento sancionador tributario antes aludido. Así podría disponerlo el proyectado artículo 3, si se considerase conveniente aclarar reglamentariamente esta cuestión para una mayor seguridad jurídica.

**QUINTA.- Otras observaciones.**

Para la mejora técnica del Proyecto, sería conveniente la introducción de las siguientes modificaciones.

- Artículo 1.

Completar: *“... de cuota láctea en el ámbito de las competencias de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia”.*

- Artículo 2.

Las referencias a los órganos competentes deberían hacerse de forma genérica, para adecuarse a hipotéticos cambios en su denominación. Así, el artículo debería referirse al Director General competente en materia de ganadería y pesca, y al Consejero competente en materia de agricultura y agua, por ejemplo.

En el número 1, a), resulta superfluo el inciso *“cometidas en materia de tasa suplementaria de la cuota láctea”*, pues ello ya se deduce del artículo 1. Además, no se reproduce tal inciso en las siguientes letras b) y c).

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 Cuarta en relación con el artículo 3. Esta observación tiene carácter esencial.

**SEGUNDA**.- Para la mejora técnica del texto, sería conveniente la introducción de las modificaciones a que se refiere la Consideración Quinta respecto de los proyectados artículos 1 y 2.

No obstante, V.E. resolverá.



## DICTAMEN 37/2010

<b>Asunto</b>	Responsabilidad patrimonial instada por x como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.
<b>Consultante</b>	Consejera de Sanidad y Consumo
<b>Fecha</b>	22/02/2010

### Extracto de Doctrina

1. El hecho, admitido por todos los facultativos que han informado en el procedimiento, de que la técnica quirúrgica empleada por el Dr. x. esté entre las posibles, aunque haya otras (no sólo la empleada por el Dr. x) que son consideradas por la literatura científica como más rápidas y fiables, impide concluir, sin más trámite, que la opción resultó contraria a la *lex artis*. Por un lado cabe recordar que la evaluación de alternativas pertenece a la esfera interna del profesional y, por otro, del análisis del expediente se ha de entender justificada la elección de la técnica en relación con el reclamante.

2. La Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional ha precisado que no cabe aplicar esta doctrina del daño desproporcionado cuando el daño constituye la materialización de una complicación o riesgo típico de la intervención o asistencia sanitaria prestada (SAN de 5 de abril de 2006). En la misma línea, el Consejo de Estado (Dictamen 1743/1999) y este Consejo Jurídico (Dictamen 173/2007), excluyen la aplicación de esta doctrina cuando el daño responde a un riesgo típico de la intervención y la causa se sitúa fuera del ámbito o esfera de control del actuante.

### ANTECEDENTES

**PRIMERO.-** Con fecha 20 de octubre de 2005, x., abogada, en nombre y representación de x., presenta reclamación de responsabilidad patrimonial ante la deficiente asistencia sanitaria recibida por su representado del sistema sanitario público regional. Según la letrada los hechos ocurrieron del siguiente modo:

1. Con fecha 11 de octubre de 2004 el reclamante sufrió un accidente de trabajo por el cual fue trasladado al Hospital Comarcal Noroeste de Caravaca de la Cruz (en lo sucesivo, HCN), Unidad de Cirugía Ortopédica y Traumatología, donde se le diagnosticó de *"arrancamiento extensor del pulgar izquierdo"*.

2. El día 13 de octubre de 2004 fue intervenido quirúrgicamente *“bajo bloqueo troncular realizándose tenodesis extensor propio pulgar, siendo dado de alta en fecha 14 de octubre del mismo año”*.

3. La transposición no se realizó correctamente porque se hizo del tendón del extensor largo sobre el extensor corto del dedo pulgar, en vez de al extensor largo del mismo dedo. *“Al realizar la transposición al extensor corto, el movimiento del dedo quedó totalmente imposibilitado, por lo que le dejaron el dedo totalmente inútil sin poder realizar la función de extensión de este dedo, quedando como se aprecia en las fotos que acompañamos a este escrito, y así como una gran cicatriz no necesaria para este tipo de intervención”*.

*Además, para realizar esta trasposición, se realizó un corte total del nervio radial, con consecuencias posteriores en cuanto a la falta de sensibilidad en la zona afectada”*.

4. Al mes de haberse efectuado la intervención quirúrgica presentaba una falta de movimiento en la extensión, separación aproximación del pulgar, así como incapacidad para realizar la pinza; mostrando asimismo falta total de sensibilidad en la zona. Limitaciones que persistían después de recibir rehabilitación durante un mes.

5. Con fecha 13 de diciembre de 2005 se realiza EMG en la que se puede apreciar *“ausencia de potencial sensitivo evocado del nervio radial izquierdo”* (ramo superficial), así como hallazgos congruentes con existencia de Axonotmesis total de ramo superficial del nervio radial izquierdo.

6. Ante la falta de mejoría el reclamante *“decidió, bajo su total cobertura económica, someterse a una segunda intervención quirúrgica”*, que se llevó a cabo el día 14 de enero de 2005 siguiendo la técnica de *“transferencia tendinosa del extensor propio de índice a extensor largo del pulgar mediante sutura termo-terminal tipo Pulvertaff”*.

7. Tras esta segunda intervención debió seguir tratamiento rehabilitador consiguiendo, finalmente, restaurar el movimiento del dedo pulgar izquierdo, debido a la técnica utilizada descrita en el apartado anterior, en la que no se produce ningún tipo de cicatriz, del extensor del índice al extensor del pulgar, con lo cual, no debe realizarse la Axonotmesis total de ramo superficial del nervio radial izquierdo, es decir, *“no se produce ningún tipo de lesión colateral en los nervios propios de la mano, con lo cual se considera una técnica totalmente acertada y que no implica ningún tipo de secuela posterior”*.

8. Añade que el paciente en el momento de interponer la reclamación, y a pesar del éxito de la segunda intervención, presenta *“cierto déficit motor, que proviene directamente, de la primera trasposición, habiéndose realizado la transferencia tendinosa al extensor corto en vez de al extensor largo del pulgar, así como la sensibilidad alterada, por haberse realizado Axonotmesis total de ramo superficial del nervio radial izquierdo (corte del nervio radial), además de haber quedado una gran cicatriz de más de 20 cm en el antebrazo izquierdo, también proveniente ésta de la primera intervención quirúrgica”*.

Considera el reclamante que los servicios médicos regionales le han ocasionado un grave perjuicio al haber seguido una técnica equivocada en la intervención quirúrgica que se le practicó, por todo lo cual solicita una indemnización de 27.140,56 euros, según el siguiente detalle:

- Secuelas : 5.027,52 euros

4 puntos por parestesias..... 2.513,76 euros

4 puntos por perjuicios estéticos..... 2.513,76 euros

- Días de baja: 9.266,88 euros

196 días de baja impeditivos a razón de 47,28 euros/día

- Factor de corrección: 2.144,16 euros

15% por estar realizando una actividad laboral en el momento de ocurrir los hechos

- Lesiones permanentes que le incapacitan para realizar su actividad habitual: 5.000 euros

- Gastos médicos: 5.702 euros

Según facturas que se adjuntan

Acompaña a su escrito la siguiente documentación:

1. Informe del Servicio de Urgencias del HCN.

2. Resumen de la historia clínica.

3. Informe médico de la operación realizada por el Dr. x.

4. Parte de baja

5. Informe clínico de ingreso y alta hospitalaria de fecha 14 de octubre de 2005 correspondiente a la segunda operación.

6. Informe de rehabilitación del centro de fisioterapia --, S.L., del siguiente tenor:



*“Paciente que acude a este centro para realizar RHB, tras sufrir rotura del extensor largo del pulgar izqdo. mientras realizaba un trabajo habitual.*

*Intervenido quirúrgicamente el 13-10-04, realizándole "tenodesis del extensor común profundo del pulgar izqdo., inicia tratamiento rehabilitador el día 01-11-04.*

*A la exploración el paciente muestra una marcada falta de movimiento de extensión, separación aproximación del pulgar, así como incapacidad para realizar la pinza. Además muestra falta de sensibilidad en la zona.*

*Después de 1 mes de RHB, casi no hay mejoría, conservando el mismo grado de sus lesiones, no habiendo ganado en la funcionalidad activa y muy poco en la pasiva.*

*El 13-12-05 se le realiza EMG donde aparece “ausencia de potencial sensitivo evocado del nervio radial izqdo” (ramo superficial), hallazgos congruentes con existencia de Axonotmesis total del ramo superficial del nervio radial izqdo.*

*Se le somete a una segunda operación el 14-01-05, realizándole transposición del tendón propio del índice a extensor largo del pulgar.*

*Tras esta segunda intervención inicia de nuevo la rehabilitación, habiendo mejorado la funcionalidad y la fuerza.*

*En el día de la fecha el paciente muestra las secuelas siguientes:*

- *sensibilidad alterada.*
- *falta de agilidad.*
- *pinza costosa.*
- *parestesias en la zona pulgar izqdo.*
- *tendinitis.*
- *pérdida de fuerza.*
- *gran cicatriz en antebrazo izqdo. (tras primera intervención)”*

7. Informe de la Policlínica del Deporte de 28 de abril de 2005.

8. Informe del Dr. x.

9. Fotos de la cicatriz en el antebrazo izquierdo.

10. Factura de --, S.L.
11. Factura del anestesista Dr. D. x.
12. Factura del centro de fisioterapia --, S.L.
13. Informe electromiografía de 13 de diciembre de 2004.
14. Apuntes y detalles de anatomía, tendones afectados y sus funciones

**SEGUNDO.-** 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 al Director Gerente del HCN y a --, S.L. 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.-** Los requerimientos son cumplimentados del siguiente modo:

1. La Gerencia de HCN remite historia clínica del paciente e informe del Dr. x., Traumatólogo de dicho Hospital, en el que se indica lo siguiente:

*“Le informo en referencia a la asistencia de x. (H<sup>ª</sup>C<sup>ª</sup> : 74497). Como consta en su Historial, acudió al Servicio de Urgencias el 11/10/04 a las 16,23 h., fue atendido por el Dr. x. (Traumatólogo de guardia) con el diagnóstico de arrancamiento extensor propio del pulgar izquierdo, se inmoviliza con férula de yeso, recomienda analgesia si dolor y pendiente programación quirúrgica.*

*El día 12/10/04, a las 12,28 h fue atendido por el Dr. x. (Traumatólogo de guardia) que ingresa para tratamiento quirúrgico mañana.*

*El día 13/10/04, fue intervenido quirúrgicamente con el diagnóstico de rotura espontánea del extensor del pulgar izquierdo, bajo bloqueo troncular (Dr. x), realizándose tenodesis del extensor largo al extensor corto del pulgar (Dres. x,y). El postoperatorio cursa sin incidencias, por lo que se decide el alta hospitalaria, citándose a revisión en consultas externas, visto por mí (a los 15 días) y el Dr.x. (15/11/04). En el consentimiento informado, firmado por el paciente, consta como complicaciones quirúrgicas: Lesión de nervios adyacentes que puede condicionar una disminución de la sensibilidad o una parálisis, fallo de la sutura del tendón y cicatrización con retracción de la piel. Después de revisar la documentación aportada y la bibliografía (M.Merlé, Dautel y G.Loda:*

*MANO TRAUMÁTICA, CIRUGÍA SECUNDARIA, Cap. 4: Cirugía secundaria del aparato extensor de los dedos, pp.108-109, se adjuntan fotocopias), me gustaría realizar las siguientes*

*Consideraciones médico-legales:*

*1º.-Las fotos aportadas por la parte actora solamente muestran una cicatriz dorsal con un pulgar en discreta posición en martillo. Sería interesante presentaran las fotos postoperatorias de la segunda intervención.*

*2º.-La aseveración de la actora, referente a la trasposición del extensor largo sobre el extensor corto realizada de forma incorrecta, conducta negligente o mala praxis, sería recomendable que tanto el letrado, como el especialista que operó a dicho paciente el 14/1/05, realizando transferencia tendinosa tipo Pulvertaff (Dr. x.) fueran menos indocumentados.*

*3º Como dice el Dr. x. en las pp. 108 y 109: "el tendón más comprometido es el extensor largo del pulgar que delimita el borde interno de la tabaquera anatómica... Sólo de manera excepcional la reparación secundaria del extensor largo del pulgar se efectúa mediante sutura directa teniendo en cuenta la retracción de su extremidad proximal (como así sucedió en este caso). Por el contrario, si el entorno tisular es de buena calidad, en primer lugar intentamos el injerto del palmar menor con lazadas en sus dos extremidades según Pulvertaft, procurando de situar la fijación proximal antes de la entrada del ligamento anular del carpo (fig 4-20a). Esta técnica es compatible con una movilización protegida mediante férula activa.*

*Si la pérdida de sustancia o retracción en la zona 4 son moderadas es sencillo restablecer la continuidad del extensor largo anastomosando su parte distal con la parte proximal del extensor corto del pulgar, cuando este tiene suficiente tamaño (fig 4-20b), (como así sucedió en este caso).*

*Una técnica más rápida y fiable consiste en transferir el extensor propio del índice sobre la parte distal del extensor largo del pulgar (fig 4-20 c-d)".Esta técnica es la que al parecer utilizó el Dr. x., y desde luego que no está exenta de complicaciones, pérdida de fuerza del índice y cicatrices postquirúrgicas. Tampoco acertó con el nombre, ya que no es la Técnica Pulvertaff sino Pulvertaft y consiste en un injerto de palmar menor entre el cabo distal y proximal del extensor hallucis longus.*

*4º En referencia a secuelas (4 puntos por perjuicio estético y 4 por parestesias radial) así como días improductivos e Incapacidad permanente parcial aprecio hipervaloración. Si el resultado de*

*la sutura no dejo secuelas funcionales del pulgar, esto es, pérdida de extensión del pulgar izquierdo, no se entiende porque genera una Invalidez parcial*

*5º En relación con las facturas aportadas, doc. 9, Firmada por Dr. x., de 700 €, convendría que aportara NIF y nº de factura, de lo contrario no tiene validez mercantil.*

*6º Por último, respecto a los doc. 27 y 28, en los cuales el Dr. x. realiza una exposición de los tendones extensores del antebrazo, recordarle que además de catedrático de anatomía convendría que se informara mejor de las Técnicas de reparación tendinosa del pulgar y su nomenclatura para así poder decir, que realmente es también Especialista en Traumatología y C. Ortopédica”.*

2. En contestación a la solicitud efectuada a --, S.L. (reiterada en dos ocasiones), el Dr. x. envía un escrito; en él indica que la información de la historia clínica del paciente está reflejada en el informe que emitió el día 1 de agosto de 2005 y que completó el día 5 de diciembre de ese mismo año; aclarando que no posee más información ni pruebas complementarias.

Adjunta copia de los citados informes en los que se indica lo siguiente:

- Informe de 1 de agosto de 2005, en el que se señala que el paciente “*sufrió accidente casual lesionándose en tendón extensor largo del pulgar de la mano izquierda; fue intervenido quirúrgicamente realizando tenodesis con extensor corto del pulgar en el Hospital de Caravaca. Tras inmovilización inició una pauta de fisioterapia a pesar de la cual persistía el déficit funcional.*

*Posteriormente tuve la oportunidad de visitarlo en consultas apreciando cicatriz con disestesia en borde radial de muñeca y antebrazo; a la exploración existe ausencia de función de extensor largo del pulgar con dificultad para abrir la primera comisura y la prensión de objetos.*

*Se decide reintervención practicándole transferencia tendinosa: extensor propio de índice a extensor largo del pulgar mediante sutura termino-terminal tipo Pulvertaff.*

*La evolución ha sido favorable con buena apertura de primera comisura persistiendo leve déficit motor y sensibilidad alterada”.*

- Informe de 5 de diciembre de 2005, del siguiente tenor:

*“Las lesiones tendinosas con frecuencia presentan complicaciones tras la primera intervención quirúrgica: adherencias, dehiscencia de sutura, déficit de función...; por ello existen descritas múltiples técnicas de reparación secundaria empleando la misma unidad miotendinosa (con cirugía en un tiempo ó dos tiempos) ó realizando una transferencia.*

*Cuando visité a x. le propuse la técnica quirúrgica que consideré que tendría una recuperación más favorable con la menor agresión quirúrgica. El paciente estaba siendo visitado antes en su mutua laboral (Mutua x.) por el Dr. x. que le solicitó un electromiograma.*

*La evolución postoperatoria ha sido favorable y el paciente ha quedado con leves secuelas que le han permitido reincorporarse a su trabajo habitual”.*

**CUARTO.-** Requerido para ello por la instructora, el reclamante propone los siguientes medios de prueba:

- Documental, consistente en que se tengan por reproducidos los que se acompañaron al escrito de iniciación del procedimiento.
- Pericial, consistente en informe del Dr. x.
- Confesión del reclamante si así se estima necesario por la instructora.

El informe del Dr. x. expone, en sus apartados denominados diagnósticos, consideraciones y conclusiones, lo siguiente:

*“DIAGNÓSTICOS.*

*Rotura espontánea del extensor largo del pulgar derecho (sic).*

*CONSIDERACIONES.*

*- Comentar que este tipo de lesiones cuando se produce la rotura por encima de la articulación metacarpofalángica o más próxima en el antebrazo, hay una retracción importante del extremo proximal del tendón por el que es muy difícil realizar la anastomosis término terminal entre los extremos seccionados del tendón. La búsqueda del extremo proximal de dicho tendón justifica la gran cicatriz que se produce hacia arriba en el brazo.*

- En múltiples bibliografías consultadas en este tipo de rotura se indica de entrada la realización de lo que se ha hecho en segundo término, es decir, de una transposición del tendón propio del dedo índice al extensor largo del pulgar con lo que se recupera la función del mismo, como pasan ambos, cerca, por el mismo compartimento, la cicatriz es mínima. En este caso es difícil de reconocer la cicatriz de la intervención y este tipo de técnica es de elección en los casos de las roturas del tendón con las características como las presentadas en este caso.

- Por otro lado comentar que para realizar la valoración en cuanto a días y secuelas derivadas de este proceso tengo en cuenta la diferencia entre los totales y los días tras los que se hubiera estabilizado la lesión si se hubiera intervenido quirúrgicamente con la técnica utilizada en la segunda intervención y cuyo cálculo razonable lo estimo en 60 días (2 meses), por ello los días impeditivos serán la diferencia entre los días de incapacidad temporal total menos los 60 estimados, lo que hace un total de 187 días impeditivos (la incapacidad temporal total es de 247 días hasta el informe de estabilización de fecha 15/06/05).

Como secuela consideraré la cicatriz y las parestesias por afectación y alteración de la parte sensitiva del nervio radial que se ha producido y que se puede comprobar por las pruebas realizadas.

#### CONCLUSIONES-

*PRIMERA: X. sufrió un accidente laboral cuando manejando una máquina se produce una rotura espontánea de un tendón de su mano izquierda.*

*SEGUNDA: A los dos días se decide intervención quirúrgica consistente en la tenodesis (fijación del tendón al hueso) del extensor propio (será largo) del pulgar.*

*TERCERA: Para realizarla se precisa una cicatriz que alcanza prácticamente más de la mitad del antebrazo izquierdo en la cara interior, anfractuosa y en algunas zonas hipertrófica.*

*CUARTA: La técnica de elección en este tipo de lesiones consiste en la transposición y en la sutura de los tendones del extensor propio del índice y del extensor largo del pulgar. Es la intervención que se realiza en segundo término.*

*QUINTA: Como días de incapacidad temporal valoro 187 días totales de los cuales, 1 día es hospitalario y 186 días improductivos, puesto que la diferencia de ingreso de la primera y segunda intervención es de 1 día.*

*SEXTA: Como secuela considero las Parestesias de Partes Acras y entre 5 y 1 punto lo valoro en 4 puntos y Perjuicio Estético Ligero que la valoro por la extensión y el aspecto de la cicatriz que tiene en este brazo. La valoro en 4 puntos.*

*SÉPTIMA: El lesionado después de todo este proceso ha quedado con una alteración de fuerza en pulgar de la mano izquierda y déficit de apertura en abducción y extensión del dedo que determinan una cierta torpeza en la utilización y en la habilidad de esa mano, interfiriendo con parte de las actividades habituales de su vida diaria sobre todo las laborales”.*

**QUINTO.-** Solicitado, mediante escrito fechado el 13 de junio de 2006, informe a la Inspección Médica, se evacua el 26 de enero de 2009. En él, tras resumir los datos contenidos en la historia clínica y efectuar las consideraciones médicas que estima pertinentes, formula las siguientes conclusiones:

*“1. La asistencia prestada al reclamante por el Hospital Comarcal del Noroeste, tanto en urgencias, como en planta de hospitalización, en el quirófano, en las sucesivas revisiones y en el tratamiento rehabilitador fue la correcta en tiempo y forma, el paciente fue intervenido a las 48 horas del suceso y tras dos revisiones al servicio de traumatología, inicio tratamiento fisioterápico al mes.*

*2. La técnica aplicada en dicho hospital al paciente no está contraindicada, ni no recomendada, sino que todos los autores consultados la describen como posible tratamiento quirúrgico para esta patología.*

*3. Ciertamente es que hay otras técnicas más recomendadas por la literatura especializada que la que se realizó. Entre ellas está la que se le practicó al reclamante en los servicios privados en segunda intención (transposición del extensor propio del índice al tendón del extensor largo del pulgar), pero existen otras que podrían dar mejores resultados a largo plazo, como la transposición de la fascia plantar, con menos secuelas que la del extensor propio del índice. Por tanto no existe una sola posibilidad de técnica quirúrgica sino varias y corresponde al cirujano valorar, junto con el paciente, aquella que específicamente le recomienda.*

4. *El paciente acudió a los servicios privados por iniciativa propia y asumiendo por tanto los costes de dicha intervención, ya que no medió urgencia en la necesidad de atención, ni denegación de asistencia, sino que no agotó las posibilidades de tratamiento de los servicios públicos.*

5. *Dicho lo anterior, todo apunta a que el accidente fue consecuencia de un accidente de trabajo y así fue reconocido por la mutua que le daba cobertura a dichas contingencias y por tanto a la que debe solicitar la atención sanitaria y en su caso los gastos ocasionados.*

6. *La compensación por el periodo de recuperación y la valoración de secuelas si procede corresponden a su mutua de accidentes de trabajo.*

7. *Las lesiones que presenta como consecuencia única de la primera intervención (Como secuela consideraré la cicatriz y las parestesias por afectación y alteración de la parte sensitiva del nervio radial que se ha producido y que se puede comprobar por las pruebas realizadas", descrito textual del perito médico contratado por el reclamante), vienen recogidas como posibles e inherentes a la intervención quirúrgica y así constaba en el consentimiento informado firmado a priori por el paciente.*

## CONCLUSIÓN

*Aún reconociendo que la técnica quirúrgica aplicada no es de primera elección, aunque sí esta indicada para esta patología, concluimos que la actuación de los servicios sanitarios públicos fue correcta, tanto en tiempo como en forma, el reclamante libremente decidió acudir a los servicios privados, sin consultar con los servicios públicos y/o con la mutua que le tenía asegurado el accidente de trabajo".*

**SEXO.-** Traslado el expediente a la Compañía de Seguros ésta comparece aportando dictamen médico realizado colegiadamente por tres facultativos especialistas en Traumatología y Ortopedia, en el que, tras resumir los hechos y efectuar las consideraciones médicas que estiman oportunas, concluyen del siguiente modo:

## "CONCLUSIONES

1. *Paciente que sufre una rotura espontánea del tendón extensor largo del primer dedo. Se realiza reparación mediante tenodesis al extensor corto, según figura en la historia clínica.*



2. El tratamiento realizada no es satisfactorio por lo que el paciente precisa de una segunda intervención, que decide realizar en la sanidad privada. Esta segunda intervención se podría haber realizado en la sanidad pública.

3. Las secuelas referidas de falta de fuerza, pinza costosa, tendinitis y pérdida de fuerza, hay que atribuir las a la lesión en sí (rotura tendinosa espontánea) y no al tratamiento. Hay que recordar que este tipo de lesiones requieren de una plastia tendinosa bien con extensor corto, palmar menor, propio del índice... Esto conlleva que la recuperación de la fuerza y movilidad no sea como la previa.

4. Además desarrolla una lesión del ramo sensitivo del nervio radial. Según figura en el informe de electromiografía, la lesión que padece el paciente es una axonotmesis completa. Esto indica que la lesión no se produce por corte directo del nervio, en cuyo caso la lesión objetivada sería neurotmesis. Esta lesión puede ser debida a la manipulación del nervio durante la cirugía o a la reacción cicatricial que englobe al nervio. En cualquier caso es una complicación descrita en el consentimiento informado firmado por el paciente. No influye sobre la movilidad ni fuerza de la mano, sólo tiene repercusión sensitiva”.

**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 seleccionar la técnica quirúrgica a aplicar, pues si bien puede ser una técnica no contraindicada, no era de todas las posibles la más adecuada a la lesión y circunstancias personales del lesionado.

**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 3 de agosto 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 formulada en un procedimiento de responsabilidad patrimonial tramitado por la Administración regional, concurriendo, pues, el supuesto establecido en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia.

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

El x., al sufrir los perjuicios imputados a la actuación administrativa consistente en la atención sanitaria recibida en un centro sanitario dependiente de la Administración, ostenta la condición de interesado para ejercitar la acción de reclamación, a tenor de lo dispuesto por el artículo 139.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), en relación con el 4.1 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 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.

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 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 26 de febrero de 2009, en que el Jefe de Servicios de Inspección de Prestaciones Asistenciales remite el correspondiente informe elaborado el anterior día 26 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.- Responsabilidad patrimonial en materia sanitaria. Requisitos.**

La responsabilidad patrimonial exigida por la actuación en el campo sanitario está sometida a los principios de la responsabilidad de la Administración que rigen en nuestro Derecho, derivada del artículo 106.2 CE: “los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”.

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, que puede condensarse en los siguientes deberes (STS, Sala 1ª, de 25 de abril de 1994): 1) Utilizar cuantos remedios conozca la ciencia médica y estén a disposición del médico en el lugar en que se produce el tratamiento, de manera que la actuación de aquél se desarrolle por la denominada *lex artis ad hoc* o módulo rector de todo arte médico, como principio director en esta materia, en consideración al caso concreto en que se produce la actuación e intervención médica y

las circunstancias en que la misma se desarrolle; 2) informar al paciente o, en su caso, a los familiares del mismo, siempre que ello resulte posible, del diagnóstico de la enfermedad o lesión que padece, del pronóstico que de su tratamiento pueda esperarse y de los riesgos potenciales del mismo (artículo 9 y 10 de la Ley General de Sanidad y Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y de documentación clínica); 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 de aquél le puede comportar.

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

**CUARTA.- Examen de la concreta actuación sanitaria que se denuncia.**

Para el reclamante, la causa del daño se encuentra en el hecho de que en la intervención que se le practicó el día 13 de octubre de 2004 se utilizó una técnica errónea (anastomosar la parte distal del extensor largo del pulgar con la parte proximal del extensor corto del mismo dedo), cuando la más aconsejada por la ciencia médica es la consistente en la transposición del extensor propio del dedo índice al tendón del extensor largo del dedo pulgar, técnica esta última que fue la utilizada por el Dr. x. que le practicó una segunda intervención en la medicina privada con resultado exitoso.

La cuestión realmente decisiva a los efectos de la presente reclamación consiste en determinar: primero, si ante la sintomatología que presentaba el reclamante, la utilización de la técnica llevada a cabo en la intervención que se le practicó en la sanidad pública estaba indicada; y, segundo, si aún considerando necesaria la realización de la intervención quirúrgica que se efectuó en la sanidad privada tendría derecho al reembolso de su importe.

En cuanto a la primera cuestión, todos los informes médicos que se han incorporado al expediente, incluido el del facultativo que llevó a cabo la segunda intervención y el emitido por el Dr. x. aportado a instancia del interesado, coinciden en afirmar que ante la rotura espontánea de un tendón (diagnóstico que no se cuestiona en el expediente), la utilización de la técnica consistente en tenodesis con extensor corto del pulgar se encuentra entre las recomendadas para aquel tipo de lesiones. Así:

- El Dr. x., Traumatólogo de HCN, afirma en su informe obrante al folio 41 que cuando la pérdida de sustancia o retracción en la zona son moderadas y el extensor corto del pulgar tiene

suficiente tamaño, como así sucedía en el supuesto que nos ocupa, *“es sencillo restablecer la continuidad del extensor largo anastomosando su parte distal con la parte proximal del extensor corto del pulgar”*. Añade este facultativo que aun cuando la técnica seguida por el Dr. x., consistente en transferir el extensor propio del índice sobre la parte distal del extensor largo del pulgar, es considerada por algunos tratadistas como la más rápida y fiable, lo cierto es que la misma *“no está exenta de complicaciones, pérdida de fuerza del índice y cicatrices postquirúrgicas”*.

- El Dr. x., admite en su informe obrante al folio 73 que las lesiones tendinosas presentan con frecuencia complicaciones tras la primera intervención quirúrgica, lo que obliga a efectuar una segunda. No cuestiona, pues, este facultativo la bondad de la elección de la primera técnica ni su correcta ejecución, sólo destaca el hecho de que no es extraño no obtener éxito en una primera intervención, circunstancia ésta que concurría en el reclamante lo que le llevó a aconsejarle y, finalmente, practicarle una segunda intervención eligiendo, en este caso, la técnica con la que pensó que el paciente tendría una mejor recuperación.

- La Inspectora Médica indica en su informe (folio 101 y siguientes), que *“la técnica aplicada en dicho hospital al paciente no está contraindicada, ni no recomendada, sino que todos los autores consultados la describen como posible tratamiento quirúrgico para esta patología”*. El hecho, dice la Inspectora, de que existan otras técnicas descritas por la literatura especializada como más recomendadas no devalúa la decisión de llevar a cabo una concreta; esa es una decisión que corresponde al cirujano una vez valoradas las circunstancias que concurren en el paciente que va a intervenir.

- El dictamen médico de la aseguradora también admite que, además de la técnica utilizada, existen otras, pero en ningún caso señala que la empleada estuviese contraindicada.

- El perito de la parte indica que la técnica de elección en el tipo de lesiones como la padecida por el paciente es la que se realiza en segundo término, pero no aduce ni argumenta que la utilizada en la sanidad pública fuese inadecuada.

El hecho, admitido por todos los facultativos que han informado en el procedimiento, de que la técnica quirúrgica empleada por el Dr. x. esté entre las posibles, aunque haya otras (no sólo la empleada por el Dr. x) que son consideradas por la literatura científica como más rápidas y fiables, impide concluir, sin más trámite, que la opción resultó contraria a la *lex artis*. Por un lado cabe recordar que la evaluación de alternativas pertenece a la esfera interna del profesional y, por otro,

del análisis del expediente se ha de entender justificada la elección de la técnica en relación con el reclamante. En este sentido constata el Consejo Jurídico que en la totalidad de dictámenes, incluido el de parte, se efectúan consideraciones generales sobre las distintas técnicas existentes y sobre la que resulta de elección, pero no se hace referencia concreta al caso que nos ocupa; sólo el Dr. x., explica en su informe que concurrían en el paciente las circunstancias que se exigen para que la elección que llevó a cabo pueda considerarse correcta, esto es, que el extensor corto del pulgar tuviese suficiente tamaño (folio 41); este hecho unido al que también indica sobre los riesgos que implica la técnica que después aplicó el Dr. x., evidencian que la decisión adoptada en uso de la libertad clínica que le asiste, no puede calificarse de negligente ni contraria a *normopraxis*.

Aunque la anterior conclusión haría innecesario abordar otras cuestiones que se han suscitado en el expediente, el Consejo Jurídico considera conveniente analizar los siguientes aspectos:

1) Sobre la alusión que el reclamante hace del daño sufrido como desproporcionado.

Los perfiles de la doctrina jurisprudencial sobre el daño desproporcionado y las circunstancias o requisitos que han de darse en orden a su aplicación, han sido sentados por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo en diversas sentencias, según las cuales *“el profesional médico debe responder de un resultado desproporcionado del que se desprende la culpabilidad del mismo, (...) si se produce un resultado dañoso que normalmente no se da más que cuando media conducta negligente, responde el que ha ejecutado ésta, a no ser que se pruebe cumplidamente que la causa ha estado fuera de su esfera de actuación”* (STS 30 de enero de 2003).

La Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional ha precisado que no cabe aplicar esta doctrina cuando el daño constituye la materialización de una complicación o riesgo típico de la intervención o asistencia sanitaria prestada (SAN de 5 de abril de 2006). En la misma línea, el Consejo de Estado (Dictamen 1743/1999) y este Consejo Jurídico (Dictamen 173/2007), excluyen la aplicación de esta doctrina cuando el daño responde a un riesgo típico de la intervención y la causa se sitúa fuera del ámbito o esfera de control del actuante.

En el supuesto sometido a consulta, si bien existe un daño éste no sería desproporcionado en el sentido técnico-jurídico expuesto, desde el momento en que el reclamante no ha acreditado que se den las circunstancias exigidas por la jurisprudencia para la aplicación de la doctrina descrita. No se prueba, por tanto, que el riesgo (cicatriz y las parestesias) que se materializó en la generación del daño tuviera la consideración de atípico. Por el contrario, los dictámenes médicos

que obran en el expediente sí que admiten que este tipo de complicación se produzca. Así, la Inspección Médica afirma que dichas lesiones son “*posibles e inherentes a la intervención quirúrgica*”. En el mismo sentido se manifiesta el informe pericial de la aseguradora del ente público (folio 118). No puede considerarse que la intervención quirúrgica a la que se sometió el paciente sea una intervención sin riesgo, pues son varias las complicaciones que pueden surgir y, entre ellas, están las que el x. alega sufrir como secuelas.

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.

## 2) Sobre la existencia de consentimiento informado.

Los riesgos de la intervención fueron trasladados al paciente tal como se desprende del consentimiento informado firmado por él, mediante el que se describen los riesgos típicos del tratamiento quirúrgico de lesiones tendinosas. La existencia de esta información y su conformidad a ella, trasladan al paciente la obligación de soportar las posibles consecuencias indeseadas, pero posibles, que de la actuación sanitaria hayan podido desprenderse.

Respecto a la segunda de las cuestiones planteadas, cabe señalar que, tal como indica el Dr. x. al folio 73, las lesiones tendinosas presentan con frecuencias complicaciones tras la primera intervención quirúrgica que, a veces, precisan de una segunda para su reparación. Pues bien, ni se desprende de la historia clínica ni siquiera se plantea por el reclamante que en la atención que se le prestaba en la sanidad pública dicha posibilidad se descartase o se le negase. El abandono del tratamiento que estaba recibiendo y su opción de acudir a la medicina privada fue una decisión libremente adoptada por el reclamante y, por tanto, debe asumir los gastos originados por este concepto.

En este mismo sentido, cabe 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.

En definitiva, a la vista de las circunstancias del presente caso, cabe entender que ha existido una asistencia sanitaria ajustada a los estándares de actuación razonablemente exigibles, sin que pueda imputarse causalmente a la Administración las secuelas que padece el reclamante que son consecuencia de su patología, ni (no habiendo existido urgencia o denegación de asistencia) el abandono de los servicios públicos sanitarios por el interesado y, en consecuencia, tampoco se le pueden imputar los daños cuyo resarcimiento se pretende.

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

### **CONCLUSIÓN**

**ÚNICA.**- Se 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 38/2010

<b>Asunto</b>	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en accidente de circulación.
<b>Consultante</b>	Consejero de Obras Públicas y Ordenación del Territorio
<b>Fecha</b>	22/02/2010

### Extracto de Doctrina

Conviene aquí recordar la muy asentada doctrina jurisprudencial que admite la ruptura del nexo causal y consecuentemente la exoneración de la responsabilidad patrimonial de la Administración, en los supuestos en que, como el presente, el resultado lesivo es imputable a la conducción del accidentado (Sentencias del Tribunal Supremo, Sala 3ª, de 9 de marzo y 8 de octubre de 1998).

### ANTECEDENTES

**PRIMERO.-** El 5 de septiembre de 2006, x. presenta reclamación de responsabilidad en el Registro General de la Consejería de Obras Públicas y Ordenación del Territorio, solicitando una indemnización por el accidente de circulación ocurrido el 7 de septiembre del año anterior, cuando circulaba por la carretera del Embalse de La Cierva, sobre las 17,45 horas, a la altura del puente que atraviesa la Autovía del Noroeste.

Designa el despacho profesional de un letrado a efectos de notificaciones y reclama la cantidad de 4.056,20 euros por los daños materiales ocasionados al vehículo de su propiedad (Mercedes 290, matrícula “—”), según la factura que acompaña.

Por último, aporta fotografías del estado de la carretera, un croquis del lugar donde se produjo el accidente, y propone como prueba testifical la declaración de la empresa que realizó el servicio de grúa.

**SEGUNDO.-** Con fecha 26 de diciembre de 2006 el órgano instructor solicita informe preceptivo a la Dirección General de Carreteras, a efectos de determinar, entre otras cuestiones, la titularidad de la vía, al igual que requiere al reclamante para que subsane y mejore el escrito de reclamación en la forma indicada en los folios 17 y 18 del expediente, siendo cumplimentado por escrito de 24 de enero de 2007 (registrado al día siguiente), en el que se indican los datos personales de las personas cuya declaración testifical interesa, y comunica que por los mismos

hechos ha presentado también reclamación ante el Ayuntamiento de Mula, por si fuera de su competencia.

**TERCERO.-** Mediante comunicación interior de 1 de febrero de 2007, la Dirección General de Carreteras remite informe del Jefe de Explotación de la empresa "--, S.A.", que señala:

*"El siniestro, según testimonio del interesado, se produce en un tramo de camino de servicio que mediante una obra de paso cruza la actual Autovía del Noroeste. Dicho tramo pertenece como elemento funcional a la infraestructura de la Autovía C-415, perteneciente a la Red de Carreteras de la Comunidad Autónoma*

*Esta empresa no tiene constancia alguna sobre el siniestro en cuestión o similar en la fecha y lugar que indica el reclamante, por lo cual no puede acreditar la certeza del mismo.*

*De la descripción que aporta el reclamante, se deduce una actuación cuando menos temeraria del mismo, pues en una vía con características de camino de servicio, es decir, para uso fundamentalmente agrícola, no debió observar la necesaria prudencia que en una vía de estas características era requerida, provocando el siniestro en cuestión.*

*Si, según la declaración del reclamante, existía un encharcamiento o tapón en un determinado punto de la vía no se entiende la decisión del mismo de atravesarlo con un vehículo turismo no apto para ello y probablemente a una velocidad más que inadecuada atendiendo a los daños alegados.*

*Hasta la fecha y desde el inicio de la explotación de la Autovía en el año 2001, no se tiene constancia de ningún incidente en el lugar indicado.*

*Al no existir constancia del siniestro y de las circunstancias en las que se produjo, consideramos que no debe imputarse responsabilidad alguna a la Administración o al servicio público que desempeña.*

*Se han realizado las tareas de programación de conservación previstas y necesarias en cada momento.*

*Como se ha indicado anteriormente, la vía donde el reclamante localiza el siniestro tiene características de camino de servicio, es decir, un trazado que en planta y alzado se ajusta a la*

*orografía del terreno, un firme adecuado para el uso agrícola al que fundamentalmente está destinado, y una señalización básicamente de limitación de velocidad.*

*Con estas características fueron ejecutados dichos caminos dentro de los proyectos de construcción y posteriormente de obras complementarias de la Autovía, aprobados ambos por la Dirección General de Carreteras.*

*Al no tener constancia del siniestro y en cualquier caso no ser materia de su competencia, esta concesionaria no puede emitir ninguna valoración de los daños materiales alegados por el reclamante.*

*En la zona donde el reclamante localiza el siniestro confluyen caminos vecinales que existían antes de la construcción de la Autovía y por lo tanto no tienen una titularidad definida. Igualmente entroncan caminos de servicio de titularidad autonómica, pero que fueron ejecutados dentro del proyecto de caminos complementarios el cual fue adjudicado a la empresa x.*

*Las características y el estado de conservación de estos caminos podrían afectar bajo unas determinadas circunstancias, por ejemplo, fuertes precipitaciones, al tramo donde supuestamente se produce el siniestro.*

*Es importante reseñar que la velocidad en este tipo de vías y debido a las características ya mencionadas, se limita genéricamente a 30 km./h. y 40 km./h. Por lo tanto, no se explica que el reclamante debiendo circular a una velocidad cercana a la de los límites indicados abordara el obstáculo, embalsamiento de agua, que provocó los daños del vehículo.*

*Durante la semana en la que se origina el siniestro se produjeron importantes precipitaciones en la zona. Esto debería haber obligado a extremar la precaución del conductor, al circular por unas vías que por definición no están acondicionadas como una carretera convencional o una Autovía, ante tales circunstancias meteorológicas."*

**CUARTO.-** Con fecha 7 de febrero de 2007 (registro de entrada en la Consejería consultante), el reclamante acompaña la documentación presentada al Ayuntamiento de Mula, que figura compulsada por el funcionario de la citada Corporación (folios 36 a 45), idéntica a la presentada ante la Administración regional, así como el justificante de pago del recibo del seguro correspondiente al año 2005.

**QUINTO.-** El Jefe del Parque de Maquinaria emite informe sobre los daños reclamados el 7 de enero de 2008, en el que considera que el costo de la reparación de los desperfectos puede considerarse correcto, si bien la factura de reparación debería ser expedida por un taller de reparación de automóviles autorizado en la especialidad de chapa y pintura, pues, al parecer, la mercantil que figura se dedica a camisados y rectificadores de cilindros y rectificadores de cigüeñales.

**SEXTO.-** A petición del órgano instructor, el reclamante, asistido por el letrado x. (sic), presenta escrito suscrito por ambos, al que acompaña copia de fotografías más visibles del lugar del accidente, que obran en los folios 59 a 62.

**SÉPTIMO.-** Otorgado un trámite de audiencia al reclamante, presenta escrito de alegaciones el 9 de febrero de 2009, en el que se ratifica en su reclamación inicial, señalando que es indubitada la existencia del siniestro y la realidad del daño, y aún así manifiesta que propuso la práctica de prueba testifical tendente a tal finalidad.

**OCTAVO.-** Requerido por el órgano instructor, el reclamante formula el pliego de preguntas a realizar a los testigos, siendo practicada dicha prueba el 28 de mayo de 2009, comenzando por el representante de los --, S.L., donde se reparó el vehículo, quien confirma que corresponde a los trabajos realizados al vehículo propiedad del reclamante, y que fueron abonados por él.

En relación con la pregunta que le formula el reclamante *“Diga ser cierto y constarle al testigo que la referida reparación tuvo lugar con ocasión de los daños ocasionados a aquel motor que ustedes repararon al quedar inmovilizado aquel vehículo en una carretera por el barrizal de agua, barro y demás plantas secas existentes en aquella carretera y quedar el mismo vehículo hundido en el referido barrizal”*, contesta:

*“El motor vino lleno de agua, hierbas y barro. No sé la razón, pero como digo venía con barro, hierbas y demás.”*

También constan las declaraciones de otros dos testigos propuestos por la parte reclamante (folios 91 a 94), que son propietarios de la zona conocida como “El Arreaque”, que se habían citado con el reclamante el día del accidente para tratar la instalación de la red eléctrica en la zona, cuando les avisó telefónicamente, advirtiéndoles de la imposibilidad de acudir a la reunión porque, cuando se dirigía a la misma, se había quedado el vehículo inmovilizado a la altura del puente existente.

**NOVENO.-** Otorgado un trámite de audiencia nuevamente al reclamante y a la concesionaria de la citada autovía, no consta que formularan alegaciones.

Con carácter previo, se había solicitado nuevamente el informe de la Dirección General de Carreteras, que remite el evacuado por el Director de Explotación de la Autovía del Noroeste, que reproduce íntegramente el emitido por el Jefe de Explotación de la concesionaria de la citada Autovía, que se transcribe en el Antecedente Tercero.

**DÉCIMO.-** La propuesta de resolución, de 23 de octubre de 2009, desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial, al atribuir los daños al comportamiento inadecuado del perjudicado, que no respetó las normas generales que rigen la circulación, actuando de forma poco prudente al decidir atravesar un camino de servicio cuando existía un encharcamiento en un determinado punto de la vía. Su comportamiento, en opinión del órgano instructor, provocó la ruptura del nexo causal.

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 para reclamar y procedimiento.**

El reclamante, al sufrir los perjuicios imputados a la actuación administrativa consistente en un deficiente estado de los elementos de una vía pública dependiente de la Administración regional, ostenta la condición de interesado para ejercitar la acción de reclamación, a tenor de lo dispuesto por el artículo 139.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), en relación con el 4.1 RRP.

En cuanto a la legitimación pasiva, al ser el camino de servicio donde se produjo el accidente de titularidad regional, como se desprende de la documentación incorporada al procedimiento, dicha legitimación corresponde a la Administración regional, con independencia de que su conservación corresponda a la empresa concesionaria de la Autovía, aspecto no aclarado en el presente procedimiento. En el caso de que incumbiera materializar tal deber a la empresa concesionaria, debería notificarse a la misma la resolución que finalmente se adopte, en su condición de parte interesada (artículo 1.3 RRP).

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

El procedimiento seguido por la Administración instructora respeta, en términos generales, lo dispuesto tanto en la LPAC como en el RRP, si bien debe dejarse constancia de la excesiva tardanza en tramitar y resolver la reclamación, habiendo superado ampliamente la duración máxima que para el mismo fija el artículo 13 RRP en seis meses, al haber transcurrido más de 3 años desde que se inició el procedimiento.

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

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

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

Por otro lado, la causación de la lesión resarcible puede provenir tanto de una acción como de una omisión de los servicios públicos. En el supuesto que nos ocupa, el reclamante sitúa la causa generadora de los daños en una omisión, al atribuir éstos al deficiente estado de conservación del camino de servicio por donde circulaba aquel día (barrizal de agua, barro y plantas), que alcanzaba, en su opinión, los 40 centímetros de altura. Pues bien, sólo si se consigue establecer una relación de causa a efecto entre la mencionada omisión y el daño alegado podría ser estimada la reclamación, pues el hecho de que la responsabilidad patrimonial de la Administración sea objetiva sólo exime de prueba de existencia de culpa, pero no del imprescindible nexo de causalidad entre la conducta de los servicios públicos y el daño.

De la instrucción practicada en el expediente resulta acreditada la realidad y certeza del accidente ocurrido el 7 de septiembre de 2005, sobre las 17,45 horas, en un camino de servicio y que, a causa de él, se produjeron los daños materiales en el vehículo siniestrado que se reclaman. La cuestión que corresponde plantearse ahora consiste en determinar si ese resultado dañoso, es imputable al funcionamiento de los servicios públicos de la Administración regional, tal como pretende el reclamante.

Presupuesto para ello es el análisis de las características del camino de servicio donde se produjo el accidente y su estado en aquel momento:

1. Características de la vía.

El accidente se produjo en un tramo que tiene naturaleza de camino de servicio, con un uso fundamentalmente agrícola, de acuerdo con el informe emitido por el técnico de la Dirección General de Carreteras (folios 112 y 113), que conlleva que su trazado se ajuste a la orografía del terreno, siendo su firme adecuado para dicho uso agrícola y con una señalización básicamente de limitación de velocidad (no superior a 30 o 40 Km./h.).

También se desprende tal naturaleza de las fotografías aportadas por el reclamante, en las que se advierten los bordes del camino llenos de matorrales (folios 61 y 62), al igual que el carácter rural del entorno se corrobora por las declaraciones de dos testigos, en su condición de propietarios de la zona conocida como "El Arreaque", y que concertaron una reunión con el accidentado para tratar el asunto de la instalación eléctrica en aquélla.

Asimismo, en el tramo donde el reclamante localiza el siniestro confluyen caminos vecinales que existían antes de la construcción de la Autovía y por lo tanto no tienen una titularidad definida.

La anterior caracterización de camino de servicio preferentemente para uso agrícola excluye *per se* que los deberes de conservación de los titulares de tales vías sean equiparables a los exigidos para una carretera convencional o una autovía.

## 2. Estado de la vía en el momento de producirse el accidente y condiciones de luz.

El encharcamiento o barrizal existente en el tramo del camino de servicio, que fue la causa del accidente según el reclamante, fue originado por las importantes precipitaciones que se produjeron en la zona durante la semana en la que se origina el siniestro, según especifica el técnico de la Dirección General de Carreteras (folio 111), si bien resulta confuso el punto exacto de la vía en el que se produjo la inmovilización del vehículo, dado que las anotaciones del reclamante en las fotografías aportadas correspondientes al día del accidente, con la finalidad de acreditar el estado en aquel momento del camino, señalizan los atascos y los tapones en los bordes del mismo, es decir, exterior a las líneas longitudinales que lo delimitan y no por donde, presumiblemente, debía circular el vehículo (folios 59, 60, 61 y 62).

De otra parte, el accidente se produjo a las 17,45 horas, según el reclamante (se dirigía a una reunión que se iba a celebrar en la zona a las 18,00 horas), en el mes de septiembre, y, por tanto, a una hora que permitía la visibilidad del estado del camino.

En consecuencia, con una apreciación conjunta de tales datos no resulta acreditado en el presente procedimiento que la causa del accidente fuera imputable al estado del camino, de ahí que este Consejo Jurídico comparta el planteamiento del órgano instructor sobre la incidencia de la conducta del reclamante en la relación causal entre el funcionamiento del servicio público y el daño alegado, por las siguientes razones:

- El reclamante conducía por un camino de servicio, afectado por las importantes precipitaciones caídas que, al no reunir las características de una carretera convencional, le obligaba a extremar la diligencia en la conducción, en atención al estado en que se encontraba en aquel momento.

- Existía suficiente visibilidad para haber evitado los atascos o haberse dado la vuelta si no era posible continuar, pese a la reunión que tenía concertada en la zona a las 18,00 horas, según manifiestan dos testigos propuestos por él. De otra parte, el encharcamiento de agua era visible y no se encontraba oculto por ningún badén.



- Las zonas marcadas por el interesado en las fotografías aportadas, en las que se escriben atasco, nivel de agua y tapón, se localizan en los bordes del camino (exteriores a las líneas longitudinales), por lo que en modo alguno resulta acreditado el concreto punto del camino donde el vehículo quedó inmovilizado.

- Los límites de la velocidad en tales caminos de servicio (30 y 40 Km./h.) permiten a los conductores abordar el obstáculo (embalsamiento de agua), que provocó los daños del vehículo.

De lo anterior se infiere que el comportamiento del reclamante incidió en la producción del daño alegado, puesto que aquél está obligado a adaptar la velocidad a las características y estado de la vía, así como a las condiciones meteorológicas, de manera que pueda detener el vehículo ante cualquier obstáculo que se pueda presentar en la carretera (artículo 19.1 RD. Legislativo 339/1990, 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). Conviene aquí recordar la muy asentada doctrina jurisprudencial que admite la ruptura del nexo causal y consecuentemente la exoneración de la responsabilidad patrimonial de la Administración, en los supuestos en que, como el presente, el resultado lesivo es imputable a la conducción del accidentado (Sentencias del Tribunal Supremo, Sala 3ª, de 9 de marzo y 8 de octubre de 1998).

No obstante, también conviene determinar si su intervención fue de tal intensidad que supuso una ruptura del nexo causal.

Para la instructora no hay duda que la causa del accidente fue la conducta del reclamante, que no respetó las normas generales que rigen la circulación, y que actuó en contra de una actitud prudente que debía presidir la utilización de cualquier vehículo de motor.

Valoradas las circunstancias anteriormente expresadas, tampoco puede afirmarse que ha resultado probada la responsabilidad de la Administración regional, aunque sea de forma concurrente con la del interesado. Tampoco lo permite la prueba testifical practicada a instancia del reclamante, pues únicamente ha contribuido a esclarecer la realidad del daño y su cuantía, incluso el modo de producción (inmovilización del vehículo en un barrizal), pero no su imputación al funcionamiento del servicio público, a la vista de las consideraciones realizadas con anterioridad.

Procede, por tanto, desestimar la reclamación formulada, por no haberse acreditado el necesario nexo causal entre el funcionamiento del servicio público de carreteras y el daño sufrido. En el mismo sentido que el presente, los asuntos dictaminados por este Consejo Jurídico con los

números 37/2000 y 2/2006. También la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Región de Murcia, Sala de lo Contencioso Administrativo, de 1 de octubre de 2007 y de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso Administrativo, de 13 de abril de 2005.

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 39/2010**

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

**Consultante** Consejera de Sanidad y Consumo

**Fecha** 22/02/2010

**Extracto de Doctrina**

Nota: igual doctrina que la expresada en el Dictamen 2/2010.



## DICTAMEN 40/2010

<b>Asunto</b>	Resolución de contrato formalizado con la mercantil --, S.L., sobre vestuarios en campo de fútbol de El Raal (Murcia).
<b>Consultante</b>	Ayuntamiento de Murcia
<b>Fecha</b>	22/02/2010

### Extracto de Doctrina

1. La oposición del contratista a la resolución de la relación obligacional que le une a la Administración no es un mero hecho, sino verdadera declaración de voluntad, mudable en atención a las circunstancias de toda índole que pueden influir sobre el contratista y que exige su actualización y plasmación formal en el nuevo procedimiento.
2. 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).

### 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.

**VIGESIMOSÉPTIMO.-** Recabado el preceptivo Dictamen de este Consejo Jurídico, se emite con número 177/2009, concluyendo en la necesidad de declarar la caducidad del procedimiento de resolución contractual y la ulterior incoación de uno nuevo con el mismo objeto.

**VIGESIMOCTAVO.-** El 28 de octubre de 2009, la Junta de Gobierno acuerda declarar la caducidad del procedimiento iniciado el 10 de junio del mismo año, incoar otro por las mismas razones que el anterior, cuyas actuaciones se incorporan al nuevo procedimiento, otorgando trámite de audiencia al contratista y a su avalista. Se comunica al contratista, asimismo, que la resolución determinará la incautación de la garantía.

El acuerdo valora 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.

**VIGESIMONOVENO.-** Notificado el 23 de noviembre el indicado acuerdo al avalista, no se puede practicar la notificación dirigida al contratista, constando en el documento postal correspondiente que aquél es desconocido en la dirección de destino y la anotación “*se ausentó sin dejar señas*”.

El 24 de diciembre, se publica en el Boletín Oficial de la Región de Murcia anuncio por el que se procede a la notificación edictal del acuerdo.

No consta que ninguno de los interesados haya presentado alegaciones durante el plazo concedido al efecto.

**TRIGÉSIMO.-** Con fecha 20 de enero de 2010, el Teniente de Alcalde de Presidencia del Ayuntamiento de Murcia, actuando por delegación de la Junta de Gobierno Local, acuerda solicitar este Dictamen y suspender el plazo máximo para la resolución del procedimiento entre el tiempo que medie entre la petición y la recepción del Dictamen, comunicándolo a los interesados.

**TRIGESIMOPRIMERO.-** El 25 de enero, la Jefa del Servicio de Contratación, Suministros y Responsabilidad Patrimonial elabora informe-propuesta de acuerdo a la Junta de Gobierno Local, para que se proceda a resolver el contrato, incautar la garantía, desestimar la propuesta de liquidación efectuada por el contratista por importe de 15.624,20 euros y aprobar una liquidación de las obras realizadas por importe de 0 euros. Valora las ejecutadas en 63.127,56 euros, una vez aplicados los porcentajes a la baja y el IVA, restando por ejecutar obras por importe de 161.872,44 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 que, recibido en el Consejo Jurídico el 28 de enero de 2010, tiene registro de salida del Ayuntamiento consultante dos días antes, el 26 de enero.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

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

La consulta se realiza por el Ayuntamiento de Murcia al amparo de lo dispuesto en el artículo 12.7 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia (LCJ), que califica dicho Dictamen de preceptivo en los supuestos de nulidad, interpretación y resolución de los contratos administrativos, cuando se formule oposición por parte del contratista.

Cabe inferir, por tanto, que la Corporación consultante considera que se da esta última circunstancia, la oposición del contratista, lo que exige una consideración detenida dadas las vicisitudes procedimentales por las que ha atravesado la resolución del contrato de referencia.

En efecto, iniciado el procedimiento de resolución contractual el 14 de mayo de 2008, finaliza mediante declaración de su caducidad por acuerdo de 10 de junio de 2009, el cual incoa nuevo procedimiento resolutorio que, a su vez, se extingue por caducidad, declarada por acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 28 de octubre de 2009. El nuevo procedimiento de resolución contractual, el tercero, que incoa este acuerdo, es el que ahora se somete a consulta.

A la luz del expediente, se advierte que en este tercer procedimiento no consta oposición del contratista a la resolución del contrato. Dicha resistencia a la resolución contractual interesada por la Administración sí fue manifestada en los anteriores procedimientos ya caducados, pero no en éste, lo que obliga a considerar qué efectos pueden producir en el procedimiento actual las actuaciones practicadas en otros ya fenecidos. La contestación a dicho interrogante ha de partir de la consideración de la caducidad como forma de terminación del procedimiento, de tal modo que, declarada la caducidad el procedimiento, éste finaliza y todas las actuaciones en él realizadas son archivadas, perdiendo su eficacia formal, de modo que, cuando se inicia otro por los mismos hechos y con los mismos sujetos, es necesario realizar de nuevo todos los trámites efectuados en el procedimiento caducado (alegaciones, audiencia, informes preceptivos, etc.), sin perjuicio de la posibilidad de utilizar en el nuevo procedimiento el resultado de las pruebas practicadas o informes no preceptivos evacuados en el anterior, pues su valor material (acreditación de hechos, validez, objetividad, etc.) no se ve contradicho o afectado por la caducidad declarada. Sí habrán perdido, no obstante, su efecto formal, de manera que, para poder ser aprovechado en el nuevo procedimiento, habrán de ser incorporados a éste de manera expresa, como de hecho ordena el acuerdo de incoación del presente procedimiento de resolución contractual.

Ahora bien, esta incorporación, que, en aras de un elemental principio de economía procesal (en rigor, procedimental), permite utilizar en el nuevo procedimiento los elementos de juicio aportados al ya terminado, no puede llevarse al extremo de eximir a la Administración de la realización de los trámites que configuran el procedimiento mismo, so pena de desnaturalizarlo y defraudar los efectos mismos de la caducidad.

En este escenario, la oposición del contratista a la resolución de la relación obligacional que le une a la Administración no es un mero hecho, sino verdadera declaración de voluntad, mudable en atención a las circunstancias de toda índole que pueden influir sobre el contratista y que exige

su actualización y plasmación formal en el nuevo procedimiento. Para ello es un trámite adecuado el de audiencia, que acertadamente confiere el Ayuntamiento al contratista en el procedimiento sobre el que versa este Dictamen.

De acuerdo con lo hasta aquí dicho, la ausencia de constancia en el seno del nuevo procedimiento de la oposición del contratista a la resolución contractual, impediría tomarla en consideración, con las implicaciones procedimentales que, respecto a la no preceptividad del presente Dictamen, conllevaría. No obstante, las dificultades habidas en la notificación al contratista del acuerdo que le otorga trámite de audiencia -el de incoación del procedimiento-, que han obligado a la Administración a acudir a la vía edictal, cuya virtualidad es la de permitir considerar realizado el trámite, aun cuando es sobradamente conocido la escasa eficacia de este método de notificación para lograr que el destinatario del acto obtenga un cabal conocimiento del mismo, llevan al Consejo Jurídico al convencimiento de que la mercantil interesada no ha llegado a conocer de manera efectiva dicha oportunidad de reiterar su oposición a la resolución contractual, y que, de haber podido presentar alegaciones a dicho acuerdo, serían contrarias a aquélla, como ya hizo en cuanta ocasión tuvo en los anteriores procedimientos. En consecuencia, cabe entender que, en el supuesto sometido a consulta, existe oposición del contratista a la resolución del contrato.

En atención a tales circunstancias, y considerando, además, la finalidad garantista propia de la función consultiva de este Órgano, ordenada a la mayor adecuación de la actuación administrativa a la legalidad, máxime en procedimientos como el presente, que de forma tan sustancial pueden afectar a los derechos de los particulares, procede calificar este Dictamen como preceptivo.

#### **SEGUNDA.- Cuestiones formales y normativa aplicable.**

Pueden darse por reproducidas las Consideraciones que sobre dichos extremos se realizan en el Dictamen 177/2009, para evitar innecesarias repeticiones.

En cuanto a la ausencia del preceptivo extracto de secretaría y a la omisión de una página del escrito de alegaciones del contratista obrante en el primero de los procedimientos caducados, puestas de manifiesto en nuestro anterior Dictamen, siguen sin ser subsanadas.

#### **TERCERA.- Cuestiones procedimentales.**

De conformidad con el artículo 109 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, en adelante RCAP, la resolución de oficio del contrato exige cumplir los siguientes trámites: a) dar audiencia al contratista por plazo de diez días naturales; b) al avalista, si se propone la incautación de la fianza; c) informe del Servicio Jurídico; y d) caso de formular el contratista oposición, Dictamen del Consejo Jurídico de la Región de Murcia.

El expediente acredita el cumplimiento de los trámites consignados con las letras a) y b). La emisión de este Dictamen persigue hacer efectivo el de la letra d).

Atendida la causa de resolución contractual esgrimida en la propuesta sometida a consulta, demora del contratista en el cumplimiento de los plazos de ejecución de las obras, no es preceptivo el informe del Servicio Jurídico.

Cabe afirmar, en consecuencia, que la tramitación seguida se ajusta a las normas que regulan este tipo de procedimientos, sin que se aprecien carencias esenciales. Procede, no obstante, efectuar una consideración acerca de la suspensión del plazo para resolver y notificar la resolución del procedimiento, acordada por el Teniente de Alcalde de Presidencia, con fecha 20 de enero de 2010.

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 Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC). Así, la Disposición adicional séptima del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, (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”*.

Comoquiera que el TRLCAP no establece el plazo máximo de duración de los procedimientos de resolución contractual, sería de aplicación supletoria, pues, lo dispuesto en los números 2 y 3 del artículo 42 LPAC, debiendo quedar resuelto el procedimiento en un plazo máximo de tres meses contados a partir de la fecha del Acuerdo de la Junta de Gobierno Local de inicio de aquél, es decir, el 28 de octubre de 2009.

El plazo debería haber finalizado, pues, el 28 de enero de 2010. No obstante, con anterioridad a esta fecha se acuerda suspender el cómputo del plazo al amparo del artículo 42.5, letra c) LPAC, con ocasión de recabar este Dictamen. Esta posibilidad ha sido admitida por el Consejo Jurídico en anteriores Dictámenes (por todos, el 90/2009). No obstante, advertíamos en otro algo más reciente (el 181/2009), emitido con ocasión de una consulta del mismo Ayuntamiento de Murcia, que, 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, fuera 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), la efectividad de la suspensión del citado plazo de caducidad parece razonable referirla 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 fijarse 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 26 de enero de 2010, cabría entender producida la suspensión desde esa fecha hasta la recepción del presente Dictamen.

Para ello, sin embargo, será preciso acreditar que la petición de Dictamen y consiguiente suspensión del plazo son comunicadas al interesado, no para demorar la eficacia de la suspensión acordada a la fecha en que se notifiquen tales acuerdos, como se razona en nuestro Dictamen 181/2009, pero sí a 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), como exige el artículo 42.5, letra c) LPAC, al establecer que tanto la petición del informe como su recepción, deberán comunicarse al interesado.

En este sentido, la STSJ Castilla-La Mancha, Sala de lo Contencioso-Administrativo, 10122/2004, de 4 de octubre, afirma que “*la Ley 30/1992, inspirada en principios de seguridad jurídica, pretende que los interesados conozcan cuál es el plazo máximo de resolución del expediente (véase por ejemplo el artículo 42.4) y choca con esta intención legal evidente el hecho de que pueda considerarse suspendido el plazo de resolución sin que el interesado lo sepa claramente (...) mal puede afirmarse que la suspensión se hubiera producido, pues ni se había acordado ésta ni se había notificado siquiera la petición del informe, notificación que sería precisa*



*para la eficacia de la suspensión, como requisito imprescindible para que el interesado pueda combatir la procedencia misma de la suspensión y de la trascendencia del informe”.*

En cualquier caso, una vez recibido el presente por el Ayuntamiento se reanudará dicho plazo máximo, lo que deberá ser tenido en cuenta a los efectos pertinentes, máxime por la brevedad del plazo restante (dos días) para culminar el procedimiento y notificar la resolución que ha de recaer.

**CUARTA.- 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 los artículos 95 y 111, 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 y según los informes obrantes en el expediente, a la fecha establecida para la terminación de las obras (20 de marzo de 2008), éstas no habían sido culminadas, pues, de acuerdo con la relación valorada de obras ejecutadas a 2 de marzo de 2009, el importe total de aquéllas ascendía a 48.638,37 euros, quedando pendiente de ejecutar 112.999,56 euros. Ya un mes antes de esa fecha, el 6 de febrero, se había constatado el abandono de las obras por el contratista y desde entonces no consta que se realizaran más trabajos, estando éstos paralizados, como pone de manifiesto el Arquitecto Técnico Municipal.

La no terminación de las obras es asimismo reconocida por el contratista quien, en sus alegaciones, 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, que culmina solicitando una resolución del contrato por mutuo acuerdo.

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). En el presente caso existía un plazo para la ejecución del contrato y dicho plazo se ha incumplido.

Además, dicha demora se ha debido en buena medida a la paralización y abandono de las obras por parte del contratista, lo que ha determinado la concurrencia de otra causa de resolución, íntimamente ligada al retraso en la ejecución de las obras y en cierto modo consecuencia del mismo, como es el incumplimiento de las obligaciones esenciales del contrato, ex artículo 111, letra g) TRLCAP, entre las cuales se cuenta, como esenciadísima, la ejecución de la prestación que constituye su objeto, la obra, que no ha sido terminada por el contratista ni prevé éste su posible culminación aun fuera de plazo.

## 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, determinaría la incautación de la garantía definitiva constituida (artículo 113.4 TRLCAP).

Como justificación del incumplimiento del plazo de ejecución de las obras, el contratista esgrime inicialmente, a modo de circunstancia obstativa del cumplimiento en plazo de su obligación, que ante la aparición de aguas correspondientes al nivel freático en la excavación de la obra se había interrumpido la ejecución de la obra para evaluar el impacto de aquéllas en ésta. A lo que contesta el Ayuntamiento que en ningún momento se le ha indicado al contratista que hubiera de interrumpirse la obra para evaluar el impacto de las aguas aparecidas. Esta manifestación del Arquitecto Técnico Municipal es confirmada por el propio contratista, que en escrito posterior afirma que, ante la falta de respuesta del Ayuntamiento, *“ha reanudado las obras ciñéndose a las estipulaciones del contrato”*, de donde cabe considerar acreditado que la única parte del contrato

habilitada para decidir la paralización o suspensión de la ejecución de la obra, el Ayuntamiento, no ordenó al contratista que parara los trabajos, siendo ésta una decisión unilateral de la empresa. Por otra parte, si ante la negativa de la Administración contratante a suspender los trabajos el contratista pudo reanudarlos ciñéndose a las estipulaciones del contrato, es evidente que el impacto de las aguas aparecidas en la obra no era suficiente como para determinar su paralización.

En cualquier caso, tal excusa de cumplimiento en plazo es abandonada por el contratista en el último escrito de alegaciones obrante en el expediente, correspondiente al último procedimiento caducado, en el que afirma que concurren las siguientes:

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* (STS, Sala 3ª, de 12 de marzo de 2008). 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”* y, cabría añadir también, que constituyen una causa de modulación de las gravosas consecuencias que podrían derivarse para el contratista de la estricta aplicación del principio de riesgo y ventura ex artículos 98 y 144 TRLCAP, en la ejecución de los contratos administrativos.

2. Falta de liquidez debida a la crisis que atraviesa el sector y a la demora en el cobro de las obras que ejecuta para otros organismos públicos.

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 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.

No obstante, aun en el hipotético supuesto de haber concurrido las circunstancias que el contratista alega en su descargo (falta de liquidez por la crisis y demora en el cobro de otras obras) y que éstas hubieran acontecido antes del 20 de marzo de 2008, fecha límite para la ejecución de las obras, extremos todos ellos huérfanos de prueba, tampoco quedaría aquél exonerado de la obligación de cumplir el contrato en sus términos, incluido, como decíamos antes, su plazo de ejecución. En un supuesto similar al planteado en la consulta, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Madrid, en sentencia 672/2001, de 14 de junio, señala que *“la resolución del contrato es achacable al contratista recurrente, (...), sin que haya probado que las dificultades económicas le surgieran por retrasos en el pago de otras administraciones públicas, y sin que la alegada mala situación económica pueda considerarse causa de fuerza mayor a efectos del incumplimiento del contrato”*.

En este sentido, tampoco se admite por la jurisprudencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo que la intervención de terceros totalmente ajenos a la Administración contratante pero ligados contractualmente con el contratista (en el caso, esos otros organismos públicos que no le abonan obras ya ejecutadas) pueda convertirse en causa de exoneración de las obligaciones de éste, pues sólo a él es imputable haber elegido a esos terceros como parte de otros contratos, convirtiéndose en *“un suceso que ocurre en el círculo de sus actividades sujetas a su control, no externo, imprevisible o inevitable”*, lo que impide calificar el incumplimiento de tales terceros como fuerza mayor en el seno de la relación contractual con la Administración, la cual, además, carecería de acción frente a esos terceros para reclamar el cumplimiento de sus respectivas obligaciones hacia el contratista. Así, SSTS de 1 de octubre de 1999 y 19 de junio de 1984, y Dictamen del Consejo de Estado 35/2000, de 20 de enero.

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 sociopolítica se sitúan en el ámbito del alea empresarial como riesgos que le son imputables con carácter general”*.

Debe indicarse, asimismo, que el carácter absolutamente imprevisible de la situación económica actual, con la fuerte contracción del sector de la construcción y las restricciones al crédito por parte de las entidades financieras, que se alega por el contratista para intentar justificar el incumplimiento de su obligación de ejecutar las obras en plazo, no puede ser acogido como excusa de cumplimiento del contrato válida y suficiente. Los cambios de carácter extraordinario en las circunstancias del mercado y del sector de actividad en el que opera el contratista pueden dar lugar, a lo sumo, a un reajuste de las obligaciones, singularmente económicas, derivadas del contrato, a través de la doctrina del riesgo imprevisible, pero, como ha señalado el Consejo de Estado, dicha doctrina *“no resulta de aplicación para justificar un incumplimiento, pues, sean cuales sean los riesgos que sobrevengan, la concesionaria se encuentra obligada a continuar con la gestión del servicio; lo que legitima la concurrencia de dichas circunstancias excepcionales, en las que el riesgo imprevisible se plasma, es a solicitar de la Administración la coparticipación en tales riesgos de acuerdo con los propios mecanismos establecidos en el ordenamiento jurídico”* (Dictamen 143/2003).

### 3. El principio de buena fe en la actuación de la contratista.

Carece de justificación el alegato del contratista de buena fe en su actuación, como argumento en contrario del incumplimiento culpable del contrato, puesto que, desde que se abandonaron definitivamente las obras en el mes de febrero de 2009 (con anterioridad también se habían detenido en determinadas fases y sólo se habían reanudado ante los continuos requerimientos de la Corporación contratante), el contratista no manifiesta al Ayuntamiento de Murcia la imposibilidad de proseguir con las obras, hasta julio de 2009, con la consiguiente afectación al interés público. Y ello a pesar de que la actitud del Ayuntamiento hacia el contratista ha sido la de posibilitar en todo momento el cumplimiento del contrato, aun fuera del plazo estipulado, para lo que le ha ofrecido múltiples prórrogas tácitas, que incluso determinaron la caducidad del primer procedimiento de resolución contractual, las cuales han sido reiteradamente desaprovechadas por el contratista.

Por otra parte, el devenir de la ejecución del contrato pone de manifiesto la escasa disposición del contratista hacia el puntual cumplimiento de sus obligaciones, y es que incluso antes de comenzar la ejecución de la obra, ya se produce el primer incumplimiento por parte de la mercantil adjudicataria del contrato, al retrasarse en la presentación del Plan de Seguridad y Salud en el Trabajo, pues en lugar de hacerlo a los 15 días de la formalización del contrato (cláusula 15.6 PCAP), es decir, como máximo el 23 de mayo de 2007, lo hace el 13 de julio, retrasando con ello la comprobación del replanteo, que no se puede realizar hasta el 20 de julio.

El 15 de octubre de 2007, el Arquitecto Municipal informa que las obras todavía no se han iniciado. Tras requerimiento a la empresa para que comience la ejecución de las obras, el 30 de enero de 2008, todavía siguen sin iniciarse, conforme informa el mismo técnico. La empresa intenta justificar estos retrasos en el comienzo de las obras en incidencias ocurridas en otras diferentes a la del objeto del contrato que, debido a circunstancias de fuerza mayor, impiden al contratista desplazar a la obra todo el personal que era necesario, surgiendo luego incidencias tanto con las subcontratas que pretendían suplir tal ausencia de medios propios como con el personal de la empresa. Tales alegaciones no han sido objeto de la más mínima prueba y, en cualquier caso, como se ha argumentado más arriba, las relaciones jurídicas con terceros totalmente ajenos a la relación contractual formalizada con la Administración en modo alguno pueden amparar la falta de inicio de ejecución de las obras.

Así pues, 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 y abandono definitivo de 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.

### III. 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 núm. 3.895, de 6 de febrero de 1997). No obstante, la

Administración únicamente podrá prestar su consentimiento para la resolución por mutuo acuerdo cuando no concurra una causa de resolución imputable al contratista (artículo 112.4 TRLCAP), y, según ha quedado acreditado, concurren en el supuesto sometido a consulta las causas de resolución contempladas en el artículo 111, letras e) y g) TRLCAP, ambas imputables al contratista.

**QUINTA.- Liquidación del contrato.**

La propuesta de resolución sometida a consulta, junto a la resolución del contrato por causa imputable al contratista, propone también la liquidación del contrato.

Ningún obstáculo aprecia este Consejo Jurídico a la posibilidad de incorporar en el acuerdo resolutorio del contrato la liquidación del mismo, si bien para ello es necesario que el Ayuntamiento instruya adecuadamente el procedimiento de liquidación, por los trámites establecidos en los artículos 151 TRLCAP y 172 RCAP.

En el supuesto sometido a consulta, la propuesta fija una liquidación del contrato en 0 euros, tomando como base la relación valorada de las obras realmente ejecutadas, efectuada por un técnico municipal, sin que conste la presencia en el acto de medición de un representante del contratista, vulnerando así lo dispuesto por el artículo 151.1 TRLCAP, en cuya virtud, 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. En este sentido, la jurisprudencia señala que la participación del contratista ha de darse "*en el tiempo anterior a su cuantificación*" (SSTS, 17 de noviembre de 1992 y 7 de febrero de 2000)

Por otra parte, la relación valorada en la que basa el Ayuntamiento su propuesta de liquidación en 0 euros, asciende a 64.800,78 euros (una vez incorporados baja e IVA) a 2 de marzo de 2009, mientras que la única certificación abonada al contratista, correspondiente a lo ejecutado hasta septiembre de 2008, es de un importe de 48.206,72, arrojando, por tanto, una diferencia de 16.594,06 euros.

Si a ello se añade que el informe del Arquitecto Técnico Municipal que rechaza la propuesta de liquidación efectuada por la empresa, se limita a manifestar su desacuerdo con la misma, sin expresar las razones del rechazo, no puede dictaminarse favorablemente la liquidación propuesta por la Administración consultante, atendidas las deficiencias formales y de motivación que han sido expuestas. Sobre la improcedencia de esta forma de rechazar la liquidación propuesta por el

contratista, debe recordarse que el Tribunal Supremo, en sentencia de 3 de noviembre de 1988 considera que se genera indefensión al contratista cuando *“las partidas de la liquidación no fueron discutidas una a una, tal y como la contradicción exige, sino que le fueron presentadas en bloque como constitutivas de un solo acto que debía aceptar o rechazar”*.

En consecuencia, procede dictaminar favorablemente la propuesta de resolución del contrato por causa imputable al contratista, con las consecuencias inherentes a dicho pronunciamiento; por el contrario, se dictamina desfavorablemente la liquidación del contrato, que debe seguir en todos sus trámites el procedimiento establecido, garantizando la participación en él del contratista.

En atención a la brevedad del plazo con que contará el Ayuntamiento para resolver y notificar la resolución del contrato al contratista, una vez levante la suspensión acordada tras recibir este Dictamen, cabría apuntar a la Corporación consultante la conveniencia de separar el procedimiento liquidador del estrictamente resolutorio del contrato, atendida la consecuencia de caducidad que el ordenamiento anuda a este procedimiento y que de forma inevitable se produciría de intentar integrar en la misma resolución la liquidación del contrato, en razón a las actuaciones que debería realizar el Ayuntamiento en orden a posibilitar la adecuada participación del contratista en la medición y valoración de las obras ejecutadas, en los términos indicados. De escindir la liquidación de las obras de la resolución del contrato, se podría integrar en el procedimiento necesariamente contradictorio que habría de seguirse para la determinación de eventuales daños y perjuicios para el Ayuntamiento, posibilitando incluso la compensación entre sus saldos.

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

### **CONCLUSIONES**

**PRIMERA.-** Se dictamina favorablemente la propuesta de resolución contractual sometida a consulta en cuanto a la procedencia de resolver el contrato por causa imputable al contratista, de conformidad con lo indicado en la Consideración Cuarta de este Dictamen.

**SEGUNDA.-** Se dictamina desfavorablemente la propuesta de resolución en el extremo relativo a la liquidación del contrato, por las razones expuestas en la Consideración Quinta de este Dictamen.

No obstante, V.E. resolverá.







## DICTAMEN 41/2010

<b>Asunto</b>	Proyecto de Decreto por el que se regula la Composición, la Organización y el Régimen de Funcionamiento del Observatorio de Igualdad.
<b>Consultante</b>	Consejero de Política Social, Mujer e Inmigración (2007)
<b>Fecha</b>	22/02/2010

### Extracto de Doctrina

La interpretación sistemática del precepto por el que se crea el Observatorio permite afirmar que en la mente del legislador el Observatorio de Igualdad no se constituye como una mera unidad administrativa, sino como un órgano al que dota de competencias y para el que prevé un desarrollo reglamentario en orden a establecer su composición, organización y régimen de funcionamiento, previsiones que, en caso contrario, como acertadamente indica el CES, carecerían de sentido.

### ANTECEDENTES

**PRIMERO.-** En fecha 18 de noviembre de 2008, la Directora del Instituto de la Mujer de la Región de Murcia (en adelante, el Instituto) propone al Consejero de Política Social, Mujer e Inmigración elevar al Consejo Rector del citado Instituto el Proyecto de Decreto por el que se regule la composición, organización y régimen de funcionamiento del Observatorio de Igualdad, en desarrollo de lo previsto en el artículo 8 en relación con la Disposición final primera 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 (en lo sucesivo, Ley 7/2007).

**SEGUNDO.-** Al primer borrador del citado Proyecto se une la siguiente documentación:

- a) Memoria justificativa de la oportunidad del Proyecto.
- b) Memorias económicas.
- c) Informe de la Dirección General de Presupuestos
- d) Cuestionario relativo al Plan Estratégico de la Región de Murcia.
- e) Informe sobre impacto por razón de género
- f) Escritos de remisión del Proyecto a los vocales de los Consejos Asesores Regionales de la Mujer y contra la Violencia sobre la Mujer.
- g) Observaciones formuladas por CEINFO, CCOO y UGT.

i) Informe de la Asesora Jurídica de la Consejería consultante, sobre las alegaciones efectuadas en el trámite de audiencia.

**TERCERO.-** El borrador fue sometido al Consejo Rector del Instituto que lo aprobó en su sesión del día 25 de noviembre de 2008, según consta acreditado con la certificación emitida por la Secretaria de dicho órgano.

Seguidamente el Servicio Jurídico de la Vicesecretaría de la Consejería consultante emite informe 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 13 de mayo de 2009, 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 recoge en sus conclusiones las siguientes:

a) La delimitación de los dos tipos de destinatarios que realiza el artículo 5 del Proyecto puede suponer una restricción de la funcionalidad del Observatorio de Igualdad como herramienta de visibilidad de la discriminación de las mujeres que es una característica que forma parte de la naturaleza del Observatorio en la concepción de la Ley para la Igualdad entre Mujeres y Hombres, por lo que no debe existir ninguna duda de que el conocimiento de los datos y estudios sobre la situación de las mujeres que elabore o de los que disponga el Observatorio de Igualdad no puede tener ninguna limitación desde el punto de vista de sus destinatarios.

b) Tal como se diseña en el Proyecto el Observatorio éste pasaría de ser un órgano creado por el artículo 8.1 de la citada Ley para la Igualdad a constituirse en una mera función a realizar por unidades administrativas ya existentes.

c) Un correcto entendimiento del mandato de desarrollo reglamentario que la Ley 7/2007 realiza al Consejo de Gobierno implica que en la estructura del Observatorio de Igualdad se articule un sistema de participación de representantes de organizaciones sociales y entidades públicas y se determine su composición y régimen de funcionamiento.

En informe firmado por la Directora del Instituto se analizan las propuestas del CES, razonando los motivos por los que todas ellas se rechazan.

**QUINTO.-** El borrador resultante se envía a la Dirección de los Servicios Jurídicos recabando su preceptivo informe, el cual es emitido el 8 de julio de 2009, con observaciones al procedimiento y al contenido, estas últimas tendentes a mejorar el texto, entre las que destacan las siguientes:

a) No consta el pronunciamiento de los Consejos Asesores Regionales de la Mujer y contra la Violencia sobre la Mujer, que no puede ser sustituido por las alegaciones formuladas por algunos de sus vocales.

b) La configuración legal del Observatorio parece ir más allá de la consideración de éste como una mera unidad administrativa.

c) Por imperativo de la Ley 7/2007 el Observatorio es un órgano adscrito a la Consejería competente en materia de Mujer, sin embargo en el Proyecto se le hace depender del Instituto de la Mujer que si bien es un organismo autónomo adscrito a la Consejería de Política Social, Mujer e Inmigración, está dotado de personalidad jurídica diferenciada respecto de la Administración general de la Comunidad Autónoma, lo cual puede llevar a entender que, al menos formalmente, no se está dando adecuado cumplimiento al mandato legal.

d) Limitar la identificación de usos y expresiones sexistas a los documentos administrativos resulta una innecesaria restricción respecto del tenor literal del artículo 8.3 de la Ley 7/2007.

e) Abunda en la sugerencia del CES de distinguir entre unos destinatarios específicos y otros genéricos, constituidos por los ciudadanos y la sociedad en general.

Por la Directora del Instituto se emite, con fecha 31 de julio de 2009, informe en el que se analizan las propuestas de la Dirección de los Servicios Jurídicos y se razonan los motivos por los que se acogen algunas y se rechazan el resto.

**SEXTO.-** Con fecha de registro de entrada de 7 de agosto 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 Ley 7/2007.

### **SEGUNDA.- Competencia material y habilitación legislativa.**

#### 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 26/2007, emitido en relación con el que fuera Anteproyecto de la Ley 7/2007, en el que se concluía afirmando que la Comunidad Autónoma ostenta competencia para legislar en materia de igualdad entre las mujeres y los hombres, y que esa competencia se fundamenta en el artículo 10.Uno.20 de su Estatuto de Autonomía.

#### II. Habilitación legislativa.

La norma que se pretende aprobar tiene su base legal inmediata en el artículo 8 y en la Disposición final primera de la Ley 7/2007. El primero crea el Observatorio de Igualdad, como órgano encargado de estudiar y hacer visibles las discriminaciones que se produzcan por razón de género y, especialmente, las se manifiestan a través de la violencia. Según el apartado 4 de dicho artículo *“la composición, organización y régimen de funcionamiento del Observatorio de Igualdad serán desarrollados reglamentariamente”*. Por su parte la Disposición final primera establece que el Consejo de Gobierno, en el plazo de un año a partir de la entrada en vigor de la Ley, desarrollará reglamentariamente la composición, organización y régimen de funcionamiento del Observatorio de Igualdad creado en el artículo 8. El Proyecto constituye, pues, un desarrollo parcial de la Ley 7/2007, gozando, así, de la debida cobertura legal.

Sin perjuicio de lo anterior, se constata que la Ley 7/2007, entró en vigor a los 20 días de su publicación en el BORM, circunstancia esta última que se produjo el día 21 de abril de 2007, de donde se desprende claramente que el plazo habilitado en su Disposición final primera para el

desarrollo reglamentario de las previsiones legales referentes al Observatorio de la Igualdad ha sido ampliamente superado.

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 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, 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 plazo 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 8 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.

### **TERCERA.- Procedimiento de elaboración, contenido y competencia orgánica.**

I. La tramitación para la elaboración del Proyecto sometido a consulta ha de adecuarse 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). Analizadas las actuaciones llevadas a cabo por la Consejería consultante a la luz de la citada normativa, 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) La copia del texto definitivo del proyecto que constituye el objeto de la consulta no se halla debidamente autorizada por el Consejero proponente.

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) La necesaria participación de los ciudadanos en la elaboración de las disposiciones reglamentarias encuentra su reflejo en el apartado 3 del citado artículo 53 de la Ley 6/2004, que exige someter el proyecto de disposición a un trámite de audiencia, bien directamente a los ciudadanos, bien a través de las organizaciones y asociaciones reconocidas por la ley que los agrupen o los representen y cuyos fines guarden relación directa con el objeto de la disposición. La letra b) del mismo precepto exige que la decisión acerca del procedimiento escogido, para dar dicha audiencia, sea motivada por el órgano que acuerde la apertura del trámite.

Sin perjuicio de resaltar la ausencia de cualquier motivación en el expediente acerca de la forma y el procedimiento a través del cual se lleva a efecto el trámite, lo cierto es que la Consejería consultante ha optado por seguir un procedimiento *sui generis* consistente en someter el Proyecto a la consideración, a título individual, de los miembros de los Consejos Asesores Regionales de la Mujer y contra la Violencia sobre la Mujer. Pues bien, tal actuación resulta inadecuada para dar cumplimiento al precepto de la norma rituarial antes indicada, ya que el texto legal impone, *prima facie*, una participación amplia de los colectivos afectados que sólo puede sustituirse si las organizaciones o asociaciones que agrupen o representen a los ciudadanos afectados por la futura norma, hubieran participado por medio de informes o consultas en el procedimiento de elaboración de la disposición, y esas organizaciones son, en el presente caso, los Consejos Asesores antes citados, los cuales no pueden manifestar su parecer a través de la suma de las opiniones de sus componentes sino que han de hacerlo de forma colegiada.

De lo anterior se concluye la necesidad de haber recabado, aunque no resultara preceptivo a tenor de sus normas reguladoras, informe de los Consejos Asesores Regionales de la Mujer y contra la Violencia sobre la Mujer, como único medio legalmente válido de omitir el trámite de audiencia directa a la totalidad de colectivos cuya actividad guarde relación directa con el objeto del Proyecto.

II. El Proyecto de Decreto sometido a consulta consta de una parte expositiva, siete artículos, una Disposición adicional y una Disposición final.

III. 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 el artículo 8.4 y la Disposición final primera de la Ley 7/2007.

**CUARTA.- Observaciones relativas a la adecuación del Proyecto a la Ley 7/2007.**

I. Respecto de la naturaleza jurídica del Observatorio.

La Ley 7/2007 en su artículo 8 crea el Observatorio de Igualdad en los siguientes términos:

*“1. Se crea el Observatorio de Igualdad, adscrito a la Consejería competente en materia de mujer, como órgano encargado de estudiar y hacer visibles las discriminaciones que se produzcan por razón de género y, especialmente, las que se manifiestan a través de la violencia.*

*2. Su finalidad principal será recabar, analizar y difundir información periódica y sistemática sobre la evolución de los indicadores de igualdad de mujeres y hombres en la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, que sirvan de base para la propuesta de nuevas políticas dirigidas a mejorar la situación y realidad social de la mujer en los distintos ámbitos.*

*3. Asimismo, se encargará de adoptar criterios interpretativos para identificar usos y expresiones sexistas del lenguaje, que refuercen actitudes de desigualdad hacia las mujeres.*

*4. La composición, organización y régimen de funcionamiento del Observatorio de Igualdad serán desarrollados reglamentariamente”.*

El hecho de que el precepto transcrito no proporcione referencias que permitan una caracterización jurídica inequívoca del órgano proyectado, ha dado lugar a una cierta polémica entre el órgano impulsor de la norma que se pretende aprobar y los órganos preinformantes (CES y Dirección de los Servicios Jurídicos). Esa cierta indefinición del precepto legal ha sido esgrimida por la Consejería de Política Social, Mujer e Inmigración para predicar la legalidad de la configuración como unidad técnica y administrativa que el Proyecto da al Observatorio de la Igualdad (art. 3).



Para el CES la opción del redactor de la norma implica que el órgano creado por el artículo 8 de la Ley 7/2007 se vea reducido a una mera función a desarrollar por una unidad administrativa, la cual, además, ya existe (el Servicio con competencias de planificación y programas), lo que para dicho Consejo supone una “devaluación” del citado Observatorio.

Por su parte, la Dirección de los Servicios Jurídicos, aún admitiendo que la Ley 7/2007 no califica expresamente la naturaleza jurídica del Observatorio, señala *“que las referencias legales al desarrollo reglamentario de la composición, organización y régimen de funcionamiento del Observatorio de Igualdad parecen aludir a algo más que un simple órgano administrativo, para el cual parecerían superfluas, tal y como pone de manifiesto el CESRM en su dictamen”*.

Este Órgano Consultivo, en la línea de las anteriores observaciones, considera que la configuración del Observatorio como una unidad técnica y administrativa no colma las previsiones legales que el Proyecto pretende desarrollar. La interpretación de todo precepto normativo ha de llevarse a cabo atendiendo, entre otros parámetros, al modo como aparece insertado en el texto del que forma parte. En el caso que nos ocupa el artículo 8 se integra en el Título I, Capítulo I, Sección 2ª de la Ley 7/2007, destinada a regular la organización institucional básica, configurando en los artículos 5, 6, 7 y 8 los siguientes órganos: Instituto de la Mujer (organismo gestor de las políticas en materia de mujer); Consejo Asesor Regional de la Mujer (órgano colegiado de carácter consultivo que se establece como cauce de participación de las mujeres en el desarrollo de las políticas de igualdad); Consejo Asesor Regional contra la Violencia sobre la mujer (órgano colegiado de carácter consultivo que se establece como cauce de colaboración, cooperación y coordinación de los distintos organismos, instituciones y entidades que actúan contra la violencia ejercida hacia las mujeres); Observatorio de Igualdad (órgano encargado de estudiar y hacer visibles las discriminaciones que se produzcan por razón de género y, especialmente, las que se manifiestan a través de la violencia).

Seguidamente, en el artículo 9, titulado “Unidades para la igualdad de hombres y mujeres”, se establece que *“La Administración de la Comunidad Autónoma deberá adecuar sus estructuras de modo que en cada una de sus consejerías u organismos autónomos, se le encomiende a una unidad administrativa la propuesta, ejecución e informe de las actividades de la Consejería en materia de igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres”*.

La interpretación sistemática del precepto por el que se crea el Observatorio permite afirmar que en la mente del legislador el Observatorio de Igualdad no se constituye como una mera unidad administrativa, sino como un órgano al que dota de competencias y para el que prevé un desarrollo

reglamentario en orden a establecer su composición, organización y régimen de funcionamiento, previsiones que, en caso contrario, como acertadamente indica el CES, carecerían de sentido.

Cuando la Ley quiere referirse a una unidad administrativa lo hace así expresamente (artículo 9). Si hubiese querido que el Observatorio gozase de este carácter jurídico lo habría explicitado de este modo. Es más, la creación no se habría producido *ope legis*; el legislador, como hace para las unidades administrativas que prevé existan en los distintos Departamentos regionales en relación con las funciones desplegadas por éstos en materia de igualdad, habría ordenado a la Administración regional su creación a través de los instrumentos jurídicos adecuados para ello (Decreto, si el rango de la unidad fuese de sección o superior u Orden del Consejero, si su nivel fuese inferior al de sección -artículo 14 de la Ley 7/2004-).

Dicho lo anterior la segunda cuestión que se plantea es la de dilucidar la identificación del órgano que se crea con alguno de los que pueden darse atendiendo a la tradicional clasificación en órganos unipersonales (aquellos cuyo titular es una única persona física) y colegiados (aquellos cuya titularidad está confiada a un conjunto de personas físicas ordenadas horizontalmente, de manera que todas ellas concurren a formar la voluntad u opinión del órgano). La indefinición legal sobre este aspecto nos obliga, de nuevo, a acudir a una labor interpretativa cuyo resultado nos aboca a estimar que en la *mens legislatoris* existía la intención de configurar al Observatorio como un órgano colegiado. En efecto, prever una regulación reglamentaria sobre la composición, organización y régimen de funcionamiento, resulta indicativo, sobre todo en lo que a la composición se refiere, del carácter colegiado del órgano, porque, como señala el CES, *“la referencia a la composición del Observatorio de Igualdad supone la existencia de miembros, cuya determinación debe determinar el Consejo de Gobierno a través del desarrollo reglamentario que le encomienda la Ley”*. Por otro lado, las tareas atribuidas al Observatorio, de estudio, control y asesoramiento, son más propias de un órgano colegiado que de uno unipersonal que suelen ostentar funciones ejecutivas.

Durante el procedimiento de elaboración, una de las observaciones utilizadas por la Consejería consultante para configurar el Observatorio como una unidad administrativa, ha sido la de considerar que existen ya dos órganos colegiados consultivos y de participación de organizaciones sociales en materia de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres y contra la violencia sobre la mujer, como son el Consejo Asesor Regional de la Mujer y el Consejo Asesor Regional contra la Violencia sobre la Mujer. A esta observación cabe formular dos reparos: el primero y fundamental, estriba en el hecho de que tal circunstancia era conocida por el legislador (ambos Consejos Asesores ya estaban creados en el momento de redactar la Ley 7/2007) y, a

pesar de ello, estimó conveniente la existencia de un tercero, al que atribuyó competencias diferenciadas de las que ostentan los citados Consejos Asesores. La segunda, íntimamente ligada con la anterior, es que en ningún momento se da una duplicidad de funciones entre los distintos órganos creados por la Ley, pues a cada uno de ellos se atribuyen competencias específicas distintas de las que ostentan los otros.

## II. Respecto de la integración administrativa del Observatorio.

El citado artículo 8.1 de la Ley 7/2007 al crear el Observatorio de Igualdad lo adscribe a la Consejería competente en materia de mujer. El Proyecto objeto del presente Dictamen altera tal disposición legal haciendo depender el Observatorio del Instituto de la Mujer de la Región de Murcia. La Ley 12/2002, de 3 de diciembre, en su artículo 1, crea el citado Instituto como organismo autónomo de carácter administrativo adscrito a la Consejería competente en materia de mujer y dotado de personalidad jurídica, patrimonio propio y plena capacidad de obrar para el cumplimiento de sus fines. La distinta personalidad jurídica de la que gozan la Consejería competente en materia de mujer (actualmente la de Política Social, Mujer e Inmigración) y el Instituto de la Mujer, hace que la previsión que se contenga en el Proyecto carezca de cobertura legal. Para alcanzar una finalidad parecida a la que se pretende, pero sin transgredir los límites del texto legal habilitante, se sugiere mantener la adscripción a la Consejería pero haciéndolo a través del Instituto de la Mujer.

### **QUINTA.- La configuración de los Observatorios para la Igualdad en la Administración del Estado y en otras Comunidades Autónomas.**

La configuración que los ordenamientos estatal y autonómicos han dado a sus Observatorios para la Igualdad viene a reforzar la conclusión que se alcanza en la anterior Consideración sobre el hecho de que la Ley 7/2007, aunque no lo haga inequívocamente, crea, en su artículo 8, un órgano colegiado encargado de estudiar y hacer visibles las discriminaciones que se produzcan por razón de género y, especialmente, las que se manifiestan a través de la violencia.

En el ámbito estatal el Real Decreto 1686/2000, de 6 de octubre, crea el Observatorio de la Igualdad de Oportunidades entre mujeres y hombres, con los objetivos de recabar, analizar y difundir información periódica y sistemática sobre la situación de las mujeres y de los hombres en cada momento y su evolución con el fin de conocer los cambios socio-laborales registrados, así como proponer políticas tendentes a mejorar la situación de las mujeres en distintos ámbitos, y lo

configura como un órgano colegiado con participación de organizaciones representativas en el ámbito de la igualdad.

En lo que se refiere a las Comunidades Autónomas sólo dos de ellas, que conste a este Consejo, han creado formalmente un Observatorio: la Comunidad Autónoma de Castilla y León y la Comunidad Valenciana.

La Ley 1/2003, de 3 de marzo, de Igualdad de Oportunidades entre mujeres y hombres en Castilla y León, en su artículo 46 establece que *“La Comisión Interconsejerías de Igualdad de Oportunidades creará el Observatorio de Género en materia de mujer cuya función será estudiar y hacer visible las diferencias y discriminaciones en función de género”*. Dando cumplimiento a dicho precepto legal el Decreto 30/2005, de 21 de abril, crea el Observatorio de Género como órgano colegiado con participación de diversas instancias sociales, encargado de estudiar y hacer visibles las diferencias y discriminaciones en función de género.

En lo que se refiere a la Comunidad Autónoma de Valencia, su Ley 9/2003, de 2 de abril, para la Igualdad entre Mujeres y Hombres, en el artículo 49 establece que *“el Consell de la Generalitat creará el Observatorio de Género como órgano dependiente y adscrito a la conselleria competente en materia de mujer, cuya función será estudiar y hacer visibles las diferencias de género”*. Con amparo en esta previsión legal se dicta el Decreto 20/2004, de 13 de febrero, por el que se crea el Observatorio como órgano colegiado de carácter consultivo, entre cuyos componentes figuran representantes de la Generalitat y representantes de las entidades más relevantes que trabajan en la Comunidad Valenciana a favor de la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres.

El Consejo Jurídico considera que el Proyecto, en su redacción actual, no debe elevarse al Consejo de Gobierno para su aprobación, debido a que su contenido no se adecua a lo preceptuado en la Ley habilitante, tanto en lo que se refiere a la configuración dada al Observatorio como a la adscripción que del mismo se hace al Instituto de la Mujer; es más, ni siquiera cumple lo anunciado en su título, pues no se regula ni la composición ni la organización ni el régimen jurídico del Observatorio.

No resulta procedente manifestarse sobre el articulado del Proyecto puesto que el mismo debe modificarse atendiendo a la naturaleza de órgano colegiado que ha de darse al Observatorio.

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

## **CONCLUSIÓN**

**ÚNICA**.- Se informa desfavorablemente el Proyecto por el que se pretende regular la composición, la organización y el régimen de funcionamiento del Observatorio de Igualdad, debido a que su contenido no es respetuoso, en los términos que se señalan en el cuerpo del presente Dictamen, con la norma habilitante, es decir, con la Ley 7/2007.

No obstante, V.E. resolverá.



**DICTAMEN 42/2010**

**Asunto** Responsabilidad patrimonial instada por x y otros, siendo la afectada x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.

**Consultante** Consejera de Sanidad y Consumo

**Fecha** 01/03/2010

**Extracto de Doctrina**

Un hipotético funcionamiento anormal de un servicio público no es circunstancia suficiente para reconocer una indemnización si no puede considerarse razonablemente acreditado que ha causado, total o parcialmente y con arreglo a un criterio de imputación objetiva y adecuada, un daño que el particular no tenga el deber jurídico de soportar.

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** Con fecha 12 de abril de 2006 (registro de entrada en la Delegación de Gobierno), x, y, z, marido e hijos de x., respectivamente, presentan reclamación de responsabilidad patrimonial ante la Consejería competente en materia de sanidad, en base a los siguientes hechos:

*“En el año 1998 x. fue diagnosticada de melanoma de coroides en el ojo derecho. Este es el tumor primario intraocular más común en adultos y se origina de las células pigmentadas de la coroides del ojo, por lo que no es un tumor que se inicia en otras partes del cuerpo y se disemina al ojo. El melanoma coroides es maligno, lo que significa que es un cáncer que puede metastatizar y eventualmente diseminarse a otras partes del cuerpo.*

*Al objeto de tratar dicha dolencia se le practicó inicialmente una braquiterapia con hilos de iridio, termoterapia transpupilar con láser de diodo, siéndole posteriormente aplicada radioterapia en un intento por conservar el ojo afectado y posiblemente la visión útil. En el año 2001, tras la aparición del melanoma de coroides con recidiva local, hubo de practicarse la enucleación del ojo derecho como última solución para tratar el tumor. La intervención le fue practicada en el Hospital Puerta del Hierro, siendo seguido íntegramente el control/revisión postoperatorio en dicho centro hospitalario hasta la fecha de su fallecimiento.*

*Tras la práctica de la enucleación llevada a cabo para remover el tumor, x. siguió acudiendo puntualmente al Hospital Puerta de Hierro a fin de realizar revisiones de control, teniendo éstas periodicidad de tres meses durante el primer año, para continuar seguidamente con revisiones anuales.*

(...)

*Como ya hemos reseñado “ut supra”, todo el control/revisión de la enfermedad de la causante se desarrolló en el Hospital Puerta de Hierro mediante revisiones periódicas que fueron dilatándose en el tiempo, llegando a ser anuales a partir de transcurridos el primer año de la intervención de la enucleación. El relajado protocolo médico de revisión aplicado a x. resulta a todas luces insuficiente, máxime teniendo en cuenta que todos los estudios médicos que se han desarrollado del melanoma de coroides concluyen en que este tipo de cáncer suele ser recurrente e incluso en un gran número de casos puede derivar en metástasis.*

*(...) En el caso del melanoma de coroides que padecía la fallecida, una exploración con ultrasonidos (ecografía), procedimiento indoloro e inofensivo que utiliza ondas sonoras que muestran la estructura de los órganos internos, hubiese sido suficiente para identificar y determinar el tamaño del cáncer del hígado y haber actuado en consecuencia.”*

Continúan describiendo que el 3 de diciembre de 2004 (por error se dice 2005), la paciente acudió al Servicio de Urgencias del Hospital Morales Meseguer de Murcia aquejada de alta fiebre y epigastralgia. A pesar de los antecedentes personales que constan en su expediente clínico (melanoma de coroides, recidiva local de melanoma, enucleación, etc.) no se realizó por parte del Hospital ninguna prueba que posibilitara un diagnóstico veraz y acertado de su estado físico, produciéndose un error y retraso en el diagnóstico del melanoma recurrente que presentaba y por ende un retraso inevitable en el tratamiento, pues sólo le practicaron una radiografía de tórax, la cual traía su causa en la caída sufrida dos meses atrás, y un hemocultivo, los cuales, como era de esperar, no pusieran de manifiesto la existencia del carcinoma recurrente.

Señala el escrito de reclamación que en una aproximación a los hechos resulta incomprensible y de todo punto ilógico, que no se practicara una ecografía, TAC, o prueba análoga para descartar una recidiva, cuyo grado de probabilidad era más que considerable dada su sintomatología, toda vez que constaban los antecedentes personales de la paciente, y habida cuenta de la historiología que presenta este tipo de carcinoma.

Seguidamente refieren que la paciente acude de nuevo al Servicio de Urgencias del Hospital Morales Meseguer el 14 de diciembre de 2004, presentando los mismos síntomas que en el ingreso anterior, y tampoco en esa ocasión le realizaron ninguna ecografía o prueba análoga, que pudiera ser eficaz para diagnosticar el carcinoma, orientando de nuevo toda la exploración y diagnóstico en las lesiones provocadas por la caída acontecida en los meses anteriores.

Ante esta situación, el día 3 de enero de 2005 la paciente acude a la consulta privada del Dr. x., quien, tras la práctica de una ecografía, constata la existencia de múltiples nódulos en parénquima hepático compatibles con múltiples metástasis, siendo el juicio clínico el de “carcinoma metastático de hígado.”

Tras este diagnóstico la paciente fue atendida en el Servicio de Urgencias del Hospital Morales Meseguer al día siguiente (el 4 de enero de 2005) por “*cuadro de 3 meses de evolución de dolor creciente en hipocondrio derecho, asociado con síndrome constitucional de pérdida de 10 Kg de peso y náuseas.*” Tras la realización de una ecografía abdominal se confirma la existencia de múltiples lesiones sugestivas de metástasis y la ausencia de esperanzas para su erradicación.

Los reclamantes imputan a los servicios públicos sanitarios regionales los siguientes errores, que motivaron el retraso en el diagnóstico y en la aplicación del tratamiento adecuado, que hubiese podido contrarrestar los efectos de la enfermedad, aumentando las posibilidades de esperanza de vida:

1. Si se hubieran realizado con mayor frecuencia controles en el Hospital Puerta del Hierro de Madrid, como indican los protocolos, se hubiese asegurado un diagnóstico a tiempo y un tratamiento inmediato que hubiese impedido el fallecimiento posterior.

2. Más tarde, cuando la paciente acude al Servicio de Urgencias del Hospital Morales Meseguer los días 3 y 14 de diciembre de 2004, si al menos le hubiesen realizado una ecografía teniendo en cuenta su historial, el diagnóstico, el tratamiento, el avance de la enfermedad, el estado de la paciente y la probabilidad de supervivencia, todo hubiese sido distinto y hubiese coadyuvado a salvar la vida de la paciente o al menos retardar su muerte.

De lo anterior infieren la existencia de un daño y la relación de causalidad con el funcionamiento del servicio público, que consideran que ha de ser indemnizado con la cantidad de 300.000 euros para todos los reclamantes o, subsidiariamente, 204.837,96 euros por aplicación del baremo de indemnizaciones de accidentes de tráfico.



Por último, proponen como prueba documental la historia clínica de la paciente y la documentación que acompañan al escrito de reclamación, otorgando su representación al letrado D. x., según acreditan con la escritura de poder que acompañan.

**SEGUNDO.-** Con fecha 22 de mayo de 2006, el Gerente del Servicio Murciano de Salud resuelve admitir a trámite la reclamación de responsabilidad patrimonial, notificándose a las partes interesadas.

Al mismo tiempo, desde el Hospital Morales Meseguer se remitió el 10 de agosto de 2006 copia de la historia clínica (folios 53 a 281) e informe suscrito por el Dr. x, Jefe de la Unidad de Urgencias, y por la Dra. x., según el cual:

*“La paciente consultó por primera vez el día 3 de diciembre por epigastralgia y fiebre de menos de 24 h. de evolución, a continuación se le realizó la correspondiente historia clínica en donde quedaron reflejados sus antecedentes personales, así como el resto de datos clínicos obtenidos de la anamnesis y exploración física de la enferma, pudiendo destacar que la paciente refería caída accidental hacía una semana y que desde entonces presentaba dolor en todo su hemicuerpo derecho, por lo que estaba tomando fármacos anti-inflamatorios y fiebre de menos de 24 h de evolución. Ante estos hechos y después de no encontrar nada relevante en la exploración física, ni en las pruebas complementarias solicitadas (radiografías y analíticas), se concluyó con el juicio clínico de dolor abdominal epigástrico secundario a la ingesta de hierro y anti-inflamatorios y síndrome febril de corta evolución sin foco.*

*La enferma acude de nuevo el día 14 de diciembre refiriendo dolor en hemotórax derecho submamario de horas de evolución, a continuación se realiza la correspondiente historia clínica y pruebas complementarias pertinentes, solo objetivándose dolor costal inframamario derecho, concluyéndose con el juicio clínico de dolor de características osteomuscular, prescribiendo tratamiento a tal efecto.*

*Consideramos que la actuación médica estuvo en todo momento sujeta a una adecuada práctica clínica de un Servicio de Urgencias Hospitalario y siempre estuvo ajustado a "Lex Artis". Creo que es necesario manifestar que no es cierto que la paciente refiriera dolor abdominal y fiebre de 3 meses de evolución en ninguna de las dos consultas realizadas a este Servicio de Urgencias. Tampoco se puede achacar a este Servicio de Urgencias retraso en el diagnóstico de las complicaciones del melanoma corioideo, cuando la paciente esta siendo controlada por esta*

*patología en otro hospital, en donde suponemos que se seguirá un protocolo tendente al control de la enfermedad y sus posibles complicaciones. Además, los motivos de sus consultas a este Servicio de Urgencias no orientaban a la investigación de posibles complicaciones, no debiendo olvidar que la labor principal de un Servicio de Urgencias hospitalario es detectar y tratar aquellas patologías que por su gravedad pueden poner en peligro la vida o integridad física de las personas de forma inminente.”*

**TERCERO.-** Solicitada la historia clínica de la paciente al Hospital Puerta del Hierro, dependiente de la Comunidad Autónoma de Madrid, así como el informe de los facultativos que la atendieron en aquel Hospital, es remitida por el Director Gerente el 9 de octubre de 2006, acompañando varios informes.

El primero de ellos es evacuado por el Jefe de Servicio de Oftalmología el 1 de agosto de 2006, señalando:

*“1. La paciente acude por primera vez al Servicio de Oftalmología de la Clínica Puerta del Hierro con fecha 28/07/98, con el diagnóstico de melanoma de Coroides realizado en el Hospital Morales Meseguer de Murcia (por error se indica Almería).*

*2. En este Servicio del Hospital U. Puerta del Hierro fue tratada por el Dr. x., el cual indica inicialmente TTT como tratamiento y Braquiterapia con I-192. Dichas terapias no logran el control del tumor, por lo que se indica Enucleación realizada el 19/10/01.*

*3. Una vez realizada la enucleación del ojo, el Dr. x. le indica revisiones con estudio sistémico que se realizan en el Servicio de Radioterapia-Oncológica, cuyo informe, con los datos correspondientes, será realizado en dicho Servicio.”*

El segundo informe que remite, elaborado conjuntamente por los Drs. x, Jefe de Servicio de Oncología Radioterápica y x., facultativo especialista del área (folios 285 a 296), describe, en primer lugar, las características del melanoma de coroides, en segundo lugar las características concretas del que padecía la paciente, los tratamientos aplicados, la evolución de su enfermedad, las actuaciones médicas realizadas como consecuencia de su evolución, el protocolo de seguimiento y su justificación. Por último, los citados facultativos responden pormenorizadamente a cada uno de los hechos recogidos en el escrito de reclamación, que atañen al citado Servicio de Oncología Radioterápica, que es la parte que se reproduce debido a su extensión:

*“Hecho Segundo. Los datos referentes al diagnóstico son correctos. Existe una confusión en la denominación de los tratamientos. El tratamiento inicial fue termoterapia transpupilar, no braquiterapia, y fue realizado en el Servicio de Oftalmología. El segundo tratamiento fue braquiterapia, que es una forma de radioterapia, y se realizó en colaboración entre los Servicios de Oncología Radioterápica y de Oftalmología. En el año 2001 se le practicó enucleación.*

*En lo referente al seguimiento, la paciente fue dada de alta por el Servicio de Oftalmología en el año 2001 para el seguimiento en su zona, pero acudió posteriormente al Servicio de Oncología Radioterápica siendo citada con una periodicidad anual.*

*Hecho Tercero: En este hecho se cita que "tras la práctica de la enucleación llevada a cabo para remover (este término no se usa en castellano, entendemos que significa extirpar) el tumor, x. siguió acudiendo puntualmente al Hospital Puerta de Hierro a fin de realizar revisiones de control, teniendo éstas una periodicidad de tres meses durante el primer año, para continuar seguidamente con revisiones anuales". A continuación se cita que "Es importante enfatizar la importancia de la realización de revisiones oftalmológicas periódicas en pacientes con antecedentes de melanoma coroideo..." y finaliza especificando que se deben practicar exámenes/controles médicos cada 3 meses que deben incluir funduscopy, toma de fotografías y estudios ecográficos, dado que la principal complicación de esta opción es la posible activación del tumor y su crecimiento". Este Hecho Tercero se refiere a las revisiones oftalmológicas, realizadas por y responsabilidad del Servicio de Oftalmología, y que por tanto no atañe al Servicio de Oncología Radioterápica. Pese a ello, en calidad de oncólogos conocedores de esta patología, consideramos necesario precisar que: primero, las revisiones oftalmológicas que se describen fueron realizadas hasta la enucleación pero no pueden ser practicadas después de la enucleación y no son necesarias después de la enucleación; segundo: no existe ningún tipo de relación entre la ausencia de revisiones oftalmológicas tras la enucleación y el posterior desarrollo de metástasis hepáticas en la paciente x; tercero: el comentario incluido en el Hecho Tercero que establece que "esta práctica (las revisiones oftalmológicas) permite una importante mejoría de la calidad de asistencia de estos pacientes al detectar estas enfermedades en estadios precoces cuando todavía son susceptibles de ser tratados con terapias adecuadas que contrarresten y controlen los efectos de la enfermedad" podría ser correcto si se refiriese al diagnóstico de la enfermedad, pero no lo es si se refiere al seguimiento y mucho menos si se refiere al seguimiento oftalmológico en una paciente a la que se le ha practicado una enucleación; y cuarto: las consideraciones incluidas en el Hecho Tercero sobre la malignidad del melanoma y su agresividad son correctas, pero no lo son las consideraciones sobre el seguimiento dado que la evolución clínica de esta enfermedad no es*

posible modificarla mediante el seguimiento, en particular en lo que atañe al proceso de la paciente x, que es el desarrollo de metástasis a distancia (hepáticas).

*Hecho Cuarto: En este Hecho Cuarto se incide de nuevo en la periodicidad anual de las revisiones en los últimos años del seguimiento de x. Como se ha mencionado anteriormente la periodicidad es correcta y es la aplicada por los grupos internacionales que tienen las experiencias más extensas en melanomas de la coroides como el Collaborative Ocular Melanoma Study Group pese a que la frecuencia de las revisiones realizada por los grupos de investigación es frecuentemente mayor que la que se precisa en la rutina clínica por tratarse de grupos de investigación (Arch Ophthalmol 2001; 119:969-982; J Clin Oncol 2004; 22:2438-2444). La ausencia de ventaja de una periodicidad mayor se debe a que unas revisiones más frecuentes no impiden que aparezcan las metástasis, las metástasis no tienen tratamiento efectivo y no son curables y el inicio del tratamiento cuando las metástasis son más pequeñas no mejora la supervivencia (J Clin Oncol 2005;23:8076-8080). Por esta misma razón no hay prueba de que una ecografía hepática realizada cuando la paciente no presentaba síntomas hubiese resultado beneficiosa, dado que el proceso que se hubiese podido diagnosticar mediante la ecografía habría sido de todos modos incurable.*

(...)

*Hecho Séptimo: En lo que se refiere a la consideración incluida en este hecho que establece que "qué duda cabe que si se hubiesen realizado con una mayor frecuencia controles/revisiones en el Hospital Puerta de Hierro de Madrid tal y como exige el protocolo médico ante una enfermedad como la acontecida (recordemos que las revisiones eran anuales cuando la paciente presentaba los antecedentes personales de un carcinoma que en la mayoría de los casos es recurrente y que suele metastatizar) se hubiese asegurado un diagnóstico a tiempo y un tratamiento inmediato que hubiese impedido un desenlace posterior" es preciso decir que: primero, la paciente x. no presentaba antecedentes de un carcinoma sino un melanoma de la coroides que es distinto de los carcinomas y de los melanomas de la piel, aclaración necesaria porque los criterios de seguimiento aplicables a los carcinomas y a los melanomas de piel son distintos de los aplicables a los melanomas de la coroides; segundo, la periodicidad anual de las revisiones cuando la paciente llevaba más de cinco años de seguimiento es adecuada; tercero: el protocolo médico no exige una frecuencia mayor de revisiones; cuarto, el diagnóstico más temprano de las metástasis hepáticas no constituye como se dice en este Hecho Séptimo "un diagnóstico a tiempo" porque las metástasis aunque sean pequeñas no tienen tratamiento efectivo; y quinto, tampoco "un tratamiento inmediato (de las metástasis) hubiese impedido el desenlace posterior" porque*

*desafortunadamente no existe tratamiento eficaz y mucho menos curativo para las metástasis, que como hemos mencionado ya están presentes al diagnóstico y no son curables.*

*En base a lo mencionado arriba estimamos que de ningún modo puede considerarse que "existió una falta de diligencia profesional en la asistencia a x. en la actuación de los médicos del Hospital Puerta de Hierro como se menciona en este Hecho Séptimo, ni puede tampoco considerarse que su estudio (en el Hospital Puerta de Hierro) fuese insuficiente".*

*Hecho Ocho: Entendemos que no ha sido acreditada la existencia de un daño dado que la paciente falleció a consecuencia de metástasis hepáticas que probablemente presentaba con anterioridad al diagnóstico del proceso en 1998 y con toda seguridad con anterioridad a la enucleación en el año 2001. El desarrollo de las metástasis no podría haber sido por tanto evitado por ninguna actuación médica posterior. No existe ninguna actuación que haya causado dichas metástasis y dado que las metástasis no tienen tratamiento efectivo, el desenlace una vez diagnosticadas éstas, aunque hubiesen sido más pequeñas en el momento de su identificación, no habría sido evitable porque no existe tratamiento eficaz para las mismas. Por ello, el desenlace no se habría podido evitar con ninguna actuación médica."*

**CUARTO.-** Solicitado informe al Servicio de Inspección de Prestaciones Sanitarias el 6 de noviembre de 2006 (registro de salida), es evacuado en febrero de 2009, que en su parte final señala lo siguiente:

*"Tal y como ha quedado reflejado en el anterior apartado, el melanoma coroideo tiene una frecuencia de metástasis hepáticas muy elevada, mas aún, en los 5 primeros años de aparición del tumor y su vigilancia requiere pocas pruebas: analítica hepática (Gamma glutamil transferasa) y/o ecografía. Tanto la bibliografía, como los Dres. del Servicio de Oncología Radioterápica que le trataron en el Hospital Puerta de Hierro de Madrid, coinciden que en los primeros 5 años debe revisarse cada 6 meses. La paciente tuvo recidiva tumoral en el 2001, por tanto en el año 2004 debía estar siendo revisada semestralmente bien por este Servicio o bien por el Servicio Murciano de Salud. La paciente estaba siendo revisada anualmente.*

*En las atenciones de urgencias de los días 3 y 14 de Diciembre de 2004, la sintomatología que presentaba la paciente era suficiente para sospechar (o al menos descartar) la existencia de metástasis hepática secundaria a melanoma coroideo, y por tanto solicitar las pruebas antes citadas. La paciente no fue diagnosticada, teniendo por tanto una perdida de oportunidad la*

*paciente de haberse iniciado el tratamiento antes y no dar lugar a tener un síndrome constitucional tan florido.*

*Durante su ingreso desde el día 5 de Enero de 2005, la atención que recibió la paciente, primero la actitud del oncólogo de no atender a la paciente hasta confirmación del diagnóstico y después tardando 23 días en realizar la prueba confirmatoria, que dio lugar a iniciar el tratamiento quimioterápico 26 días después, nos parece que la paciente no fue atendida con la diligencia y dignidad debidas.*

*Pero por otro lado, es del todo presumible, tras el estudio de la bibliografía (como ha quedado reflejado en las consideraciones médicas), que no existe posibilidad de prevenir la aparición de metástasis hepáticas y que una vez aparecidas, aún con diagnóstico precoz, las posibilidades de tratamiento eficaz son mínimas y la supervivencia estimada por la mayoría de los autores es de 2 a 9 meses desde la aparición de las mismas.*

### **CONCLUSIÓN**

*Por todo lo anterior, estimamos que la x. debió de estar sometida a revisiones periódicas más frecuentes, debió de ser diagnosticada al inicio de los síntomas, dado sus antecedentes y la presencia de signos que mostraba (al menos un mes antes), y debió recibir una atención durante el ingreso mas diligente y digna. Aun así, la revisión de la bibliografía especializada coincide en que una vez iniciada la enfermedad las consecuencias hubieran sido las mismas con/sin diagnóstico y con/sin tratamiento, pero al menos la paciente hubiera gozado de alguna oportunidad y/o mejor calidad de vida durante esos meses".*

**QUINTO.-** Por la compañía de seguros x. se aporta dictamen médico del Dr. x., que concluye:

*"1. La paciente, x, falleció a causa de un melanoma coroideo diseminado con metástasis hepáticas y retroperitoneales, justo siete años tras el diagnóstico*

*2. La evolución del melanoma fue la habitual, desarrollando metástasis hepáticas antes de 5 años tras el tratamiento radical (enucleación ocular); los últimos estudios revelan que en el momento del diagnóstico de un melanoma uveal, los pacientes que desarrollarán metástasis con posterioridad ya tienen micrometástasis, aunque no son identificables en las pruebas de imagen.*

3. A la vista de la bibliografía revisada y de la documentación analizada, el paciente fue orientado y tratado de la manera adecuada por el Hospital Puerta de Hierro, desde el diagnóstico en junio de 1998 hasta el momento de recurrir a la enucleación, con seguimiento oftalmológico en dicho periodo cada 3 meses, como es recomendado.

4. Posteriormente, una vez realizada la enucleación, se ampliaron los plazos de revisión por el Servicio de Oncología Radioterápica hasta una visita anual, lo que está dentro de los plazos recomendados por el Collaborative Ocular Melanoma Study Group, estudio multicéntrico aún en desarrollo que agrupa a más de 2.300 pacientes con melanoma coroideo y cuyo protocolo para la detección de metástasis establece revisiones anuales mediante analítica con pruebas hepáticas. La recomendación de asociar pruebas de imagen hepáticas anualmente aparece en el artículo de este grupo publicado en junio de 2004, es decir, en el intervalo entre dos visitas. Hasta ese momento la recomendación era realizar analítica hepática anualmente y, si las transaminasas estaban alteradas, asociar ecografía hepática.

5. En las dos visitas que la paciente realizó en diciembre de 2004 a Urgencias del Hospital Morales Meseguer, acudió, según aparece reseñado en la historia, por dolor torácico. No se indica que presentase dolor abdominal. Fue explorada de manera adecuada, realizándole estudios complementarios (analítica y Rx de tórax) que fueron normales, por lo que no estimamos que la realización de una ecografía abdominal fuera exigible, aunque sí podría haberse realizado.

6. Entre su primera visita a Urgencias por ese motivo y el diagnóstico ecográfico de metástasis hepáticas por un médico particular tan sólo pasaron unos 30 días, tiempo que, dada la agresividad de la neoplasia en cuestión, y dado que una vez que el paciente desarrolla metástasis macroscópicas no existe ningún tratamiento efectivo, no creemos que haya influido en el pronóstico de la paciente, que falleció el 1 de junio, unos 5 meses tras el hallazgo (dentro de la media esperable 2 a 7 meses).

7. Desde su ingreso en Medicina Interna hasta que se realizó la PAAF pasaron 14 días, un tiempo quizá algo dilatado, pero aún razonable dentro del funcionamiento de un Hospital. Desde luego, esta, demora tampoco creemos que influyera en el pronóstico.

8. Una vez confirmado el diagnóstico de metástasis de melanoma coroideo, se ofertó (y se inició) al paciente la posibilidad de tratamiento paliativo mediante inmunoquimioterapia, aún a sabiendas de que no existe tratamiento efectivo para el melanoma coroideo metastático.

9. *A la vista de la documentación analizada, la actuación de los sanitarios del Hospital Puerta de Hierro fue en todo momento adecuada y diligente, poniendo a disposición del paciente todos los medios al alcance para tratar al paciente y adecuando el seguimiento de acuerdo a las recomendaciones de la COMS. En cuanto al supuesto retraso diagnóstico al no realizar ecografía abdominal a la paciente en sus sucesivas visitas a Urgencias del Hospital Morales Meseguer, tampoco encontramos mala praxis, y la escasa demora diagnóstica no hubiera modificado la evolución del tumor. Por ello, concluimos que se actuó de acuerdo a la lex artis.”*

También se aporta por la compañía x. un dictamen médico colegiado elaborado por dos especialistas en Oftalmología, que concluye:

*“1. La reclamante padeció un melanoma coroideo ocular (tumor maligno del globo ocular), que fue tratado de manera adecuada en el Hospital Puerta del Hierro. Se aplicó primero tratamiento local mediante termoterapia transpupilar, y posteriormente braquiterapia (radioterapia local). Finalmente, se tuvo que proceder a la enucleación (extirpación del globo ocular).*

*2. El diagnóstico y tratamiento de la reclamante fue adecuado, y desgraciadamente no se puede afirmar (y por eso en este tipo de enfermedad no se hace énfasis en el diagnóstico precoz de las metástasis) que el hecho de realizar revisiones más frecuentemente, o de diagnosticar las metástasis hepáticas de manera más precoz, hubiese tenido ningún tipo de influencia (ni positiva ni negativa) en el pronóstico de la enfermedad, o en las posibilidades de supervivencia de la paciente.*

*3. No es correcto afirmar, como hacen los herederos de la reclamante, que si se hubiesen realizado revisiones con mayor frecuencia, se hubiese asegurado un diagnóstico a tiempo (del cáncer de hígado que sufrió años después, en 2005) y un tratamiento inmediato que hubiese impedido el desenlace posterior. Desgraciadamente, las metástasis hepáticas que sufrió la reclamante no tenían ni tratamiento preventivo, ni tratamiento curativo, y el momento de diagnóstico de las mismas no era relevante, ya que la supervivencia no mejora aunque el diagnóstico se haga de forma más precoz. Y desgraciadamente no hay ninguna manera de impedir que un melanoma de coroides metastatice, ni mediante tratamientos ni mediante revisiones más frecuentes.*

*4 Tampoco es correcto afirmar que si el Hospital Morales Meseguer hubiese realizado el diagnóstico de las metástasis hepáticas el 3 de diciembre, el tratamiento, el avance de la enfermedad, el estado de la paciente, y las posibilidades de supervivencia habrían sido distintas, y hubiese ayudado a salvar su vida o al menos retardar su muerte. Esto no es correcto, ya que las*



*metástasis hepáticas del melanoma coraideo no tienen ningún tratamiento útil, ni existe ningún tratamiento que haya demostrado alargar la vida del paciente, ni evitar su fallecimiento, independientemente del momento en que se diagnostiquen dichas metástasis.”*

**SEXTO.-** Por el órgano instructor se solicitó al Servicio de Inspección de Prestaciones Sanitarias aclaración sobre la conclusión final del informe evacuado por la Inspectora Médica (Antecedente Cuarto de este Dictamen) ante la aparente contradicción en su valoración, informando la Inspectora Médica el 18 de mayo de 2009 en el siguiente sentido:

*“1. La paciente mostró suficientes síntomas (y antecedentes) a primeros del mes de diciembre de 2004, cuando acudió al servicio de Urgencias del Morales Meseguer como para que al menos se descartara (dada la frecuencia con que ocurre) la presentación de metástasis.*

*2. Una vez diagnosticada la paciente, debió ser tratada desde el principio y haberse priorizado las pruebas confirmatorias, dadas las circunstancias, para así poder iniciar el tratamiento y no tener que esperar 26 días para su inicio.*

*(...)*

*3. Tanto la literatura especializada, como las consultas a especialistas que se han realizado desde esta inspección, coinciden en que la evolución una vez iniciados los síntomas de metástasis hepáticas es prácticamente irreversible, con pocas posibilidades de tratamiento, salvo paliativo. Aunque falleció a los 6 meses del diagnóstico (todos los autores hablan de entre dos y nueve meses), pero si se hubiera diagnosticado a primeros de diciembre y se hubiera iniciado el tratamiento en esas fechas, al menos la paciente no hubiera estado sometida a la ansiedad, aún sabiéndose grave, desconocer si su problema tendría tratamiento curativo o paliativo y si se le aplicaría.*

*4. Por tanto, lo que estimamos (tras la valoración de la bibliografía, la consulta de expertos, nuestra experiencia profesional y conocimientos) que no fue correcto es la dilatación en el diagnóstico y aplicación de tratamiento de unos 2 meses, y que sin tener apenas efecto sobre el resultado final, si lo tuvo sobre la ansiedad innecesaria, y la posibilidad de alivio de los síntomas caquéticos que sufrió en este tiempo la paciente.”*

**SÉPTIMO.-** Otorgado trámite de audiencia a las partes, los reclamantes presentan alegaciones, en las que se ratifican íntegramente en lo manifestado en su escrito de reclamación

inicial, y ponen de manifiesto los errores esenciales que, en su opinión, indujeron al fallecimiento de la paciente con apoyo en lo informado por la Inspectora Médica del Servicio Murciano de Salud.

**OCTAVO.-** La propuesta de resolución, de 29 de julio de 2009, si bien reconoce que se incurrió en un error de diagnóstico cuando la paciente acudió al Hospital Morales Meseguer los días 3 y 14 de diciembre de 2004, no la considera como una mala *praxis* médica, pues se actuó conforme a la sintomatología. Concluye que no puede aceptarse que el perjuicio invocado sea consecuencia de la prestación sanitaria, sino de la propia patología de la paciente, patología que en ningún caso puede verse agravada ni por el retraso en el diagnóstico, ni en el tratamiento, retrasos que, por otro lado, no pueden ser imputados a una mala *praxis*, por lo que faltando el nexo causal no procede reconocer la responsabilidad patrimonial de la Administración regional. También descarta reconocer una indemnización por el daño moral inherente a la ansiedad innecesaria, y la posibilidad de alivio de los síntomas caquécticos que sufrió la paciente, según refiere la Inspección Médica en su informe de 18 de mayo de 2009, puesto que la situación de la paciente era irreversible y, por tanto, imposible de recuperar a la vista del estado actual de la ciencia sanitaria, siendo además tal ansiedad inherente a la propia enfermedad, citando a este respecto nuestro Dictamen 140/06.

**NOVENO.-** Con fecha 7 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 presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, al versar sobre una propuesta de resolución de un procedimiento de responsabilidad patrimonial tramitado por la Administración regional, de conformidad con lo establecido en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia (LCJ), en relación con el 12 del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial (RRP).

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

1. Se acredita la legitimación activa para reclamar de los interesados, en su condición de cónyuge e hijos de la paciente fallecida, que se sienten perjudicados por la actuación de los servicios públicos sanitarios (artículo 31 en relación con el 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 lo sucesivo). También se documenta en el expediente la representación con la que actúa el letrado actuante.

Mayores dificultades suscita la legitimación pasiva, en tanto una parte de las imputaciones formuladas por los reclamantes atañen a la actuación de los facultativos del Hospital Puerta de Hierro de Madrid durante los años de seguimiento de la paciente (canalizada en el año 1998 por el Insalud), puesto que el citado centro hospitalario no depende de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, y ésta sólo puede responder por las funciones y medios del Instituto Nacional de la Salud asumidos tras el proceso de transferencias (Real Decreto 1474/2001, de 27 de diciembre, con efectividad a partir de 1 de enero de 2002), de acuerdo con nuestra doctrina (por todos, Dictamen núm. 65/02 del Consejo Jurídico). Por lo tanto, respecto a las imputaciones formuladas por los interesados a la *praxis* médica seguida por el centro hospitalario dependiente de la Comunidad Autónoma de Madrid, no consta acreditada la legitimación pasiva del Servicio Murciano de Salud. En igual sentido, el Dictamen 1/2009 del Consejo Consultivo de Castilla La Mancha.

Por el contrario, sí se acredita tal legitimación respecto al error de diagnóstico que se achaca a las actuaciones del Hospital Morales Meseguer, dependiente del Servicio Murciano de Salud.

2. Presentada la reclamación el 12 de abril de 2006, y habiendo fallecido la paciente el 1 de junio del año anterior, es evidente que aquélla ha sido interpuesta dentro del plazo de un año que el artículo 142.5 LPAC señala para la prescripción del derecho a reclamar.

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

También ha sido acertado que el órgano instructor solicite al Hospital Puerta de Hierro de Madrid la historia clínica de la paciente y el parecer de los facultativos que allí le trataron, pues, de acuerdo con lo que sostienen los reclamantes, el control y revisión de la enfermedad de la paciente se desarrolló en aquel Hospital mediante revisiones periódicas.

**TERCERA.- Responsabilidad patrimonial en materia sanitaria. Requisitos.**

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

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

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

b) Que el daño o lesión sufrida sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos en una relación causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir, alterando el nexo causal.

c) Ausencia de fuerza mayor.

d) Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño.

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

La actuación del médico ha de llevarse a cabo por la denominada “*lex artis ad hoc*” o módulo rector de todo arte médico, como principio director en esta materia, en consideración al caso concreto en que se produce la actuación e intervención médica y las circunstancias en que la misma se desarrolle (Dictámenes números 49/01 y 97/03 del Consejo Jurídico). Por lo tanto, de

acuerdo con una consolidada línea jurisprudencial mantenida por el Tribunal Supremo, en las reclamaciones derivadas de la actuación médica o sanitaria no resulta suficiente la existencia de una lesión, sino que es preciso acudir al criterio de la *lex artis* como modo para determinar cuál es la actuación médica correcta, independientemente del resultado producido en la salud o en la vida del enfermo, ya que no le es posible ni a la ciencia ni a la Administración garantizar, en todo caso, la sanidad o la salud del paciente (SAN, Sección 4ª, de 18 de septiembre de 2002, y STS, Sala 3ª, de 14 de octubre de 2002).

**CUARTA.- Actuaciones anómalas que se imputan al Servicio Murciano de Salud y concurrencia de los requisitos determinantes de la responsabilidad patrimonial.**

Centrados en las imputaciones formuladas por los reclamantes contra el Servicio Murciano de Salud, excluyendo las realizadas a otros Hospitales que no dependen de este último Servicio, aquéllas se concretan en que los facultativos del Servicio de Urgencias del Hospital Morales Meseguer no efectuaron un diagnóstico correcto del estado de la paciente, cuando acudió los días 3 y 14 de diciembre de 2004, al haber omitido las pruebas pertinentes (ecografía), que hubiesen permitido conocer con anterioridad la existencia de metástasis hepática, lo que hubiera coadyuvado a salvar la vida a la paciente o, al menos, retrasar su muerte.

Con carácter previo a la valoración de la actuación sanitaria indicada, conviene conocer los antecedentes de la paciente, para lo cual ha sido de gran utilidad su historia clínica (núm. 453.610) en el Hospital Puerta de Hierro de Madrid,

1. Antecedentes clínicos de la paciente.

La paciente acude por primera vez al Servicio de Oftalmología del Hospital Puerta del Hierro de Madrid el 28 de julio de 1998, con el diagnóstico de melanoma de coroides realizado en el Hospital Morales Meseguer de Murcia el 6 de julio de 1998 (folio 371). Consta que previamente el Insalud había canalizado a la paciente al citado Hospital madrileño, por tratarse de un centro nacional de referencia en la materia (folio 370). El mismo día que acude al Hospital un oftalmólogo experto en tumores oculares (Dr. x) le confirma el diagnóstico, aplicándole inicialmente un tratamiento mediante termoterapia transpupilar, siendo remitida la paciente al Servicio de Oncología del mismo Hospital en octubre de 2000, ante la progresión del tumor.

El Servicio de Oncología Radioterápica examina a la paciente el 28 de octubre de 2000 (en ese momento presentaba un melanoma de la coroides del ojo derecho de tamaño mediano), y se le

propuso tratamiento con braquiterapia con hilos de iridio-192. El tratamiento fue realizado el 12 de noviembre siguiente.

Dichas terapias no lograron el control del tumor, por lo que se le indicó enucleación del ojo, que fue realizada el 19/10/01. Una vez realizada la enucleación del ojo, la paciente fue dada de alta por el Servicio de Oftalmología para control por su hospital de origen, en noviembre de 2001.

No consta en el expediente que la paciente acudiera en sus revisiones posteriores a centros médicos regionales, sino que continuó haciéndolo anualmente al Hospital Puerta de Hierro, como confirma en el escrito de reclamación. La periodicidad de éstas se considera aceptable tanto por el informe del Servicio de Oncología Radioterápica (folios 280 y 281), como por los peritos de la aseguradora (folios 409 y 419), si bien la Inspectora Médica considera que debería haberse revisado a la paciente cada 6 meses. No obstante, todos los informes médicos obrantes en el expediente, incluido el de la propia Inspectora, coinciden en que no existe ningún tratamiento efectivo para las metástasis del melanoma de la coroides, y éstas dan lugar inevitablemente al fallecimiento del paciente que las desarrolla con una supervivencia estimada, desde la aparición de las mismas, de 2 a 9 meses (folio 396, último párrafo, correspondiente al informe de la Inspectora Médica).

En suma, las actuaciones médicas del Hospital Puerta de Hierro de Madrid, como se ha indicado, no son imputables al Servicio Murciano de Salud, sin que conste en el expediente, ni se dice nada a este respecto en el escrito de reclamación, que acudiera a los especialistas de los hospitales públicos regionales para su revisión, sino, conforme a lo indicado, optó por seguir acudiendo en sus revisiones al citado Hospital madrileño.

2. *Praxis* médica en la atención del Servicio de Urgencias del Hospital Morales Meseguer a finales del año 2004. Error de diagnóstico.

Los reclamantes circunscriben sus imputaciones al Servicio Murciano de Salud a las dos actuaciones puntuales de los Servicios de Urgencias del Hospital Morales Meseguer de los días 3 y 14 de diciembre de 2004, en relación con las pruebas no realizadas a la paciente.

En tales asistencias de los Servicios de Urgencia es evidente que se produjo un error de diagnóstico de la patología que padecía la paciente por parte de los facultativos que la atendieron, si bien es preciso enmarcarlas en relación con la información transmitida por aquélla o sus familiares sobre los motivos de las consultas:

- En el parte de asistencias correspondiente al 3 de diciembre de 2004 (folio 35), se anota que acude por epigastralgia y fiebre. En sus antecedentes personales se recoge el melanoma coroides del ojo derecho. También se anota que la paciente refiere una caída accidental y que desde entonces presentaba dolor en todo su hemicuerpo derecho, por lo que estaba tomando fármacos antiinflamatorios, así como que tenía fiebre de menos de 24 horas de evolución (folios 35 y 52). Ante estos hechos y tras realizarle radiografías y analíticas, se concluye en dolor abdominal epigástrico secundario a la ingesta de hierro y antiinflamatorios, así como síndrome febril de corta evolución sin foco (folio 52).

- La paciente acude de nuevo al Servicio de Urgencias el 14 de diciembre siguiente (folio 36), refiriendo dolor en hemotórax derecho submamario, que irradia al hombro desde por la mañana. Se anota en el parte "sin náuseas ni vómitos" (folio 36), indicando los facultativos del Servicio de Urgencias que, tras la realización de las pruebas complementarias (radiografías y analítica), sólo se objetiva dolor de características osteomuscular, prescribiendo tratamiento. En la interpretación de esta visita (folios 52 y 406) se destaca que la paciente acudió refiriendo dolor torácico, que parecía de características mecánico-pleuríticas, y tanto la exploración física, como los estudios analíticos y la radiografía de tórax, no mostraban anomalías (folio 406).

Frente a los síntomas que se recogen en el informe del médico privado, de 3 de enero de 2005 (folio 37), aportado por los reclamantes, en las hojas de asistencia del Servicio de Urgencias del Hospital Morales Meseguer no se refleja (y por tanto no se describe por la paciente) que tuviera vómitos, ni pérdida de peso de 13 kgs., ni que tuviera dolor abdominal de 3 meses de evolución (folio 52), datos que, por el contrario, sí aparecen reflejados en la fecha de ingreso en el Servicio de Oncohematología del Hospital Morales Meseguer (folio 38).

El mismo día de la consulta a un médico privado (el 3 de enero de 2005) la paciente acude al Hospital Virgen de la Arrixaca (20 días después de la última visita al Hospital Morales Meseguer), en donde confirman la existencia de múltiples nódulos hepáticos, siendo ingresada de forma inmediata en el Hospital Morales Meseguer, a cargo del Servicio de Medicina Interna, para filiación de las metástasis y estudio tumoral (folio 153).

Con independencia de lo indicado sobre los motivos de las consultas que pudieron orientar la actuación de los servicios sanitarios a otras patologías, en ambas asistencias del Servicio de Urgencias (sobre todo en la segunda) se erró en el diagnóstico, conforme se indica por la Inspectora Médica, al no solicitar las pruebas (ecografía, TAC o RMN), que hubieran dado con el

diagnóstico de metástasis hepáticas, sobre todo si, como destaca la citada Inspectora, la sintomatología que presentaba era suficiente para sospechar (o al menos descartar) la existencia de metástasis hepática, lo que denotaría un funcionamiento anormal del servicio público, si bien no llega a ser formulado en tales términos por aquélla; del mismo modo, aun cuando no se haya imputado por los reclamantes, en ejercicio de sus funciones de investigación de los centros sanitarios y con la finalidad de velar por la eficiencia en el uso de las prestaciones sanitarias (Decreto regional 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), la Inspectora Médica también achaca una cierta tardanza en el tratamiento posterior del Hospital Morales Meseguer, concretamente en la realización de un PAAF (14 días desde su ingreso en Medicina Interna) y en el inicio del tratamiento de inmunoterapia (22 días desde este último ingreso), si bien este Órgano Consultivo considera que se ha acreditado en el expediente que tales demoras no incidieron en el resultado final; sin perjuicio de que tampoco se haya probado plenamente en el expediente que respondieran a un funcionamiento anormal del servicio público (durante ese periodo se le estuvieron realizando una serie de pruebas en el Servicio de Medicina Interna, según el historial médico), ni han sido cuestionadas en el escrito de reclamación.

3. Relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público sanitario regional y el daño alegado

Para los reclamantes, el nexo causal entre el funcionamiento del servicio público y el daño alegado estriba, en relación con las concretas actuaciones del Servicio de Urgencia del Hospital Morales Meseguer, en que si le hubieran realizado una ecografía y se hubiera detectado la metástasis en el hígado en aquel momento todo hubiese sido distinto y hubiese coadyuvado a salvar la vida de la paciente o al menos retardar su muerte.

Se trata de establecer por tanto, al margen de que se haya detectado algún funcionamiento que se considera no correcto por parte de la Inspectora Médica, si el daño alegado es consecuencia del funcionamiento del servicio público regional; en concreto si tal daño se ha producido por el error de diagnóstico en las dos visitas puntuales efectuadas en el mes de diciembre de 2004 al Servicio de Urgencias del Hospital Morales Meseguer.

El análisis jurídico de la cuestión planteada pasa por recordar, en primer lugar, y como viene reiterando la jurisprudencia y la doctrina, que el instituto jurídico de la responsabilidad patrimonial administrativa es de carácter exclusivamente resarcitorio de un daño producido a un tercero en un caso concreto, y no un instrumento sancionador para la Administración. Por ello, un hipotético



funcionamiento anormal de un servicio público no es circunstancia suficiente para reconocer una indemnización si no puede considerarse razonablemente acreditado que ha causado, total o parcialmente y con arreglo a un criterio de imputación objetiva y adecuada, un daño que el particular no tenga el deber jurídico de soportar.

Pues bien, este pretendido nexo causal es imposible establecerlo, a la vista de los distintos pareceres médicos sobre las posibilidades de supervivencia de la paciente:

a) El informe de los oncólogos del Hospital Puerta de Hierro de Madrid (Servicio de Oncología Radioterápica), cuya valoración ha de ser considerada en primer lugar, por su especialidad y por contener gran profusión de datos sobre el melanoma de coroides y las características concretas del que padecía la paciente, es absolutamente concluyente al respecto:

*“El diagnóstico más temprano de las metástasis, aunque sean pequeñas, no tienen tratamiento efectivo; tampoco un tratamiento inmediato de las metástasis hubiese impedido el desenlace posterior porque desafortunadamente no existe tratamiento eficaz y mucho menos curativo para las metástasis, que como hemos mencionado ya están presentes al diagnóstico y no son curables”* (folio 295).

Tras lo cual concluyen:

*“Entendemos que no ha sido acreditada la existencia de un daño dado que la paciente falleció a consecuencia de metástasis hepáticas que probablemente presentaba con anterioridad al diagnóstico del proceso en 1998 y con toda seguridad con anterioridad a la enucleación en el año 2001. El desarrollo de las metástasis no podría haber sido por tanto evitado por ninguna actuación médica posterior. No existe ninguna actuación que haya causado dichas metástasis y dado que las metástasis no tienen tratamiento efectivo, el desenlace una vez diagnosticadas éstas, aunque hubiesen sido más pequeñas en el momento de su identificación, no habría sido evitable porque no existe tratamiento eficaz para las mismas. Por ello, el desenlace no se habría podido evitar con ninguna actuación médica”* (folio 295).

b) En el mismo sentido, el informe de la Inspectora Médica de 6 de noviembre de 2006, reconoce, al margen de otros razonamientos colaterales sobre la asistencia sanitaria (folios 396 y 397):

*“Pero por otro lado, es del todo presumible, tras el estudio de la bibliografía (como ha quedado reflejado en las consideraciones médicas), que no existe posibilidad de prevenir la aparición de metástasis hepáticas y que una vez aparecidas, aún con diagnóstico precoz, las posibilidades de tratamiento eficaz son mínimas y la supervivencia estimada por la mayoría de los autores es de 2 a 9 meses desde la aparición de las mismas”.*

Lo anterior también es corroborado en el segundo de los informes, de 18 de mayo de 2009, evacuado a instancia del órgano instructor, para que aclare ciertas contradicciones detectadas:

*“Tanto la literatura especializada, como las consultas a especialistas que se han realizado desde esta inspección, coinciden en que la evolución una vez iniciados los síntomas de metástasis hepáticas es prácticamente irreversible, con pocas posibilidades de tratamiento, salvo paliativo. Aunque falleció a los 6 meses del diagnóstico (todos los autores hablan de entre dos y nueve meses)” (folio 425).*

c) Del mismo modo, los dos informes de los peritos de la compañía aseguradora (Antecedente Quinto), uno de los cuales afirma (folio 419):

*“No es correcto afirmar, como hacen los herederos de la reclamante, que si se hubiesen realizado revisiones con mayor frecuencia se hubiese asegurado un diagnóstico a tiempo (del cáncer de hígado que sufrió años después, en 2005) y un tratamiento inmediato que hubiese impedido el desenlace posterior. Desgraciadamente, las metástasis hepáticas que sufrió la reclamante no tenían ni tratamiento preventivo, ni tratamiento curativo, y el momento de diagnóstico de las mismas no era relevante, ya que la supervivencia no mejora aunque el diagnóstico se haga de forma más precoz. Y desgraciadamente no hay ninguna manera de impedir que un melanoma de coroides metastatice, ni mediante tratamientos ni mediante revisiones más frecuentes.*

*Tampoco es correcto afirmar que si el Hospital Morales Meseguer hubiese realizado el diagnóstico de las metástasis hepáticas el 3 de diciembre, el tratamiento, el avance de la enfermedad, el estado de la paciente, y las posibilidades de supervivencia habrían sido distintas, y hubiese ayudado a salvar su vida o al menos retardar su muerte. Esto no es correcto, ya que las metástasis hepáticas del melanoma coroideo no tienen ningún tratamiento útil, ni existe ningún tratamiento que haya demostrado alargar la vida del paciente, ni evitar su fallecimiento, independientemente del momento en que se diagnostiquen dichas metástasis. ”*

Por tanto, conforme a los informes médicos precitados todos ellos coincidentes sobre el carácter irreversible de las metástasis hepáticas, la escasa demora diagnóstica (20 días desde la última visita al Hospital Morales Meseguer) no incidió en la evolución del tumor. De otra parte, las posibilidades de vida con metástasis hepáticas es de 2 a 9 meses y la paciente falleció a los 6 meses desde que la detectaron, si bien, según indica la Inspectora Médica, la paciente llevaba con síntomas de metástasis al menos 2-3 meses y, por tanto, con anterioridad a su primera visita al Servicio de Urgencias del Hospital Morales Meseguer.

En consecuencia, la ausencia de nexo causal con el daño alegado por los reclamantes (salvar la vida o retrasar su fallecimiento) impide estimar la presente reclamación de responsabilidad patrimonial.

Tampoco respecto al posible daño moral sugerido por la Inspectora Médica (ansiedad innecesaria y la posibilidad de alivio de la enferma), porque tendría que haber sido asumido por los reclamantes en el presente procedimiento (tras el trámite de audiencia otorgado), modificando su pretensión inicial en el *quantum* indemnizatorio referido a su fallecimiento y, sobre todo, como sostiene el órgano instructor, porque la situación de la paciente era irreversible y, por tanto, imposible de recuperar a la vista del estado actual de la ciencia, siendo además esa ansiedad inherente a la propia enfermedad. Téngase en cuenta a este respecto que, una vez confirmado el diagnóstico de metástasis de melanoma coroideo, se ofertó (y se inició) a la paciente la posibilidad de tratamiento paliativo mediante inmunoterapia, “aún a sabiendas de que no existe tratamiento efectivo para el melanoma coroideo metastático (Antecedente Quinto)”.

A mayor abundamiento, la propuesta de resolución razona que tampoco puede plantearse una indemnización por el daño moral inherente a la ansiedad innecesaria, y la posibilidad de alivio de los síntomas caquéuticos que sufrió la paciente, cuando su situación era irreversible, conforme a nuestro Dictamen 140/06, respecto a un caso similar, en el que se señalaba:

*“resulta imposible poder imputar el fallecimiento de la esposa del reclamante a la carencia de uno o varios determinados medios terapéuticos, ni siquiera plantearse una indemnización por el daño moral inherente a la incertidumbre sobre las posibilidades de supervivencia de la misma de haber dispuesto de tales medios, pues la jurisprudencia reciente ofrece ejemplos en los que reconoce que, independientemente la Administración dispusiera o no de los recursos adecuados, si la patología cardíaca de la paciente era tan grave que, tras un infarto la situación era irreversible, la hipotética insuficiencia de medios o recursos sanitarios no puede ser considerada como causante, ni siquiera parcialmente, de los daños morales producidos por el fallecimiento, ni reconoce, por*

*tanto indemnización siquiera por la incertidumbre de su reanimación, al haberse concluido la razonable imposibilidad de tal recuperación, a la vista del estado actual de la ciencia y técnicas sanitarias.”*

Un dato también a tener en cuenta, que se deriva de la historia clínica, es que los familiares solicitaron al personal sanitario que no dijeran inicialmente a la paciente que tenía metástasis hepáticas, a tenor de la información suministrada por el personal de enfermería y anotada en el folio 133, correspondiente al 5 de enero de 2005:

*“Constantes en límites normales. Su esposo nos pide que hablemos con su médico antes de que entre en la habitación dado que x.l no está informada de que tiene Mts. hepáticas; nos pide que el médico hable primero con él. Se lo comunico a la Dra. x (...).”*

Dicho diagnóstico fue transmitido a la paciente el día 24 de enero por la mañana, según se anota por el personal de enfermería en la historia clínica:

*“Doy orfidal por ansiedad tras informarle el médico el diagnóstico; Paso el cargo a Oncología. Pte de traslado.”*

Esa misma tarde es trasladada al Servicio de Oncología para iniciar el tratamiento.

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

### **CONCLUSIÓN**

**ÚNICA**- Se dictamina favorablemente la propuesta de resolución desestimatoria, al no concurrir la relación de causalidad entre el funcionamiento del Servicio Murciano de Salud y el daño alegado por los reclamantes. Tampoco acreditan la legitimación pasiva del Servicio Murciano de Salud, respecto a las imputaciones que se formulan a un centro hospitalario que no depende de este último Servicio.

No obstante, V.E. resolverá.



**DICTAMEN 43/2010**

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

**Consultante** Consejera de Sanidad y Consumo

**Fecha** 01/03/2010

**Extracto de Doctrina**

Nota: igual doctrina que la expresada en el Dictamen 2/2010.



**DICTAMEN 44/2010**

**Asunto** Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.

**Consultante** Consejero de Educación, Formación y Empleo

**Fecha** 01/03/2010

**Extracto de Doctrina**

Nota: igual doctrina que la expresada en el Dictamen 29/2010.



**DICTAMEN 45/2010**

**Asunto** 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** 01/03/2010

**Extracto de Doctrina**

Siendo una de las peculiaridades de este contrato que el contratista pueda asumir la obligación de financiar la obra (ya por sí o por terceros ajenos a la Administración concedente), la obtención o no de la financiación necesaria constituye uno de los riesgos típicos que aquél asume al presentar su oferta, riesgo que no se elimina por el hecho de que la Administración tenga que evaluar la solvencia de los licitadores (que no puede identificarse con la solvencia de los terceros que puedan financiarles), ni porque en las ofertas aquéllos prevean vías externas de financiación.

**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.-** El 25 de julio de 2007 la Junta de Gobierno Local acordó acceder a la modificación del contrato instada por la contratista. En síntesis, la aprobación de tal modificación tuvo como objeto condicionar la ejecución de la segunda de las dos fases del aparcamiento al cumplimiento de un determinado nivel de ocupación de las plazas correspondientes a la primera fase, lo que implicaba modificar también algunos extremos del proyecto de las obras, que allí se indicaban.

**TERCERO.-** Previo informe del Servicio municipal competente, requerida la contratista el 13 de octubre de 2008 para la formalización del acta de comprobación del replanteo y el inicio de las obras, mediante escrito de 21 siguiente, ésta alega que no le es posible comenzar su ejecución,

por la imposibilidad que tiene de obtener financiación, por la negativa de las entidades financieras que suscribieron su compromiso en el momento de presentar la oferta, lo que es una circunstancia sobrevenida ajena a la empresa, por lo que solicita la suspensión temporal del contrato en tanto se solucione esta circunstancia.

**CUARTO.-** En informe de 23 de junio de 2009 el Ingeniero Jefe del Servicio de Tráfico, Transportes y Limpieza Viaria señala que no se advierten cambios en la situación del mercado financiero, ni motivos que justifiquen una prórroga -del plazo para comenzar la ejecución de las obras, se entiende-.

**QUINTO.-** En informe de 30 de junio de 2009, el Jefe del Servicio de Proyectos y Obras de Urbanización señala que la prevista ejecución del aparcamiento determinó en su día la suspensión de las obras de urbanización de una zona verde afectada, dando ello lugar a la correspondiente indemnización al contratista de dichas obras, por importe de 10.539,23 euros. Asimismo, señala que el tiempo transcurrido desde dicha suspensión ha motivado que las obras de urbanización ejecutadas se encuentren deterioradas, por lo que han de ejecutarse nuevamente, siendo su importe previsto superior al de la garantía prestada por la concesionaria del contrato que nos ocupa, por lo que estima que aquélla debe retenerse hasta la completa terminación de las obras.

**SEXTO.-** El 1 de julio de 2009 la Junta de Gobierno Local acuerda, entre otras determinaciones, iniciar procedimiento para declarar la resolución del contrato de referencia, con incautación de la garantía, por incumplimiento culpable del contratista, al no haber iniciado la ejecución de las obras en el plazo establecido.

**SÉPTIMO.-** Otorgado un trámite de audiencia a los interesados, 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.

**OCTAVO.-** 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.

**NOVENO.-** 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.

**DÉCIMO.-** En el Dictamen nº 181/2009, de 19 de octubre, este Consejo Jurídico concluyó que procedía declarar la caducidad del procedimiento de resolución contractual, sin perjuicio de la posibilidad de incoar uno nuevo con el mismo objeto.

**UNDÉCIMO.-** El 11 de noviembre de 2009 la Junta de Gobierno Local acuerda declarar la caducidad del procedimiento e incoar uno nuevo con el mismo objeto y pretensiones que el caducado.

**DUODÉCIMO.-** Otorgado a los interesados un trámite de audiencia, el 10 de diciembre de 2009 la contratista presenta escrito en el que se opone a la resolución del contrato.

En síntesis, alega que en el Plan económico-financiero incluido en la oferta aceptada, y que forma parte del contenido obligatorio del contrato, se especificaba que para acometer las obras tenía previsto obtener financiación externa por importe de 10.534.150 euros, no habiéndolo conseguido por la grave situación económica actual, siendo ello una circunstancia extraordinaria, sobrevenida e imprevisible ajena a la empresa; además, los estudios económicos de la concesión se realizaron partiendo de la demanda estimada en base al previsto desarrollo urbanístico de la zona (la denominada Ciudad de la Justicia, con Juzgados, oficinas, viviendas y centros de ocio), que sufre un notable retraso debido a dicha situación económica, lo que ya justificó una modificación de los plazos de ejecución, acordada el 25 de julio de 2007. Invoca la doctrina o principio del riesgo imprevisible para justificar el incumplimiento de su obligación de comenzar las obras, debiendo moderarse el principio del riesgo y ventura del contratista en la ejecución del contrato, que justifica el mantenimiento de su equilibrio económico-financiero, lo que, en el presente caso, debe instrumentarse mediante la suspensión temporal de aquél (al menos durante seis meses), debiendo modificarse en tal sentido el contrato, por razones de interés público. De lo contrario, estima que la Administración debería indemnizar al contratista por el desequilibrio financiero del contrato, al serle mucho más onerosa su ejecución por razones ajenas a la empresa. Por todo ello, insiste en que procede acordar la suspensión temporal del contrato en tanto se mantenga la situación económica actual.

Además, subsidiariamente a lo anterior, y para el caso de resolver el contrato, alega que en ningún caso procedería la incautación y pérdida de la garantía, pues el artículo 113.4 TRLCAP exige a tal efecto la culpa del contratista, citando jurisprudencia sobre dicho precepto, y

considerando que las circunstancias anteriormente expresadas demuestran que no ha tenido una actuación culpable en el incumplimiento del contrato.

**DECIMOTERCERO.-** El 17 y 23 de diciembre de 2009, los correspondientes Servicios municipales se ratifican en sus previos informes (vid. Antecedentes Tercero a Quinto).

**DECIMOCUARTO.-** El 30 de diciembre de 2009 la Junta de Gobierno Local acuerda dar traslado del expediente a este Consejo Jurídico para la emisión de su preceptivo Dictamen. Notificado ello a los interesados, indicándoles la posibilidad de interponer recurso de reposición contra dicho Acuerdo, el mismo día la entidad avalista presenta recurso de reposición, en el que alega la ausencia de culpabilidad de la contratista a los efectos de la posible pérdida de la garantía prestada, debido al cambio sufrido en el marco económico actual y la grave crisis del sector financiero, lo que constituyen circunstancias anormales, imprevisibles y extraordinarias sobrevenidas y ajenas a la voluntad del contratista, por lo que solicita que se deje sin efecto la incautación de la garantía.

**DECIMOQUINTO.-** El 20 de enero de 2010 la Junta de Gobierno Local acuerda dar traslado del expediente a este Consejo Jurídico y suspender el plazo máximo de resolución del procedimiento por el tiempo que medie entre la solicitud de Dictamen a dicho Órgano Consultivo y la recepción de éste.

**DECIMOSEXTO.-** El 25 de enero de 2010, la Jefe del Servicio de Contratación, Suministros y Responsabilidad Patrimonial formula propuesta de resolución, a elevar a la Junta de Gobierno Local, para declarar la resolución del contrato por demora del contratista en el cumplimiento de los plazos establecidos para el comienzo de la ejecución de las obras, con incautación de la garantía prestada (cuyo importe es de 436.000 euros), conforme todo ello con lo establecido en los artículos 111 a 113 TRLCAP.

**DECIMOSÉPTIMO.-** Mediante oficio registrado el 28 de enero de 2010, el Alcalde del Ayuntamiento de Murcia 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.**

En presencia de un procedimiento de resolución contractual a la 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 249.2 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), aplicable al contrato de referencia, por lo que el presente Dictamen se emite con carácter preceptivo.

**SEGUNDA.- Competencia y procedimiento.**

I. Compete a la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento, en cuanto órgano de contratación, resolver el presente procedimiento.

II. A la vista de las actuaciones practicadas, puede decirse que se ha seguido, en lo sustancial, lo establecido para esta clase de procedimientos, pudiendo entrarse en el fondo de las cuestiones objeto del mismo.

No obstante, debe señalarse que en la notificación del acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 30 de diciembre de 2009 (Antecedente Decimocuarto) resultó improcedente la indicación de la potestativa interposición de recurso de reposición, ya que el contenido de dicho acto (el mero traslado del expediente a este Consejo Jurídico) implica que el mismo no sea recurrible autónomamente, dado su carácter de mero trámite. Por ello, y dado, además, que tal acto no acuerda incautación alguna de garantía, carece de objeto el recurso interpuesto por la entidad avalista.

Suspendido el plazo máximo de tres meses para la resolución del presente procedimiento, a virtud de la fecha de salida del Ayuntamiento de su escrito de solicitud de Dictamen de este Consejo Jurídico (registrada el 28 de enero de 2010, vid. Dictámenes nº 51/2007 y 181/2009), una vez recibido el presente por el Ayuntamiento se reanudará dicho plazo máximo, lo que deberá ser tenido en cuenta a los efectos pertinentes.

**TERCERA.- La resolución del contrato por incumplimiento imputable al contratista y la incautación y pérdida de la garantía.**

I. Naturaleza jurídica del contrato: la singularidad del contrato de concesión de obra pública.

Conforme establece la Cláusula 2 del Pliego de condiciones técnicas, jurídicas y económico-administrativas (PCAP), *“el contrato derivado de la adjudicación objeto del presente Pliego se tipifica como un contrato de concesión de obras públicas cuyo régimen jurídico se contiene en el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas modificado por la Ley 13/2003, de 23 de mayo, que incorpora el Título V al Libro II de dicha Ley.”*

El preámbulo de dicha Ley 13/2003 expresa, entre otros extremos, 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.”* De ahí que en nuestro Dictamen 92/2009, de 18 de mayo, señaláramos que *“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.”*

No es extraño, pues, que algunos comentaristas de dicha ley señalen que las menciones específicas al principio de riesgo y ventura que contiene la misma para este tipo de contrato *“pueden calificarse de obsesivas”*. De ellas se destaca ahora la del artículo 220.2 TRLCAP, que establece que *“la construcción y la explotación de las obras públicas objeto de concesión se efectuarán a riesgo y ventura del concesionario, quien asumirá los riesgos económicos derivados de su ejecución y explotación, en los términos y con el alcance establecidos por esta Ley, lo que será en todo caso compatible con los distintos sistemas de financiación de las obras que en ella se regulan y con las aportaciones a que pudiera obligarse la Administración concedente.”* Y la del artículo 224.1, dedicado específicamente a la financiación de las obras, que establece que *“las obras públicas objeto de concesión serán financiadas, total o parcialmente, por el concesionario que, en todo caso, asumirá el riesgo en función de la inversión realizada”* (el subrayado es nuestro).

De esta forma, siendo una de las peculiaridades de este contrato que el contratista pueda asumir la obligación de financiar la obra (ya por sí o por terceros ajenos a la Administración concedente), la obtención o no de la financiación necesaria constituye uno de los riesgos típicos que aquél asume al presentar su oferta, riesgo que no se elimina por el hecho de que la Administración tenga que evaluar la solvencia de los licitadores (que no puede identificarse con la

solvencia de los terceros que puedan financiarles), ni porque en las ofertas aquéllos prevean vías externas de financiación. En este sentido, y por lo que atañe a los mecanismos de financiación bancaria, la Ley no establece otra cosa que el deber del contratista (lo que presupone ya un momento posterior a la licitación y la adjudicación) de comunicar al órgano concedente los contratos de préstamo o créditos suscritos con entidades de crédito a tal efecto, en el plazo de un mes desde su suscripción (art. 224.2).

Ello, sin duda, puede plantear dos tipos de riesgos, de muy distinto alcance: uno lo asume el contratista, al que se le puede imputar el incumplimiento del contrato si resultara no disponer en su momento de la financiación que preveía (siendo sus relaciones con los terceros ajenas a la Administración concedente), y otro lo asume la Administración, que podrá verse abocada a resolver el contrato por tal causa y adjudicarlo a otro licitador, con el consiguiente retraso que ello puede conllevar para la puesta en servicio y explotación de la obra.

Además, a partir del incumplimiento contractual de que en cada caso se trate, imputable al contratista, habilitada la resolución del contrato con base en el artículo 264, j) TRLCAP, su artículo 266.4 determinaría, en principio, la incautación y pérdida de la garantía prestada y, además, la obligación de indemnizar a la Administración por los daños y perjuicios causados en lo que excediesen del importe de dicha garantía. Debe repararse que este último precepto legal, aplicable específicamente a esta clase de contratos, prevé dicha incautación en el caso de resolución contractual por causa "*imputable*" al contratista, y no necesariamente por incumplimiento "*culpable*" del mismo, como sin embargo establece el artículo 113.4 TRLCAP, aplicable sólo en defecto de precepto específico para una determinada clase de contratos administrativos. El diferente régimen jurídico en este punto (que pudiera explicarse por la apuntada especial relevancia del principio de riesgo y ventura presente en estos contratos) persiste, si acaso con mayor intensidad, en la posterior Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (no aplicable al contrato en cuestión, ex Disposición transitoria primera), si se confrontan el precepto de general aplicación (su artículo 208.4) y el específicamente establecido para el contrato de concesión de obra pública, su artículo 247.4: este último reproduce literalmente el comentado 266.4 TRLCAP, frente a la persistencia en la exigencia de culpabilidad del contratista que contiene el 208.4 de la nueva ley.

## II. Alegaciones del contratista.

Las alegaciones del contratista, en oposición a la pretensión municipal de resolución del contrato e incautación de la garantía, tienen un doble sentido:

A) En primer lugar, se dirigen a sostener que el principio de riesgo y ventura debe modularse cuando sobrevienen determinadas circunstancias, extraordinarias e imprevisibles al momento de presentar la oferta, como resulta ser la grave situación económica actual, que ha motivado que las entidades que se comprometieron a financiar las obras se nieguen ahora a ello, lo que impide que pueda cumplir actualmente con su obligación de financiarlas y, por ende, que pueda comenzar a ejecutarlas; además, alega que dicha situación económica ha motivado la paralización de otras obras (las relativas a la denominada Ciudad de la Justicia) que justificaban la del aparcamiento, lo que motivó que se modificara el contrato mediante acuerdo de 25 de julio de 2007. Todo ello, a su juicio, justifica que no deba resolverse el contrato, sino suspenderlo, estableciendo una demora en su ejecución por el tiempo en que se mantenga la imposibilidad financiera de que se trata, plazo que no debería ser inferior a seis meses. Aduce en apoyo de tal pretensión la denominada doctrina del riesgo imprevisible, que determinaría el reequilibrio económico del contrato, y que tal medida suspensiva estaría basada en el interés público, invocando a tal efecto los artículos 101 y 102 TRLCAP y diversa jurisprudencia.

B) Subsidiariamente, se alega que las antedichas circunstancias impiden que el hipotético incumplimiento contractual pudiera ser calificado como culpable, por lo que en todo caso (se entiende, de proceder la resolución contractual) no procedería la incautación y pérdida de la garantía, con invocación de jurisprudencia sobre el artículo 113.4 TRLCAP. Dichas alegaciones se analizan por separado.

III. La pretendida suspensión del contrato: improcedencia. La resolución del contrato por incumplimiento imputable al contratista.

Por lo que se refiere a las alegaciones dirigidas a suspender el contrato por un plazo no inferior a seis meses, debe decirse que la contratista carece de derecho alguno para imponer a la Administración tal suspensión. Y ello porque, fuera de los casos en que la ejecución del contrato no es transitoriamente posible (física o jurídicamente), o en que se hubieran producido determinadas demoras en los pagos al contratista (en el supuesto del artículo 99 TRLCAP), supuestos ambos que en el caso no concurren, la suspensión del contrato es una potestad discrecional de la Administración, que ejercerá cuando estime que ello es lo más conveniente para el interés público, sin perjuicio en tal caso de la correspondiente indemnización al contratista (artículo 102.2 TRLCAP). Es claro que la apreciación del interés público corresponde a la Administración y no a aquél, siendo plenamente lícito que el Ayuntamiento decida aplicar una causa de potestativa resolución del contrato, por el incumplimiento de la contratista de su obligación de ejecutar las obras, en vez de demorar su ejecución hasta que resuelva sus problemas financieros. Parece obvio

recordar que la Administración tiene el derecho a exigir el cumplimiento del contrato en los términos pactados y que la contratista no puede obtener su suspensión o modificación a partir de su particular apreciación de lo que considere más procedente para el interés público. La Administración persigue lícitamente que el contrato se ejecute en el plazo establecido, y lo que el contratista considera de interés público (la demora en el comienzo de su ejecución) no responde sino a su interés particular, ante sus dificultades en cumplir con lo pactado. Todo lo anterior se entiende, claro está, sin perjuicio de los casos, tasados en la ley, en que el contratista tiene derecho a resolver el contrato, lo que no es el caso, o en los supuestos en que procede el reequilibrio económico del mismo, que tampoco concurren, siendo claro, en todo caso, que tal reequilibrio, como derecho exigible por el contratista, no puede consistir en la adopción de medidas discrecionales para la Administración como serían la indicada suspensión del contrato (salvo en los casos antes apuntados), o su modificación para sustituir la financiación privada por la pública, por poner otro ejemplo.

Por todo ello, el que el Ayuntamiento hubiera aprobado ya una modificación del contrato de referencia, para diferir la ejecución de una parte de las obras contratadas (las correspondientes a la 2ª fase del aparcamiento) a un momento posterior al inicialmente previsto, en nada obsta a su derecho a resolver el contrato por incumplimiento imputable a la contratista. Antes al contrario, precisamente el hecho de que tal modificación contractual, que fue instada por la propia contratista, se fundara en la demora en la ejecución de las obras de la Ciudad de la Justicia, revela que la Administración ya dio respuesta a tal circunstancia sobrevenida al contrato (fuera o no de carácter extraordinario), considerando que lo procedente era variar la programación temporal de las obras, en el sentido de que la 2ª fase del aparcamiento sólo se ejecutaría cuando se alcanzara un determinado nivel de ocupación en las plazas de la 1ª fase, sin que tampoco con tal modificación el contratista comenzara la ejecución de las obras.

Así, el Acuerdo de 25 de julio de 2007 expresó lo siguiente:

*“Esta modificación se justifica por la demora en la construcción de las edificaciones del entorno, fundamentalmente la Ciudad de la Justicia, por lo que la 2ª fase se realizará una vez se mantengan unos índices de ocupación de al menos 50.000 horas al mes, durante tres meses consecutivos. (...) Según el informe del Director Económico Presupuestario, del nuevo Estudio de Viabilidad Económico-Financiero presentado se desprende la viabilidad de la modificación, sin perjudicar los intereses municipales dado que no se modifica el canon a percibir. (...) El plazo de ejecución de la 1ª fase no será superior al previsto en la propuesta original (13,5 meses)”.*

Tras dicho Acuerdo y la tramitación correspondiente, el 23 de abril de 2008 la Junta de Gobierno Local dictó otro, de aprobación definitiva del proyecto de las obras. No consta que dichos Acuerdos fuesen recurridos por la contratista.

A partir de tal modificación, instada, como se dice, por la propia contratista, y requerida ésta para proceder a la comprobación del replanteo de las obras, manifestó no poder ejecutarlas por carecer de financiación. Ello supone, más que una simple demora de su obligación de comenzar a ejecutarlas en un determinado plazo (30 días a partir de la comprobación del replanteo, punto 5.1 PCAP), un incumplimiento de su esencial obligación de proceder a la ejecución de la obra contratada, concurriendo la causa de resolución de la concesión de obra pública prevista en el artículo 264, j) TRLCAP, específicamente aplicable a estos contratos (en lugar del artículo 111 de dicho texto legal, lo que deberá corregirse en la propuesta de resolución que se dictamina).

IV. El incumplimiento contractual imputable a la contratista a los efectos de la incautación y pérdida de la garantía prestada.

Partiendo, pues, de la procedencia de la resolución del presente contrato, por causa imputable a la contratista, debe analizarse seguidamente si las alegaciones relativas a la concurrencia de circunstancias extraordinarias e imprevisibles, atinentes a la situación económica en general y al sector crediticio en particular, justifican la exclusión de la incautación y pérdida de la garantía prestada, considerando lo establecido en el artículo 266.4 TRLCAP comentado en el epígrafe I anterior (y no el 113.4 de dicha ley, invocado por la propuesta de resolución, que en este punto también deberá corregirse).

A tal efecto debe destacarse, en primer lugar, que en el ámbito de la contratación administrativa, y a partir de lo establecido en el artículo 127.2.2º, b) del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales de 17 de junio de 1955 y la jurisprudencia recaída sobre esta cuestión, la denominada doctrina del riesgo imprevisible tiene como principal función la de justificar un especial reequilibrio económico de las prestaciones del contrato, por hacerse más onerosa la prestación debida por el contratista (reequilibrio que, como se dijo anteriormente, tiene siempre como límite el núcleo de decisión discrecional del órgano de contratación), pero no justificar un incumplimiento contractual a fin de determinar si procede o no la pérdida de la garantía prestada. No obstante, la jurisprudencia no descarta que pueda realizarse una ponderada apreciación de las circunstancias concurrentes en el caso concreto y moderar en casos justificados el importe de la garantía a incautar, si bien aquélla se refiere al artículo 113.4 TRLCAP o sus precedentes (así, las sentencias citadas por la contratista), siendo éste un precepto que, como se dijo en su momento,



no coincide con lo establecido en el 266.4 de dicho texto legal, de específica aplicación al presente caso. Aun así, conviene realizar las siguientes observaciones.

A este respecto, debe partirse de las consideraciones expresadas en el anterior epígrafe I sobre la especial intensidad del principio de riesgo y ventura presente en esta clase de contratos, circunstancia que, en lo que ahora nos interesa, implica tanto una especial y reforzada exigencia en la obligación de acreditar la existencia de las circunstancias extraordinarias que se alegan (y su efectiva relación de causalidad con el incumplimiento contractual de que se trate), como un mayor rigor en la misma apreciación del carácter extraordinario e imprevisible de aquéllas, especialmente en lo que se refiere a su posible incidencia en el cumplimiento de las obligaciones de la contratista. Y debe advertirse que, en el caso que nos ocupa, las alegaciones formuladas sobre las antedichas circunstancias extraordinarias e imprevisibles y su influencia en la imposibilidad de que aquélla consiga financiación para las obras no dejan de ser meras afirmaciones sobre el particular, lo que impide que puedan justificar, sin más, su pretensión de que no se decrete la pérdida de la garantía. En este sentido, el que el Ayuntamiento hubiera aceptado la oferta de la empresa, que incluía un determinado plan financiero del contrato, no minora en este aspecto el riesgo y ventura del adjudicatario, ni convierte en extraordinarias e imprevisibles las circunstancias no recogidas en dicho plan.

Así, para descartar que la doctrina del riesgo imprevisible pueda justificar un incumplimiento concesional e impedir la incautación y pérdida de la garantía prestada, el Dictamen nº 143/2003, de 27 de marzo, del Consejo de Estado, es suficientemente expresivo:

*“La interesada aduce, en primer lugar, que la suspensión de las emisiones se ha producido por un “agotamiento total de la concesión” debido a una situación de riesgo imprevisible que tuvo por efecto la ruptura del equilibrio financiero. Agrega, en el mismo sentido, que ha cumplido el plan financiero y de negocio que sometió en su día a la consideración de la Administración, y entiende que ésta, al aceptar tales documentos, hizo suyo el proyecto del servicio, quedando así definidos los márgenes dentro de los cuales el servicio se prestaba a riesgo y ventura del concesionario. Por ello, agrega, una vez cumplidas las exigencias establecidas en los referidos planes, debe reputarse que la inviabilidad económica de la empresa resulta de un riesgo imprevisible.*

*A juicio del Consejo de Estado, tal argumentación no resulta de recibo. A este respecto, debe tenerse en cuenta, en primer lugar, que la doctrina del riesgo imprevisible no resulta de aplicación para justificar un incumplimiento, pues, sean cuales sean los riesgos que sobrevengan, la concesionaria se encuentra obligada a continuar con la gestión del servicio; lo que legitima la*

*conurrencia de dichas circunstancias excepcionales, en las que el riesgo imprevisible se plasma, es a solicitar de la Administración la coparticipación en tales riesgos de acuerdo con los propios mecanismos establecidos en el ordenamiento jurídico.*

*Pero sucede, además, que la empresa no ha justificado en modo alguno la concurrencia de tales circunstancias imprevisibles y extraordinarias que justificarían la aplicación de la doctrina aducida. El hecho de que en el procedimiento de concurso dirigido al otorgamiento de la concesión se deban presentar los planes financieros y de negocio no implica que la Administración haga suyos tales planes, ni menos que tengan por efecto, como se pretende, deslindar las contingencias que quedan al riesgo y ventura de la concesionaria -las previstas en tales planes- de aquellas otras que resultan imprevisibles.”*

Por otra parte, conviene recordar también lo expresado en nuestro Dictamen nº 186/2009, de 26 de octubre, en el sentido de que *“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 sociopolítica se sitúan en el ámbito del alea empresarial como riesgos que le son imputables con carácter general”.*

Sin perjuicio de lo anterior, conviene añadir, en todo caso, y a partir de lo expuesto en el epígrafe I anterior, que la obtención de financiación por parte del contratista es un riesgo típico y consustancial de esta específica clase de contratos, cuando en los mismos no se prevé financiación a cargo del órgano de contratación, como es el caso que nos ocupa. En tales supuestos, parece claro que la diligencia exigible a los licitadores en este punto debe ser notablemente mayor que en los casos en que la obra se financia con cargo a la Administración y el contratista instrumenta la financiación por la vía de la cesión o endoso de las correspondientes certificaciones. Si los licitadores presentan una oferta que no viene acompañada por un compromiso de financiación dotado de las necesarias garantías de cumplimiento, el que resulte adjudicatario corre el riesgo de verse abocado a incumplir sus obligaciones contractuales frente al órgano de contratación y, en consecuencia, a indemnizarle por los daños y perjuicios causados; daños que, en principio, consistirán, al menos, en el importe de la garantía prestada, conforme con lo establecido en el citado artículo 266.4 TRLCAP. Para protegerse de este riesgo, que sin duda le es exigible conocer y prevenir a una entidad que opera en el tráfico mercantil, el licitador puede adoptar las oportunas medidas de aseguramiento, entre ellas, la de procurar que el compromiso inicialmente suscrito con sus financiadores sea de tales características que, en el supuesto de incumplimiento de éstos, le sea viable repetir en todo caso contra los mismos por los daños que

hubiera experimentado a virtud de su consiguiente incumplimiento con la Administración contratante; en concreto, y al menos, por el importe de la garantía que se le incautase y del que, en su caso, tuviera que hacerse cargo en última instancia frente a su avalista. Cuestión ésta que, como se dijo en su momento, es ajena al órgano de contratación, por lo que aquí no se prejuzga.

Además de lo anterior, en la valoración de la conducta de la contratista en el específico caso que nos ocupa, debe tenerse en cuenta que el incumplimiento de su obligación de ejecutar las obras se produce no sólo en relación con los términos iniciales del contrato, sino también con los resultantes de la modificación instada por ella. Si, como alega, la situación económica fue determinante en la paralización de las obras del entorno del aparcamiento y por ello solicitó, y obtuvo, una modificación tan importante en la programación temporal de las obras como para que se condicionase la ejecución de una parte de ellas (las de la 2ª fase) a que las primeramente a construir tuvieran un determinado nivel de ocupación (es decir, una determinada rentabilidad), minorándose con ello el riesgo y ventura en su amortización y explotación, no parece dudoso que la modificación aprobada implicaba también una mayor diligencia en el cumplimiento de sus obligaciones de financiación, pues es de suponer que aquella tenía entre sus objetivos el de facilitarle la obtención de dicha financiación (que así podía limitarla, al menos en principio, a sólo una parte de las obras), compromiso que tampoco puede cumplir, lo que hace presumir que para dicha parte de obras, y en el momento de instar la antedicha modificación, tampoco se había asegurado tener la financiación necesaria. Ello ha dado lugar a un mayor retraso en el comienzo de las obras, por todo el tiempo de tramitación y aprobación de la referida modificación, con el consiguiente mayor perjuicio para los intereses públicos inherentes a la construcción y puesta en servicio de la infraestructura de que se trata.

#### V. Recapitulación.

De todo lo expuesto se concluye la procedencia de resolver el contrato de referencia, por causa imputable a la contratista, consistente en el incumplimiento de su esencial obligación de ejecutar las obras contratadas, con incautación y pérdida de la garantía prestada, en aplicación de los artículos 264, j) y 266.4 TRLCAP, lo que así deberá expresar la propuesta de resolución objeto de Dictamen.

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

### **CONCLUSIONES**

**PRIMERA**.- Procede resolver el contrato de referencia, con incautación y pérdida de la garantía prestada, por causa del incumplimiento imputable a la contratista de su obligación esencial de ejecutar las obras contratadas, por las razones expresadas en la Consideración Tercera del presente Dictamen.

**SEGUNDA**.- En consecuencia, la propuesta objeto de Dictamen se informa favorablemente, si bien deberá adaptarse en sus fundamentos jurídicos a lo expresado en la reseñada Consideración.

No obstante, V.E. resolverá.



**DICTAMEN 46/2010**

**Asunto** 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** 08/03/2010

**Extracto de Doctrina**

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 o de aseguramiento de todo riesgo, 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 19 de junio de 2008, x. presentó escrito de 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 junteadas. Añade que el día 13 anterior, otra usuaria, 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 xl – compañía aseguradora 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.

**OCTAVO.-** Remitido el expediente a este Consejo Jurídico, el 9 de julio de 2009 emitió Dictamen nº 128/2009, en el que, entre otras consideraciones, señaló 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 retrotracción 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.”*

**NOVENO.-** El 17 de septiembre de 2009 la Directora Gerente del IMAS acuerda la retroacción del procedimiento para solicitar al Director del centro en el que ocurrieron los hechos una ampliación de su informe en el extremo reseñado en el citado Dictamen.

**DÉCIMO.-** El 7 de octubre de 2009 el citado Director emite el informe interesado, relativo a la caída sufrida en el centro el 13 de febrero de 2007 por x., del que se destaca lo siguiente:

*“PRIMERO: La caída se produjo en la fecha indicada a las 11,30 horas, mientras realizaba la actividad de gerontogimnasia. La caída le ocasionó un aparatoso golpe en la cara y en la frente.*

*SEGUNDO: Tras incorporarse, x. manifiesta que se ha debido marear (y es la causa que se indica al 112 tras darles aviso de lo acontecido, tal y como marca el protocolo del centro). (...)*

*TERCERO: Los compañeros de actividad de x. manifiestan que o bien se ha mareado o que la caída se pudo producir al coincidir la puntera de su calzado con el reborde de una junta de dilatación existente en la sala. (...)*

*SÉPTIMO: La caída no se produjo en el mismo lugar que la que sufrió x. el día 20 del mismo mes (aunque sí en la prolongación de la misma junta de dilatación)”.*

**UNDÉCIMO.-** Otorgado nuevo trámite de audiencia a los interesados, el 17 de noviembre de 2009 la reclamante presentó alegaciones en las que se ratifica en lo expresado en sus escritos anteriores, incidiendo, además, en que el accidente de la señora x. se produjo a causa de la misma junta de dilatación que causó su propia caída, aportando declaración jurada de dicha señora de fecha 12 de noviembre de 2009, en la que expresa, como motivo de su caída, que *“tropecé con el pie en el reborde de una loseta del suelo, que sobresalía al existir un desnivel importante entre las dos filas de losetas, prolongándose el mismo desnivel entre las mismas a lo ancho”.*

**DUODÉCIMO.-** El 24 de noviembre de 2009 se formula nueva propuesta de resolución, desestimatoria de la reclamación; en síntesis, por entender, a la vista de los informes técnicos emitidos, que no puede considerarse que el pequeño desnivel existente en el centro, causante del accidente, 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 un hecho fortuito y ajeno al actuar de la Administración y, en

consecuencia, no existe relación entre el resultado lesivo y el funcionamiento normal o anormal del servicio público, según jurisprudencia que cita.

Dicha propuesta de resolución fue remitida a este Consejo Jurídico junto con el 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, 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.

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

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 o de aseguramiento de todo riesgo, 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. En el caso que nos ocupa, y por lo que se refiere a las características del desnivel existente en el pavimento del centro en la fecha del accidente (desnivel que poco después fue eliminado mediante obra), debe aceptarse lo informado por los servicios técnicos del IMAS en el sentido de que su altura era inferior a un milímetro; las simples fotografías aportadas por la reclamante (no autenticadas respecto de la fecha y lugar de su obtención) no pueden desvirtuar lo informado por tales servicios sobre la altura del desnivel, y siendo de tan escasísima entidad, al menos permite dudar fundadamente de que fuera la causa del accidente. En cualquier caso, no resulta discutido que la normativa técnica de edificación permite un desnivel de hasta seis milímetros, magnitud ésta muy superior a la que, por lo dicho, debe considerarse que existía en el lugar en cuestión, y ello independientemente de la causa técnica que explicaba su existencia (la junta de dilatación del pavimento).

Además, tampoco resulta acreditado con la necesaria certeza que la caída sufrida en una fecha anterior por otra usuaria del centro se debiera a un tropezón con el desnivel de referencia,

pues la declaración de esta otra usuaria, emitida con ocasión del último trámite de audiencia otorgado, para ser aportada en el procedimiento de la aquí reclamante (Antecedente Undécimo), se contradice con lo informado por el director del centro, que se refiere a un mareo como causa de aquella primera caída, según manifestó entonces la accidentada (Antecedente Décimo).

Por todo lo expuesto, no se ha acreditado un anormal funcionamiento de los servicios públicos de mantenimiento y conservación del inmueble en cuestión, por lo que, faltando la necesaria y adecuada relación de causalidad entre su funcionamiento y los daños por los que se reclama, de acuerdo con lo anteriormente expresado, no concurren los requisitos legales necesarios para declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración.

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

### **CONCLUSIONES**

**PRIMERA.-** No se ha acreditado la existencia de la necesaria y adecuada relación de causalidad entre el funcionamiento de los servicios públicos regionales y los daños por los que se reclama indemnización, por las razones expresadas en la Consideración Tercera del presente Dictamen.

**SEGUNDA.-** En consecuencia, la propuesta de resolución, desestimatoria de la reclamación, se informa favorablemente.

No obstante, V.E. resolverá.



**DICTAMEN 47/2010**

**Asunto** Responsabilidad patrimonial instada por x y otro, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.

**Consultante** Consejero de Obras Públicas y Ordenación del Territorio

**Fecha** 08/03/2010

**Extracto de Doctrina**

Nota: igual doctrina que la expresada en el Dictamen 38/2010.



**DICTAMEN 48/2010**

**Asunto** Responsabilidad patrimonial instada por x y otros, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.

**Consultante** Consejero de Educación, Formación y Empleo

**Fecha** 08/03/2010

**Extracto de Doctrina**

La relación especial de sujeción que une al funcionario reclamante puede influir, en ocasiones, en la apreciación de la concurrencia de los requisitos generales configuradores de dicha institución necesarios para admitir el resarcimiento por este concreto título jurídico o causa de pedir, y ello tanto en lo que atañe a la adecuada relación de causalidad entre el daño y el funcionamiento del servicio público como, especialmente, al requisito relativo al deber jurídico de soportar dicho daño.

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** En diferentes escritos presentados en julio de 2007, x, y, z..., solicitaron de la Consejería de Educación y Cultura que les indemnizase por los daños sufridos en el vehículo que cada uno de ellos conducía al entrar o salir (según el caso) del recinto del Instituto de Educación Secundaria (IES) “*El Carmen*”, de Murcia, en diversos días del mes de junio de 2007 (entre el 4 y el 30, según el respectivo reclamante), con el objeto de asistir a Tribunales de oposición, en su condición de profesores. Alegan que al pasar con su vehículo a través de la puerta automática de acceso al recinto, ésta se cerró rápidamente, produciéndoles en los vehículos una serie de daños (rozaduras, abolladuras y análogos), reflejados en los correspondientes presupuestos o facturas que aportan, según el caso, solicitando la correspondiente indemnización.

Los reclamantes adjuntan una respectiva certificación del Director del Instituto, expedida en diferentes días de junio y julio de 2007, según el caso, en la que viene a ratificar lo alegado, especificando en todos ellos que el correspondiente interesado, en un determinado día de junio de 2007, “*tuvo un percance con la puerta de acceso de vehículos, al pasar despacio, con su coche, se cerró la puerta en breve intervalo de tiempo*”, añadiendo una sucinta referencia al daño sufrido en cada caso.

También aportan un informe de dicho Director, de fecha de 20 de julio de 2007, dirigido al Servicio de Prevención de Riesgos Laborales de la citada Consejería, en el que expresa lo siguiente:

*“Los accidentes que han sufrido algunos miembros de tribunales de las pruebas de selección de maestros, celebradas en el mes de junio y julio de este año, y de las que este centro ha sido sede, con la puerta de acceso de vehículos del centro, se dieron por las siguientes circunstancias:*

*- Unas recientes obras, por parte del Excmo. Ayuntamiento de Murcia, trasladaron la puerta de acceso de vehículos a su emplazamiento actual, situando la puerta a unos metros de un árbol que queda justamente enfrente de dicha puerta.*

*- El árbol dificulta mucho la entrada, obligando a pasar, bien junto a la lámina de la puerta, con riesgo de ser “pillado” entre el árbol y la puerta, bien por el otro lado, más abierto, pero que obliga a hacer maniobra.*

*- El personal que trabaja en el centro, después de un primer accidente acaecido a x., no ha tenido más accidentes. (...)*

*- La puerta es de apertura automática, como es normal, y con una célula fotoeléctrica que abre la puerta cuando se corta el rayo.*

*- El mecanismo de apertura automática está programado para unos veinte segundos de apertura, con objeto de evitar que los alumnos se escapen por esa puerta, que, de otra manera, sería una excelente salida.*

*- Estamos a la espera de que el Ayuntamiento de Murcia o la Consejería de Educación nos dé una solución al problema del árbol, o que vuelva a trasladar la puerta de acceso de vehículos al lugar en el que estaba, ya que es necesario el acceso de vehículos de emergencias, de transporte de mercancías, de mantenimiento...*

*Por parte del Centro se han hecho los correspondientes partes de accidente, a petición de los interesados.”*



Junto a dichas reclamaciones, obra en el expediente remitido un oficio de 24 de abril de 2007, dirigido por el Director del Instituto al Secretario General de la citada Consejería, en el que expresa que *“como resultado de la remodelación de la valla del IES El Carmen, existe un eucalipto que dificulta seriamente la entrada de vehículos al centro, como puede apreciarse en la foto que acompaño, por lo que el Consejo Escolar del instituto acordó ayer, día 23-4-07, en una reunión, autorizar la tala de este árbol”*, a cuyo efecto solicita a dicha Consejería que dé conformidad a la solicitud de tala del árbol.

**SEGUNDO.-** Aun cuando en el expediente remitido no obra acuerdo de incoación alguno, mediante oficio de 7 de febrero de 2008 la Asesora Jurídica de la Secretaría General de la citada Consejería reitera una petición de informe efectuada el 17 de octubre de 2007 al Director del Instituto en relación con *“los expedientes de responsabilidad patrimonial nº 49, 50, 51, 51 bis, 52 y 52 bis”*.

El 20 de febrero de 2008 el citado Director emitió informe sobre lo acaecido en el centro el 26 de junio de 2007 (fecha del accidente de una de las reclamantes, x), expresando lo siguiente:

*“1º.- El tiempo estimado de apertura y cierre de la puerta de acceso a vehículos es el normal para este tipo de mecanismos, en ese tiempo 20 segundos abierta, antes de comenzar a cerrarse.*

*2º.- El espacio reservado para aparcar vehículos, ese día se encontró especialmente saturado, dada la gran cantidad de profesores que acudieron a la composición de los tribunales de oposiciones al cuerpo de maestros. Sin embargo no hubo accidentes ocasionados por ello, ni chocaron unos con otros, al menos que yo sepa.*

*3º.- La decisión de trasladar la puerta de acceso de vehículos a otro lugar del que existía en el proyecto de construcción, es determinante en la dificultad de entrada y salida con vehículos, ya que hay un eucalipto justo en medio del acceso y que hay que sortear para entrar o salir, por lo que se debe rodear. Ninguno de los accidentados lo rodeó.*

*4º.- Hasta la fecha de hoy, no tenemos constancia escrita de otros accidentes similares, aunque hemos oído que alguien más se ha rozado esta pasada semana. Cada día utilizan este acceso más de 50 vehículos.”*

Mediante oficio de 14 de marzo de 2008, dicho Director remitió varias fotografías del lugar en cuestión.

**TERCERO.-** Con fecha 12 de marzo de 2008, la instructora solicitó a la Dirección General de Centros de la Consejería un plano de situación del acceso de vehículos al Instituto, así como información sobre la competencia o nivel de intervención del Ayuntamiento de Murcia y de la Consejería en la reubicación de la puerta y en el mantenimiento del árbol en cuestión.

El 4 de abril 2008, la Dirección Facultativa de las obras realizadas en el centro de referencia informó que, en el proyecto de las obras a realizar en el centro, la puerta se ubicó en el lateral del mismo, según plano que adjunta, si bien en la realidad se encuentra en la esquina superior de aquél, desconociendo las razones del cambio. En cuanto al árbol, señala que al centro o a la Consejería sólo compete su mantenimiento.

Obra en el expediente un escrito del Subdirector General de Centros de dicha Consejería, de 25 de abril de 2008, dirigido al Ayuntamiento de Murcia, en el que expresa que, en su día, y a petición de dicho Ayuntamiento, se modificó el proyecto de obras en cuestión para cambiar de ubicación la puerta de acceso de vehículos al recinto del Instituto, a fin de que se pudiera hacer un acceso a un parking cercano, situándose entonces dicha puerta frente a un árbol, comprometiéndose en aquel momento el Ayuntamiento a quitarlo, ya que de otro modo sería imposible el acceso de vehículos de emergencia. Solicita al Ayuntamiento que elimine dicho árbol.

**CUARTO.-** El 31 de junio de 2009 fue pedido informe al Parque Móvil Regional acerca de las valoraciones de los daños alegados respecto de los vehículos de los reclamantes, considerando lo expresado en las correspondientes certificaciones del Director del centro y en las facturas o presupuestos aportados.

El 8 de septiembre siguiente fue emitido informe por dicho organismo, en el sentido de que *“las cantidades reclamadas por los conceptos que se detallan en las facturas o presupuestos que se acompañan se ajustan aproximadamente a los precios reales de mercado por la reparación de dichos conceptos”* (cantidades que oscilan entre 298 y 1.090 euros, aproximadamente).

**QUINTO.-** Mediante oficios de 29 de julio de 2009 fue concedido trámite de audiencia a los interesados, no constando la formulación de alegaciones, salvo por parte de x., que el 5 de agosto de 2009 compareció y, entre otros extremos, declaró lo siguiente:

*“Era muy dificultoso maniobrar de entrada y de salida. La existencia del árbol en medio hacía que hubiera que entrar, como era mi caso, entre la puerta y el árbol por la parte más estrecha, pues por el otro lado aparentemente más ancho suponía mayor dificultad. La puerta, no el árbol, me dañó el vehículo por el lateral izquierdo de éste, porque yo entraba.*

*Yo era entonces profesor del Centro. Aquél día abrí la puerta con el mando, estando presentes el Director y el Secretario, que me observaban hacer la maniobra, pues sabían que la puerta no funcionaba bien. Había una tercera persona que no recuerdo bien quién era.*

*En cuanto a la causa directa de los daños, yo se los imputo a la puerta, que cerraba mucho antes de que diera tiempo a hacer la maniobra y entrar al recinto, por eso golpeaba los vehículos; claro, indirectamente el árbol no ayudaba, la maniobra de salida o entrada se hacía más lenta aún.*

*Ante la pregunta de si solamente ese día tuvo problemas con la puerta y únicamente al entrar, el compareciente manifiesta que no, pues dejó de llevar el coche en lo sucesivo, y aquel día no tuve dificultad para salir porque bloquearon la puerta o le hicieron algo al dispositivo automático.”*

**SEXTO.-** El 5 de octubre de 2009 se formula propuesta de resolución estimatoria de las reclamaciones, por considerar, en síntesis, que la inadecuada ubicación del acceso al recinto, por la presencia del árbol en cuestión, fue causa para que se ralentizara considerablemente la maniobra de acceso/salida al/del Centro, por lo que el tiempo calculado de apertura/cierre no era suficiente, y se incrementó la dificultad y el riesgo de roce por la proximidad de los coches a la puerta automática y a dicho árbol; así como que el centro no obró con diligencia suficiente para evitar los daños, pues se pudo programar de otra forma el mecanismo de apertura de la puerta y advertir de las circunstancias en que se encontraba el acceso, previamente conocidas, al profesorado que accedió en sus vehículos para acudir a las sesiones de órganos selectivos o, en su caso, contratar la realización de funciones de portería.

Dicha propuesta de resolución fue remitida a este Consejo Jurídico en unión del expediente y su extracto e índice reglamentarios, en solicitud de su preceptivo Dictamen, y es 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).

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

I. Por lo que se refiere a la legitimación de los reclamantes, debe señalarse que en el expediente remitido no consta el título justificativo del interés legítimo necesario para el reconocimiento de la indemnización solicitada por cada uno de aquéllos. Se advierte que en el procedimiento tramitado no se les requirió para que aportaran el permiso de circulación del vehículo a su nombre o, en su caso, un documento de su titular que justificase la legítima posesión del vehículo por parte del reclamante en el día y lugar en que ocurrieron los accidentes en cuestión (como, por ejemplo, una autorización de uso a favor del reclamante para el referido día). Ha de subsanarse tal deficiencia previamente al dictado de la resolución final, debiendo estarse a lo que resulte de lo actuado.

En cuanto a la legitimación pasiva, la ostenta la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, al tratarse de unos daños imputados al funcionamiento del servicio público regional de educación en el que se integra el centro donde ocurrieron los hechos.

II. 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. Vistas las fechas de los hechos en cuestión y de la presentación de los correspondientes escritos de reclamación, éstas deben considerarse formuladas dentro del plazo de un año establecido en el artículo 142.5 de la Ley 30/1992, de 26 noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC).

IV. En cuanto al procedimiento tramitado, debe reiterarse aquí lo expresado en el precedente epígrafe I en relación con la necesidad de requerir a los reclamantes para que justifiquen el necesario interés legítimo en su correspondiente pretensión resarcitoria.

Por otra parte, se advierte que se omitió el formal acuerdo de incoación de los correspondientes procedimientos y de la decisión de acumularlos, dada la estrecha conexión entre las reclamaciones (artículo 73 LPAC). No obstante, dicha acumulación se desprende implícitamente de las actuaciones realizadas, singularmente del hecho de formularse una propuesta de resolución conjunta para las seis reclamaciones de que se trata. Ahora bien, en la parte dispositiva de dicha propuesta deberán especificarse y diferenciarse los respectivos importes indemnizatorios, conforme con lo recogido en el informe del Parque Móvil, citado en el Antecedente Cuarto de este Dictamen.

**TERCERA.- Relación de causalidad entre el funcionamiento de los servicios públicos educativos y los daños por los que se reclama. Dualidad de títulos indemnizatorios.**

I. Conforme con lo establecido en los artículos 139 y siguientes LPAC, la Administración Pública es responsable de los daños efectivos e individualizados que, habiendo sido causados por el funcionamiento de sus servicios públicos, los particulares no tengan el deber jurídico de soportar.

En Dictámenes anteriores de este Consejo Jurídico (nº 75/1999 y 99/2006) se ha recogido la doctrina del Consejo de Estado y la jurisprudencia del Tribunal Supremo que sostienen que no es admisible excluir del concepto de “*particulares*”, a que se refiere el artículo 139 LPAC, a los funcionarios que reclamen indemnización a título de responsabilidad patrimonial de la Administración; derecho indemnizatorio proveniente, en primera instancia, del reconocimiento realizado en el artículo 106 de la Constitución acerca de la responsabilidad patrimonial de la Administración pública. Ello no obsta para señalar, asimismo, que la relación especial de sujeción que une al funcionario reclamante puede influir, en ocasiones, en la apreciación de la concurrencia de los requisitos generales configuradores de dicha institución necesarios para admitir el resarcimiento por este concreto título jurídico o causa de pedir, y ello tanto en lo que atañe a la adecuada relación de causalidad entre el daño y el funcionamiento del servicio público como, especialmente, al requisito relativo al deber jurídico de soportar dicho daño.

Por otra parte, dicho título jurídico de resarcimiento opera en un plano distinto al específico relativo a las indemnizaciones a funcionarios por razón del servicio, por tener un fundamento y un alcance potencialmente distinto, así como un régimen jurídico propio, derivado de la legislación

reguladora de los empleados públicos y, en general, del principio de indemnidad de los mismos respecto de daños sufridos en el correcto y adecuado ejercicio de su función pública (Dictamen 92/2007).

En el presente caso, los interesados aducen simplemente como fundamento para sus reclamaciones su condición de funcionarios y que los daños se produjeron con ocasión del desempeño de funciones públicas (si bien no, estrictamente, en el ejercicio de las mismas), habiendo sido calificadas por la Consejería consultante como de responsabilidad patrimonial. Como se verá, en el presente caso tal cuestión carece de trascendencia práctica, pues el resultado final ha de ser el reconocimiento de las indemnizaciones solicitadas, ya que, en los términos que seguidamente van a exponerse, se advierte un anormal funcionamiento de los servicios públicos regionales encargados de la gestión del centro, lo que determina el resarcimiento de los daños causados, acreditados a partir de lo indicado en las certificaciones expedidas por el Director del centro, y plasmados en los presupuestos o facturas aportados por los interesados, validadas a tal efecto por el Parque Móvil Regional.

II. Así, de los informes reseñados en los Antecedentes se desprende que la ubicación de la puerta de acceso de vehículos al recinto del Instituto, en el lugar finalmente decidido a instancia del Ayuntamiento, resultaba inadecuada en tanto se mantuviera el árbol existente en su entrada, pues éste impedía el paso de los vehículos de emergencias y dificultaba el de los restantes, lo que propiciaba que, en ocasiones, dicha puerta se cerrara antes de que terminase la correspondiente maniobra de paso. Y si se acepta que las instalaciones eran municipales (lo que se desprende de los informes emitidos), la competencia para decidir la ubicación de la puerta y la eventual eliminación del árbol era asimismo municipal.

Ahora bien, junto a ello no puede dejarse de señalar que, aun con la antedicha situación (que debía eliminarse por la imposibilidad de acceso de los vehículos de emergencias), la misma no implicaba necesariamente la producción de daños como los del caso. Estos daños eran evitables, en tanto el Ayuntamiento resolviera la situación, si el centro educativo responsable de la gestión y administración hubiera adoptado las oportunas medidas precautorias al efecto, lo que no hizo. Así, entre otras posibles soluciones, estaba la de prolongar el tiempo de apertura de la puerta (aunque tenía como inconveniente que entonces se facilitaba por allí la salida de los alumnos) o, sobre todo, la de señalizar como obligada ruta de entrada y salida -por dicha puerta- la que requería rodear el árbol (para no pasar así junto a aquélla), aun implicando ello una mayor maniobra de los vehículos, lo que podía resultar más incómodo, pero no imposible. Esta última posibilidad está reconocida en el informe del Director de 20 de julio de 2007, reseñado en el

Antecedente Primero, cuando expresa que *“el árbol dificulta mucho la entrada, obligando a pasar, bien junto a la lámina de la puerta, con riesgo de ser “pillado” entre el árbol y la puerta, bien por el otro lado, más abierto, pero que obliga a hacer maniobra.”* En el mismo sentido se pronuncia uno de los reclamantes en su comparecencia de 5 de agosto de 2009 (Antecedente Quinto), al afirmar que *“la existencia del árbol en medio hacía que hubiera que entrar, como era mi caso, entre la puerta y el árbol por la parte más estrecha, pues por el otro lado aparentemente más ancho suponía mayor dificultad.”* Y el hecho de que, como asimismo señala el Director en su informe de 20 de febrero de 2008 (Antecedente Segundo), ninguno de los accidentados hubiera rodeado el árbol (*“hay un eucalipto justo en medio del acceso y que hay que sortear para entrar o salir, por lo que se debe rodear. Ninguno de los accidentados lo rodeó”*), ocasionándose por ello los daños -al pasar dificultosamente entre la puerta y el árbol-, no desplaza la responsabilidad hacia los reclamantes, pues de las fotografías aportadas se desprende que, en principio, la dirección que se presentaba como más natural para la entrada al recinto con el vehículo era por la zona existente entre la puerta y el árbol (que es la vía más recta); por ello, resultaba exigible que el centro hubiese colocado la oportuna señalización a los conductores, indicando como vía de entrada -transitoria- la que, en principio, requería una más difícil maniobra (la que determinaba rodear el árbol), pero que era más segura para evitar daños como los acaecidos. Y todo ello porque la situación era conocida por el centro al menos desde el 24 de abril de 2007, en que requirió la tala del árbol en cuestión (Antecedente Primero).

Por todo ello, una vez los interesados acrediten su interés legítimo, conforme con lo indicado en el epígrafe I de la precedente Consideración Segunda, procede declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración regional, por concurrir los requisitos establecidos al efecto.

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 educativos regionales y los daños por los que se reclama indemnización, sin que los afectados tengan el deber jurídico de soportar tales daños, por las razones expresadas en la Consideración Tercera del presente Dictamen, por lo que, en este sentido, la propuesta de resolución se dictamina favorablemente.

**SEGUNDA.**- No obstante lo anterior, debe requerirse a los interesados para que acrediten su interés legítimo en el resarcimiento de los correspondientes daños, mediante la justificación de su título de disposición del correspondiente vehículo, en los términos expresados en el epígrafe I de la Consideración Segunda del presente Dictamen, debiéndose resolver posteriormente conforme resulte de lo actuado.

No obstante, V.E. resolverá.





**DICTAMEN49/2010**

**Asunto** Responsabilidad patrimonial instada por el Ayuntamiento de Bullas (Murcia), como consecuencia de los daños sufridos en la depuradora municipal de aguas, por las obras de la Autovía del Noroeste.

**Consultante** Consejero de Obras Públicas y Ordenación del Territorio

**Fecha** 08/03/2010

**Extracto de Doctrina**

1. La Administración debe responder directamente por los daños causados por un concesionario o un contratista de obra pública, sin perjuicio de la acción de regreso que pueda ejercitar contra aquéllos.

2. La relación causal entre el funcionamiento del servicio público y el daño alegado puede aparecer bajo formas concurrentes, que pueden dar lugar a una moderación de la responsabilidad patrimonial, pues entre las diversas concepciones con arreglo a las cuales la causalidad puede concebirse, se imponen en esta materia aquellas que explican el daño por la concurrencia objetiva de factores cuya inexistencia, en hipótesis, hubiera evitado aquél.

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** Con fecha de registro de entrada de 21 de noviembre de 2000, el Alcalde del Ayuntamiento de Bullas dirigió al Director General de Carreteras de la Consejería consultante un escrito por el que le remitía, *“para su conocimiento a los efectos oportunos”*, un denominado *“informe valoración de los daños causados por las lluvias del mes de octubre de 2000 en la depuradora municipal de Bullas, como consecuencia de la ejecución de las obras de la Autovía del Noroeste”*, emitido el 14 de noviembre anterior por el Ingeniero de Caminos, Canales y Puertos del citado Ayuntamiento.

Dicho informe expresaba lo siguiente:

*“Realizada visita de inspección junto a la estación de impulsión de aguas residuales de la depuradora municipal de la población de Bullas, ubicada junto a la carretera C-415, en el paraje denominado de Los Muletos, se ha podido comprobar lo siguiente:*

- 1) *La empresa constructora que está realizando las obras de construcción de la autovía, ha realizado un cruzamiento de la actual carretera C-415 (coincidente en este punto con el trazado de la autovía del noroeste) a base de una tubería de hormigón con el fin de ubicar en su interior una tubería de la red de riego de Bullas.*

*Dicha tubería de hormigón conecta ambos márgenes de la carretera, teniendo su salida junto a la actual estación de bombeo de aguas residuales.*

- 2) *Como consecuencia de las lluvias torrenciales sufridas en la Región de Murcia durante el mes de octubre del presente año, las aguas acumuladas en la margen izquierda de la autovía (en dirección a Caravaca) fueron conducidas a través de la tubería de hormigón hacia la estación de bombeo, provocando los daños que se indican en el punto siguiente.*

- 3) *Los daños han consistido en: la rotura de la lámina impermeabilizante de poliéster revestido de PVC que cubría la estación de bombeo (tal y como puede observarse en la fotografía adjunta); el llenado del pozo de bombas con materiales arrastrados por el agua; el aterramiento general de toda la zona donde se ubica la estación de bombeo; y la rotura por arrastre de un tramo de 30'00 m.l. de la tubería de saneamiento de llegada a la depuradora. En la actualidad y como consecuencia de la rotura de la tubería de llegada de agua a la depuradora, las aguas residuales no llegan a la estación de bombeo y son derivadas hacia el barranco de Los Muletos con el problema ambiental que esto supone.*

- 4) *La valoración de los daños es la siguiente:*

<i>255,68 m<sup>2</sup> de suministro y colocación de lámina de poliéster revestido de PVC a 3.150.- Ptas./m<sup>2</sup> .....</i>	<i>805.392,-</i>
<i>1 ud. de limpieza y acondicionamiento de la estación de bombeo.....</i>	<i>125.000,-</i>
<i>30, m.l. de tubería de hormigón de 80 cms. de diámetro, colocado, incluso parte proporcional de pozos de registro a 7.500,- Ptas./m.l. ....</i>	<i>225.000,-</i>
<i>SUMA.....</i>	<i>1.155.392,-</i>
<i>IVA 16%.....</i>	<i>184.863,-</i>

TOTAL ..... 1.340.255,-“

A tal informe se adjuntaban diversas fotografías de las instalaciones y la zona en cuestión, y un presupuesto de una empresa, relativo al concepto de sustitución de la lámina de poliéster a que se refería el informe.

**SEGUNDO.-** Mediante escrito de 15 de diciembre de 2000, en el que la instructora reconduce el escrito precitado como acción de responsabilidad patrimonial, se requiere al Ayuntamiento de Bullas para que presente copia compulsada de los documentos acreditativos de la evaluación económica de los daños y una declaración jurada de no haber percibido indemnización alguna como consecuencia de los hechos en cuestión.

**TERCERO.-** En la misma fecha, la instructora solicita el preceptivo informe a la Dirección General de Carreteras para que se pronuncie sobre los siguientes extremos:

*“1. Empresa adjudicataria de las obras.*

*2. Realidad y certeza de los hechos relatados por el Ingeniero de Caminos del Ilmo. Ayuntamiento de Bullas.*

*3. Descripción detallada, en su caso, de los daños producidos.*

*4. Descripción detallada de la valoración económica de los daños, en su caso.*

*5. Presunta relación de causalidad entre los daños y la ejecución de las obras de la Autovía del Noroeste.”*

Por haber considerado a dicho informe como determinante del contenido de la resolución final, la instructora había comunicado al Ayuntamiento que, con la petición del mismo, se suspendía el plazo máximo establecido legalmente para resolver y notificar, invocando a tal efecto el artículo 42.5 de la Ley 30/92, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC).

**CUARTO.-** En cumplimiento del requerimiento realizado al Ayuntamiento de Bullas (Antecedente Segundo), el Alcalde del municipio, mediante oficio registrado de entrada el 18 de enero de 2001, adjunta la declaración jurada solicitada (en la que se hace referencia a la reclamación de responsabilidad patrimonial presentada y a que no ha percibido indemnización por estos hechos), así como un informe de 8 de enero de 2001 del Arquitecto Técnico Municipal, en el que reitera la valoración de los daños efectuada en su día, si bien corrigiendo a la baja la partida relativa a la lamina de poliéster (de 805.392 a 800.000 ptas.), por ser esta última la cantidad que

figura en el presupuesto elaborado en su momento. Por ello, el Alcalde manifiesta que la cantidad reclamada asciende a 1.334.000 ptas. (8.017,50 euros).

**QUINTO.-** Mediante escritos de 2 de octubre de 2001, de 9 de enero de 2003 y de 29 de octubre de 2004, la instructora reitera la petición de informe a la Dirección General de Carreteras, advirtiendo en alguno de tales escritos la necesidad del informe y la responsabilidad prevista en el artículo 83.3 LPAC, respecto a los causantes de la demora en resolver y notificar la resolución de los procedimientos administrativos.

**SEXTO-** Mediante comunicación interior de 9 de febrero de 2005, el Director General de Carreteras remite a la instructora un informe del día 2 anterior emitido por la mercantil "--, S.A.", que expresa lo siguiente:

*“En contestación al escrito remitido a esta empresa concesionaria sobre el asunto de referencia, se emite el siguiente informe:*

*1.º La empresa adjudicataria de las obras fue "--, S.A.", si bien las obras fueron ejecutadas por la empresa x. constituida al 50% por las empresas x, y.*

*2.º Durante los días 21 al 26 de octubre de 2000, una borrasca en capas medias y altas de la atmósfera dio origen a un episodio de lluvias torrenciales y situaciones hidrológicas extremas en gran parte del litoral mediterráneo y regiones limítrofes, causando víctimas mortales y daños y pérdidas de diversa naturaleza. Concretamente en la zona donde se ubica la depuradora, se registraron durante el día 22 de octubre valores de precipitación de 137 l/m<sup>2</sup>, según se refleja en los informes oficiales del Instituto Nacional de Meteorología que se adjuntan.*

*En las mencionadas fechas, las obras de la autovía del Noroeste se encontraban en avanzado estado de ejecución. En la zona donde se ubica la depuradora municipal de Bullas, aproximadamente en el P.k. 44,9, se dispusieron tubos de hormigón cruzando el terraplén en ejecución de la autovía, dentro de los cuales se alojarían las tuberías de servicio de la citada depuradora, constituyendo la práctica habitual en la reposición de este tipo de servicios.*

*Las lluvias torrenciales que se produjeron ocasionaron caudales de escorrentía extraordinarios en varios puntos de la obra, incluida la zona origen de la reclamación, lo que produjo que la conducción, cuya misión era la de protección de las tuberías de la depuradora, actuase como desagüe de la margen izquierda del terraplén, ocasionando los daños reclamados.*

*No obstante, al encontrarse la depuradora en la margen de un cauce, esto es, en un punto bajo, es muy probable que recibiera caudales incontrolados procedentes de otros puntos más elevados, lo que habría ocasionado igualmente daños en la misma con independencia de la existencia o no del tubo en cuestión.*

*3.º En fechas posteriores, esta empresa Concesionaria inició un expediente de reclamación por daños catastróficos al Consorcio General de Seguros a través de la compañía aseguradora de la póliza contratada para este fin (x), en el cual se incluían, además de los sufridos en la propia construcción de la autovía, los que se derivaran de la misma a terceros según el criterio del perito de dicha compañía.*

*Hasta la remisión del expediente de referencia con fecha 19 de enero de 2005, esta Concesionaria no ha recibido notificación alguna sobre el asunto, tanto por parte del propio Ayuntamiento de Bullas como por la Dirección General de Carreteras. De haberse efectuado dicha comunicación en las fechas inmediatamente posteriores al siniestro, se hubiera posibilitado la inclusión de los daños reclamados en el citado expediente de reclamación.*

*4.º No debe atribuirse responsabilidad alguna en la producción de los daños que se reclaman al estado de ejecución de las obras de la autovía del Noroeste pues, como se ha explicado anteriormente, la circunstancia excepcional de una lluvia anormalmente intensa que provocó destrozos en una amplia zona geográfica, fue la causante de dichos daños independientemente del estado de las obras.”*

**SÉPTIMO.-** Mediante escrito de 10 de marzo de 2006 se otorgó el preceptivo trámite de audiencia al Ayuntamiento de Bullas, sin que conste su comparecencia ni la presentación de alegaciones.

**OCTAVO.-** El 7 de septiembre de 2006 se formula propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación; en síntesis, por entender, de acuerdo con el informe de la empresa concesionaria de la Autovía, que la causa exclusiva de los daños reclamados no fueron las obras de construcción de la Autovía del Noroeste, sino la lluvia anormalmente intensa que cayó en la zona en la fecha en cuestión, que provocó destrozos en una amplia zona geográfica, considerando que la misma habría ocasionado daños a la depuradora con independencia de la existencia del tubo de hormigón, indicando, que, según la jurisprudencia del Tribunal Supremo, para que exista responsabilidad patrimonial administrativa es necesario que los daños sean imputados en exclusiva a la actuación u omisión administrativa, lo que no es el caso.

**NOVENO.-** Recabado el Dictamen preceptivo del Consejo Jurídico, es evacuado el 29 de enero de 2007 (con el núm. 16/2007) en el siguiente sentido:

*“Procede retrotraer las actuaciones para que se solicite nuevamente y se emita el informe del servicio competente a que se refiere el artículo 10.1 RRP, tras lo cual deberá otorgarse un nuevo trámite de audiencia a los interesados (reclamante y empresa adjudicataria de las obras de referencia), previamente a la formulación de una nueva propuesta de resolución, que deberá ser remitida, junto con lo actuado, a este Consejo Jurídico, para la emisión de su preceptivo Dictamen sobre el fondo del asunto, por las razones expresadas en la Consideración Segunda de este Dictamen.”*

**DÉCIMO.-** Tras la recepción del citado Dictamen por la Consejería consultante, el órgano instructor emplaza como interesada a la empresa concesionaria de la Autovía del Noroeste, sin continuar con la restante instrucción complementaria indicada, tras lo cual se formula nueva propuesta de resolución de 26 de marzo de 2008, y se recaba seguidamente un nuevo Dictamen de este Órgano Consultivo el 3 de abril de 2008. Por Acuerdo núm. 11/2008 de este Órgano se devuelve nuevamente el expediente para que sea completado en el sentido indicado por el Dictamen 16/2007.

**UNDÉCIMO.-** Recabado el parecer de la Dirección General de Carreteras, es evacuado un primer informe por el Subdirector General del citado centro directivo el 4 de julio de 2008, que se transcribe seguidamente:

*“Visto el informe emitido con fecha 9 de febrero de 2005, por el Jefe de Explotación de la Concesionaria de las obras y con el conforme de El Jefe de Servicio de Explotación y Seguridad Vial (Director de Explotación de la Autovía), el ingeniero que suscribe como Director de Construcción de la misma que fui, manifiesta también su conformidad con lo expresado en dicho informe.”*

El segundo informe, solicitado por el órgano instructor para aclarar si el tubo de hormigón pudo agravar los daños ocasionados, al haber actuado como canalización y desagüe de las aguas provenientes de las intensas lluvias caídas en la fecha, así como sobre la idoneidad de la ubicación de la depuradora municipal, es evacuado por el mismo Subdirector General el 11 de julio de 2008 en el siguiente sentido:

*“1º) Los daños no pueden achacarse exclusivamente a la existencia del tubo de hormigón, pero éste sí puede haber contribuido a su agravamiento.*

*2º) Es evidente que la ubicación de la depuradora no es la idónea pues está situada en un sitio inundable.”*

**DUODÉCIMO.-** Mediante sendos escritos de 25 de julio de 2008, se otorga un trámite de audiencia al Ayuntamiento de Bullas y a la concesionaria de la Autovía del Noroeste, sin que conste que hayan formulado alegaciones.

**DECIMOTERCERO.-** Transcurrido más de un año, el 5 de octubre de 2009 se formula la tercera propuesta de resolución desestimatoria, al entender el órgano instructor que las obras no fueron la causa exclusiva del daño, de lo que deriva la inexistencia de nexo causal, proponiendo la desestimación de la reclamación de responsabilidad patrimonial.

**DECIMOCUARTO.-** Con fecha 15 de octubre 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 acción ha sido ejercitada por persona legitimada, al versar sobre daños ocasionados a una instalación depuradora de aguas, cuya titularidad municipal no se ha discutido en el expediente, como se indicó en nuestro Dictamen 16/2007.

La legitimación pasiva corresponde a la Administración regional, en su condición de titular de la carretera, a cuyas obras se imputa el daño. El hecho de que las obras de la Autovía del

Noroeste se realizaran por una contratista (--, S.A.) 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 debe ser la empresa adjudicataria de las obras, a la que se ha otorgado un trámite de audiencia en el presente procedimiento, sin que conste en el expediente que a fecha de hoy haya satisfecho la indemnización al Ayuntamiento de Bullas.

En efecto, este Consejo Jurídico ya ha tenido ocasión de manifestar en repetidas ocasiones (entre otros, Dictámenes números 21 del año 1999, 9 y 20 del año 2002) que, encontrándose la carretera en obras, es obligación de la contratista indemnizar todos los daños y perjuicios que se causen a terceros por las operaciones que requiera la ejecución del contrato, salvo que se deban a una orden inmediata y directa de la Administración o sean consecuencia de los vicios del proyecto elaborado por ella misma, que no concurren en el presente supuesto; no obstante, con una interpretación sistemática del artículo 97 del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, antes artículo 98 de la Ley 13/1995 (hoy 198 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público), este Órgano Consultivo ha señalado que, ante una reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración, ésta debe resolver la misma respondiendo directamente de los daños causados por el concesionario o contratista, sin perjuicio de la acción de regreso que debe ejercitar contra éstos si de los hechos se desprendiese su responsabilidad (por todos, Dictamen 33/09). Es decir, la Administración debe responder directamente por los daños causados por un concesionario o un contratista de obra pública, sin perjuicio de la acción de regreso que pueda ejercitar contra aquéllos.

2. 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 los daños se produjeron el mes de octubre de 2000 y la indicación expresa de su ejercicio por el Alcalde del Ayuntamiento de Bullas tuvo entrada en la Consejería consultante el 18 de enero de 2001 (Antecedente Cuarto), si bien con anterioridad se había remitido “a los efectos oportunos” un informe del Ingeniero municipal, sobre valoración de los daños ocasionados como consecuencia de la ejecución de la Autovía del Noroeste (Antecedente Primero).

3. El presente procedimiento se ha visto jalonado de incidentes procedimentales (omisión del trámite de audiencia a la concesionaria o del informe preceptivo de la Dirección General de



Carreteras), puestos de manifiesto por este Consejo Jurídico en su Dictamen 16/2007 y en el Acuerdo 11/2008, concluyendo ambos en la necesidad de que se completara la instrucción.

Además, ha de destacarse en el presente procedimiento un retraso más allá de lo razonable en la instrucción y culminación del mismo desde que el Ayuntamiento ejerció la acción de responsabilidad patrimonial en el año 2001, advirtiéndose sucesivas paralizaciones en los trámites que lo integran (se ha tardado más de un año en formular la propuesta de resolución de 5 de octubre de 2009, en sentido idéntico a las anteriores) imputable en parte al órgano instructor, al que le corresponde, según el artículo 78 LPAC, la realización de oficio de “los actos de instrucción necesarios para la determinación, conocimiento y comprobación de los datos en virtud de los cuales debe pronunciarse la resolución”. Sin perjuicio de lo anterior, también ha de reconocerse que pudo haber contribuido a ello los sucesivos cambios en el órgano instructor, labor que necesita *per se* de una cierta continuidad.

**TERCERA.- Concurrencia de los requisitos determinantes de la responsabilidad patrimonial. Examen particularizado de la relación de causalidad.**

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.

En su aplicación al presente caso, se ha de señalar, en primer lugar, que se ha acreditado por el Ayuntamiento de Bullas la realidad del daño, reconocido también por la concesionaria de la Autovía del Noroeste en el informe evacuado el 2 de febrero de 2005 (Antecedente Sexto, 2º, párrafos segundo y tercero).

Por tanto, reconocida la realidad del daño, 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 las obras que se realizaban en la Autovía del Noroeste y el resultado dañoso, y si el mismo tiene que ser soportado por el Ayuntamiento, de acuerdo con el artículo 141.1 LPAC.

El órgano instructor propone desestimar la reclamación de responsabilidad patrimonial basándose en una interpretación restrictiva de la doctrina del Tribunal Supremo sobre la relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y el daño alegado, sosteniendo, fundamentalmente, que tal relación de causalidad debe ser exclusiva, concluyendo en la inexistencia de la misma, porque las obras no fueron la causa exclusiva de los daños alegados.

Sin embargo, este Órgano Consultivo considera que el órgano instructor no ha interpretado correctamente la doctrina jurisprudencial, por cuanto la relación causal entre el funcionamiento del servicio público y el daño alegado puede aparecer bajo formas concurrentes, que pueden dar lugar a una moderación de la responsabilidad patrimonial, pues entre las diversas concepciones con arreglo a las cuales la causalidad puede concebirse, se imponen en esta materia aquellas que explican el daño por la concurrencia objetiva de factores cuya inexistencia, en hipótesis, hubiera evitado aquél.

Así lo expresa en la STS, Sala 3ª, de 28 de marzo de 2006:

*“la jurisprudencia ciertamente ha venido refiriéndose de modo general al carácter directo, inmediato y exclusivo para particularizar el nexo causal entre la actividad administrativa y el daño o lesión que debe de concurrir para que pueda apreciarse responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, mas no queda excluido que la expresada relación de causal – especialmente en los supuestos de responsabilidad por funcionamiento anormal de los servicios públicos, como hemos declarado en Sentencia de 18 de julio de 2002- pueda aparecer bajo formas mediatas, indirectas y concurrentes, circunstancias que pueden dar lugar o no a la moderación de la responsabilidad (Sentencias de 8 de enero de 1967, 27 de mayo de 1984, 11 de abril de 1986, 22 de julio de 1988, 25 de enero de 1997, entre otras (...))”*

Como pone de relieve la STS, Sala 3ª, de 25 de mayo de 2000, no cabe sostener de manera absoluta el principio de exclusividad, puesto que la interferencia de terceros no es bastante “*per se*” para eliminar en todo la influencia que en la producción del resultado final haya podido tener el actuar de la Administración; otra cosa es que tal interferencia pueda generar una serie de concausas con relevancia a la hora de fijar el *quantum* indemnizatorio.

También la STS, Sala 3ª, de 27 de enero de 2003, señala que la jurisprudencia ha venido refiriéndose al carácter directo, inmediato y exclusivo para caracterizar el nexo causal entre la actividad administrativa y el daño o lesión que debe concurrir para que pueda apreciarse responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, si bien, añade la sentencia, esta

doctrina exige importantes matizaciones como que la imprescindible relación de causalidad entre la actuación de la Administración y el resultado dañoso producido pueda aparecer bajo formas mediatas, indirectas y concurrentes, de forma que la nota de "exclusividad" debe ser entendida en sentido relativo y no absoluto.

De igual modo, con el reconocimiento de concausas en la producción del daño, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, Sala de lo Contencioso Administrativo, de 23 de marzo de 2009:

*“En función de lo expuesto en los fundamentos anteriores, se llega a la conclusión lógica de que en la causación del evento dañoso cooperaron varios elementos concausales; y en esta situación la jurisprudencia (STS. de 27 de enero de 2003, con cita de sentencias anteriores de 12 de mayo de 1998 y 22 de junio de 1988) ha destacado que la nota de exclusividad (referida al funcionamiento del servicio) debe ser entendida en sentido relativo y no absoluto, pues si esta nota puede exigirse con rigor en supuestos dañosos acaecidos por funcionamiento anormal, el hecho de la intervención de un tercero o una concurrencia de concausas imputables, unas a una Administración y otras a otra, imponen criterios de compensación.”*

Pues bien, a la vista de las circunstancias concretas que se advierten en el presente caso, puede afirmarse que se han producido una concurrencia de causas en la producción del daño por cuanto:

1. El informe del Subdirector General de Carreteras, de 11 de julio de 2008, reconoce la existencia de dos concausas: la falta de idoneidad de la ubicación de la depuradora y que la colocación de los tubos de hormigón pudo haber contribuido al agravamiento de los daños producidos.
2. De igual modo, el informe de la empresa adjudicataria de las obras, de 9 de febrero de 2005, señala que se colocaron en aquellas fechas tubos de hormigón cruzando el terraplén, que actuaron como desagüe de la margen izquierda, ocasionando los daños reclamados. A lo anterior añade que, al encontrarse la depuradora en la margen de un cauce, esto es, en un punto bajo, es muy probable que recibiera caudales incontrolados procedentes de otros puntos más elevados, lo que habría ocasionado igualmente daños en la misma, con independencia de la existencia o no del tubo en cuestión.

3. El informe del Ingeniero municipal, de 14 de noviembre de 2000, refiere que la tubería de hormigón que conectaba ambos márgenes de la carretera, tenía su salida junto a la estación de bombeo y que con motivo de las lluvias torrenciales sufridas en la Región durante el mes de octubre anterior, las aguas acumuladas en la margen izquierda de la Autovía fueron conducidas a través de la tubería de hormigón hasta la estación de bombeo, provocando los daños que se cuantifican.

De los informes técnicos precitados, así como de las fotografías aportadas, se desprende que la colocación de la tubería de hormigón con salida a la estación de bombeo produjo un agravamiento del daño (al desagüar en ella las aguas acumuladas en la margen izquierda de la Autovía), imputable, por tanto, a la ejecución de las obras; pero, al mismo tiempo, la ubicación de la depuradora en una zona inundable le hacía posible receptora de caudales procedentes de puntos más elevados, más aún por las intensas lluvias que se produjeron durante los días 21 a 26 de octubre de 2000, y estos posibles daños imputables a su emplazamiento sí competen a la Corporación Municipal.

Como causa de exoneración, la concesionaria alega que tales daños se hubieran igualmente producido por las intensas precipitaciones producidas en el mes de octubre de 2000 (137 l/m<sup>2</sup> en la zona donde se ubica la estación), dato, por cierto, no corroborado por la Administración; tal argumento valdría respecto a los daños ocasionados por la ubicación de la depuradora en una zona inundable, pero no respecto al agravamiento del daño, al recibir, a través del tubo de hormigón de las obras, las aguas acumuladas en la margen izquierda de la Autovía.

De otra parte, tampoco la propuesta de resolución alega la fuerza mayor como causa de ruptura del nexo causal, cuando esta circunstancia debe ser probada por la Administración, como reiteradamente ha señalado la jurisprudencia (Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3<sup>a</sup>, de 6 de febrero de 1996).

Por tanto, el Consejo Jurídico considera que en la producción del daño hubo una concurrencia de causas, una imputable a las obras que se realizaban por la concesionaria en la Autovía del Noroeste y otra que no lo es (la ubicación de la depuradora en una zona inundable), lo que no excluye la indispensable relación de causalidad, aunque sí obliga a moderar y distribuir equitativamente las consecuencias económicas dimanantes del hecho lesivo y, por ello, a reducir el importe del "*quantum* indemnizatorio", aspecto que será tratado en la siguiente Consideración (por todos, Dictamen 79/09 de este Consejo Jurídico)

**CUARTA.- Cuantía indemnizatoria.**

El Ayuntamiento de Bullas, a través de los dos informes técnicos aportados, ha acreditado la cuantía de los daños reclamados, sin que tal valoración haya sido cuestionada por la Administración Autonómica, ni tampoco por la concesionaria de la Autovía, teniendo en cuenta que el Ingeniero de Caminos del citado Ayuntamiento realizó una visita de inspección al lugar a los pocos días de ocurrir los hechos, con la toma de fotografías, advirtiendo los daños que describe en su informe de 14 de noviembre de 2000, por otra parte, muy ostensibles para la empresa que estaba ejecutando las obras en dicha zona; por ello, no se entiende que la concesionaria alegue que por parte de las Administraciones no se le transmitió tal información, sobre los daños producidos en la estación depuradora, para que se hubieran incluido en el expediente iniciado por la empresa por daños catastróficos ante el Consorcio General de Seguros, con cargo a la póliza contratada a tal fin, pues correspondía a la misma y a su aseguradora su tramitación, en el caso de que cubriera los daños a terceros (folio 110).

En congruencia con la concurrencia de causas apreciada en la producción del daño, procede moderar la cuantía indemnizatoria, considerándose que la cantidad a indemnizar al Ayuntamiento de Bullas es el 50% de la reclamada (4.008,75 euros), a falta de cualquier otro dato en el expediente que permita establecer otro criterio distinto. Dicha cantidad deberá actualizarse en los términos expresados por el artículo 141.3 LPAC.

En el caso de que la empresa concesionaria no haya satisfecho o satisfaga voluntaria y directamente el pago al Ayuntamiento de Bullas, aspecto que se desconoce en la actualidad, pues la declaración jurada de su Alcalde, negando haber recibido cualquier tipo de indemnización, data de 10 de enero de 2001 (folio 21), lo que indudablemente exigiría una actuación previa de comprobación por parte de la Consejería consultante, la Administración regional vendría obligada a satisfacer el importe de la indemnización, sin perjuicio de que después aquélla se dirigiera por la vía de repetición contra la empresa concesionaria en ejecución de su propia resolución.

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 apreciarse la relación de causalidad entre el daño

alegado y el funcionamiento del servicio público, si bien se advierte una concurrencia de causas en la producción de aquél (Consideración Tercera).

**SEGUNDA.**- Procede, en la misma resolución, declarar que corresponde a la concesionaria de la Autovía del Noroeste abonar la indemnización establecida.

**TERCERA.**- En caso de que la concesionaria no haya satisfecho o satisfaga voluntaria y directamente el pago al Ayuntamiento de Bullas, la Administración regional vendría obligada a abonar el importe de la indemnización y a dirigirse por la vía de repetición contra la empresa concesionaria, 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 es necesaria e imprescindible 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 50/2010**

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

**Consultante** Consejera de Sanidad y Consumo

**Fecha** 10/03/2010

**Extracto de Doctrina**

Nota: igual doctrina que la expresada en el Dictamen 2/2010.



**DICTAMEN 51/2010**

**Asunto** Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hijo, debida a accidente escolar.

**Consultante** Consejero de Educación, Formación y Empleo

**Fecha** 10/03/2010

**Extracto de Doctrina**

Nota: igual doctrina que la expresada en el Dictamen 14/2010.





**DICTAMEN 52/2010**

**Asunto** Resolución de discrepancias entre la Intervención General y la Consejería de Sanidad y Consumo en el expediente: "Proyecto modificado Nº 1 de las obras de construcción de un centro de salud en Cieza".

**Consultante** Consejera de Sanidad y Consumo

**Fecha** 15/03/2010

**Extracto de Doctrina**

Las causas nuevas o imprevistas no pueden confundirse con las imprevisiones del proyecto, y que el precepto legal sólo ampara aquellas causas que resultaban razonablemente imprevisibles para el proyecto inicial, sin que pueda acogerse una interpretación tan extensa que legitime modificar el contrato incluso en lo que razonablemente pudo contemplarse en dicho proyecto inicial y no se contempló. De otra forma podría darse lugar, de una parte, al quebranto de los principios rectores de la contratación administrativa (conurrencia y objetividad), y de otra, a convertir la potestad modificadora en discrecional, cuando, según el TS, "(...) el derecho de modificación con que cuenta la Administración, de conformidad con los arts. 16 a 18 y 74 de la LCE, no es una atribución legal indiscriminada de libre criterio, sino una facultad reglada cuyo ejercicio queda subordinado a la aparición de nuevas necesidades materiales que, no contempladas antes de la perfección del contrato, lo hagan indispensables para el mejor servicio del interés público, con la consiguiente compensación; pero ese "ius variandi", en todo caso requiere una singular motivación de hechos..., que en caso de no existir impide la alteración del contrato o de sus Pliegos regidos por el principio "ne varietur" (S de 16 de abril de 1984) (Dictámenes de este Consejo Jurídico 70/2007, 13/2008 y 131/2008).

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** Las actuaciones que anteceden al procedimiento de resolución de discrepancias son las siguientes:

- El proyecto modificado fue sometido a la fiscalización de la Intervención General el 15 de mayo de 2009, y ésta, mediante informe de 11 de junio de 2009, formuló reparos respecto a la inclusión en dicho proyecto de la acometida eléctrica mediante la construcción de una nueva línea con un trazado de 200 metros (en lugar de a pie de parcela, como contemplaba el proyecto inicial), y respecto a otras modificaciones, como el relleno de galerías subterráneas, las derivadas de la

elevación de la rasante de la parcela, y las actualizaciones del estado de medición de la obra ejecutada.

- La Consejería remitió de nuevo el expediente al Interventor General, adjuntando nueva documentación, entre la que se encontraba la referida a las gestiones realizadas con la compañía suministradora para determinar el punto de acometida, y otra justificativa de las restantes modificaciones, dando lugar a una nueva fiscalización (5 de noviembre de 2009) en la que el reparo se contrae, únicamente, a la acometida eléctrica, al considerar que en el momento del perfeccionamiento del contrato ya era conocido el hecho del diferente punto de entronque, sin que en la comprobación del replanteo se hiciera uso de las facultades de formular reservas y de suspender parcialmente la iniciación de los trabajos.

**SEGUNDO.-** En el procedimiento de resolución de discrepancias constan las siguientes actuaciones:

- El 2 de diciembre de 2009 la Consejera formuló la discrepancia con la Intervención General prevista en el artículo 17 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 (RCI), formalizándola en una propuesta de acuerdo al Consejo de Gobierno (2 de diciembre de 2009) para que éste levantara los reparos formulados respecto al entronque de la acometida eléctrica; se dice en dicha propuesta que la Consejería considera oportuno tramitar el expediente inicial de discrepancia para que, previos los trámites reglamentarios, el Consejo de Gobierno levante el reparo, atendiendo a las consideraciones recogidas en 3 informes unidos al expediente.

- El 14 de enero de 2010 la Dirección de los Servicios Jurídicos emitió el preceptivo informe a que se refiere el artículo 7.1,ñ) de la Ley 4/2004, de 22 de octubre, de Asistencia Jurídica de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, concluyendo en que no hay fundamento jurídico suficiente para resolver la discrepancia en el sentido propuesto por la Consejería de Sanidad, ya que, en síntesis, la necesidad de entroncar en lugar diferente al contemplado en el proyecto era conocida por el autor del mismo en el momento en que se perfeccionó el contrato, hecho que, según se dijo en el Dictamen de este Consejo Jurídico 148/2008, no habilita la existencia de causa nueva o imprevista requerida por la normativa para modificar el contrato. Añade que lo procedente sería tramitar de manera independiente un contrato para la acometida eléctrica.

- A la vista del informe, el Vicesecretario de la Consejería remitió una comunicación interior al Director General de Planificación, Ordenación Sanitaria y Farmacéutica, e Investigación para que formulara con carácter urgente una propuesta de modificación comprensiva de las determinaciones aceptadas como causas nuevas e imprevistas, y para que, respecto a la línea eléctrica, formulara su contratación independiente (2 de febrero de 2010), instrucción cumplida por la mencionada Dirección General, que el 8 de febrero de 2010 remitió a la Secretaría General la propuesta de modificación. El 10 de febrero la Jefe del Servicio Económico y de Contratación de la Consejería suscribió una propuesta de Orden para que, a la vista del procedimiento incidental, la Consejera aprobara la modificación.

- El mismo día 10 de febrero se remitió el expediente a la Intervención General a los efectos de su fiscalización, siendo devuelto sin fiscalizar el 19 de febrero de 2010 comunicando que, de acuerdo con el artículo 97.1,b) del texto refundido de la Ley de Hacienda, una vez planteada la discrepancia ante un reparo de la Intervención General, corresponde al Consejo de Gobierno adoptar la resolución que proceda.

En tal estado, la consulta fue formulada, teniendo entrada en el registro del Consejo Jurídico el día 24 de febrero de 2010.

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 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. Es un procedimiento de naturaleza incidental, regulado por el RCI, que se suscita en el seno de otro principal, el de modificación del contrato inicial, extendiéndose el presente Dictamen sólo a los aspectos que son objeto del reparo formulado por el Interventor General y respecto de los cuales discrepa la Consejería consultante, todo ello con el fin último de que el Consejo de Gobierno pueda, si procede, levantar el reparo.

Conviene recordar a estos efectos que, como ya se dijera en el Dictamen 78/2001, el presupuesto esencial para someter al Consejo de Gobierno la resolución de una discrepancia entre un órgano gestor y la Intervención General, en orden a la prosecución de un determinado procedimiento, es que éste haya sido sometido a informe de fiscalización por así exigirlo el ordenamiento jurídico, y que aquélla haya formulado un reparo sustancial al expediente. De darse tal circunstancia, el órgano gestor no podrá dictar el correspondiente acto que sometió a fiscalización salvo que se ajuste a lo indicado por la Intervención, es decir, que no plantee discrepancia con la misma, pues si la plantea la controversia debe ser resuelta por el superior órgano jerárquico de ambos, esto es, el Consejo de Gobierno, el cual, previos informes de la Dirección de los Servicios Jurídicos y de este Consejo Jurídico, decidirá la cuestión, debiendo atenerse las partes a lo que aquél resuelva.

La propuesta formulada por la Consejería consultante el 2 de diciembre proponía levantar los reparos aducidos por el Interventor General en relación a la línea de energía eléctrica; sin embargo, tal propuesta ha de entenderse implícitamente transformada por la solicitud de nueva fiscalización de un proyecto modificado en el que la citada línea no ha sido contemplada, con el fin de realizar una contratación independiente, tal como sugiere el informe de la Dirección de los Servicios Jurídicos.

**CUARTA.- Sobre el fondo del asunto.**

I. La propuesta de 2 de diciembre de 2009.

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”*.

De numerosos Dictámenes resulta que es doctrina ampliamente seguida por este Consejo Jurídico y por los distintos Consejos Consultivos que las causas nuevas o imprevistas no pueden confundirse con las imprevisiones del proyecto, y que el precepto legal sólo ampara aquellas causas que resultaban razonablemente imprevisibles para el proyecto inicial, sin que pueda acogerse una interpretación tan extensa que legitime modificar el contrato incluso en lo que razonablemente pudo contemplarse en dicho proyecto inicial y no se contempló. De otra forma podría darse lugar, de una parte, al quebranto de los principios rectores de la contratación administrativa (conurrencia y objetividad), y de otra, a convertir la potestad modificadora en discrecional, cuando, según el TS, *“(…) el derecho de modificación con que cuenta la Administración, de conformidad con los arts. 16 a 18 y 74 de la LCE, no es una atribución legal indiscriminada de libre criterio, sino una facultad reglada cuyo ejercicio queda subordinado a la aparición de nuevas necesidades materiales que, no contempladas antes de la perfección del contrato, lo hagan indispensables para el mejor servicio del interés público, con la consiguiente compensación; pero ese “ius variandi”, en todo caso requiere una singular motivación de hechos..., que en caso de no existir impide la alteración del contrato o de sus Pliegos regidos por el principio “ne varietur” (S de 16 de abril de 1984) (Dictámenes de este Consejo Jurídico 70/2007, 13/2008 y 131/2008).*

Aplicadas las precedentes consideraciones al asunto consultado, se advierte que las determinaciones en que consiste la modificación objeto de Dictamen no pueden calificarse de imprevisibles en el momento de la adjudicación del contrato, dado que, como ha quedado de manifiesto en el expediente, la necesidad de entroncar la acometida eléctrica en lugar diferente al contemplado en el proyecto era conocida por el autor del mismo en el momento en que se perfeccionó el contrato, existiendo una falta de comunicación entre la Administración promotora y el proyectista, hecho que, según se dijo en el Dictamen de este Consejo Jurídico 148/2008, no habilita la existencia de causa nueva o imprevista requerida por la normativa para modificar el contrato.

Por tanto, no hay razones jurídicas para que el reparo pueda ser levantado por el Consejo de Gobierno al resolver la discrepancia.

II. El nuevo proyecto modificado propuesto el 8 de febrero de 2010.

Como quedó expuesto, tal proyecto supone una transformación de la propuesta que inicialmente se pretendía elevar al Consejo de Gobierno, ya que, al no incluir la línea de energía eléctrica para que sea objeto de una contratación independiente, de facto se renuncia a mantener la discrepancia. En tal caso, la propuesta a elevar al Consejo de Gobierno por la Consejería debe contener tal renuncia, pudiendo dicho Consejo de Gobierno acordar la finalización del procedimiento incidental por tal causa.

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

### **CONCLUSION**

**ÚNICA.-** Por las razones antedichas en las consideraciones precedentes, no hay fundamento jurídico suficiente para entender que pueden levantarse los reparos formulados por el Interventor General respecto a la modificación del contrato de las obras de construcción de un centro de salud en Cieza (Murcia), pudiendo la Consejería elevar propuesta renunciando a mantener la discrepancia, para que así acuerde el Consejo de Gobierno finalizar el procedimiento incidental por tal causa.

No obstante, V.E. resolverá.



## DICTAMEN 53/2010

<b>Asunto</b>	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.
<b>Consultante</b>	Consejero de Obras Públicas y Ordenación del Territorio
<b>Fecha</b>	15/03/2010

### Extracto de Doctrina

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.

### ANTECEDENTES

**PRIMERO.-** El Consejo Jurídico ya conoció de la reclamación presentada por x., emitiendo el Dictamen 141/2007, cuyos antecedentes cabe dar aquí por reproducidos en orden a evitar innecesarias reiteraciones. El Dictamen concluyó acordando retrotraer las actuaciones para que se solicitaran nuevamente y se emitieran informes del Servicio competente a que se refiere 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), y del Parque de Maquinaria para que indicara el valor venal del automóvil accidentado, tras lo cual se otorgaría un nuevo trámite de audiencia a los interesados (reclamante y contratista), previamente a la formulación de una nueva propuesta de resolución, que deberá ser remitida, junto con lo actuado, a este Consejo Jurídico, para la emisión de su preceptivo Dictamen sobre el fondo del asunto.

**SEGUNDO.-** Recibido el Dictamen en la Consejería consultante, por la instrucción se solicita informe al Parque de Maquinaria de la Dirección General de Carreteras para que indicase el valor venal del vehículo siniestrado, con el fin de despejar la contradicción existente entre los emitidos con anterioridad por la citada unidad en los que, sin motivo aparente que lo justifique, se señalan valores diferentes para el mismo automóvil. El requerimiento es cumplimentado mediante ratificación por parte del Ingeniero Técnico del informe que emitió el día 26 de septiembre de 2005, en el que figuraba un valor venal de 3.048 euros.

Asimismo se procedió a conceder trámite de audiencia a los interesados (reclamante y empresa concesionaria), sin que ninguno de ellos hiciese uso de este trámite al no comparecer ni formular alegación alguna.

Sin embargo no se requirió a la Dirección General de Carreteras para que emitiese el preceptivo informe al que se refiere el artículo 10.1 RRP, cuya importancia era prolijamente argumentada en el apartado II.a) de la Consideración Segunda de nuestro Dictamen.

**TERCERO.-** Con fecha 9 de octubre de 2009 la instructora formula una nueva propuesta de resolución en el mismo sentido desestimatorio que la anterior, al considerar que no ha quedado probada en el expediente la necesaria relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y los daños alegados.

Seguidamente se remitió el expediente en solicitud de Dictamen, mediante escrito recibido en este Consejo Jurídico el pasado 20 de octubre de 2009.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

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

Se dan por reproducidas las Consideraciones del Dictamen 141/2007, relativas a dichos extremos.

**SEGUNDA.-** Legitimación pasiva y procedimiento.

En cuanto a la legitimación pasiva, corresponde a la Administración regional, al ser la autovía donde se produce el accidente de titularidad regional, como se desprende de la documentación incorporada al procedimiento. El hecho de que las labores de conservación de la autovía se llevaran 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 cuanto al procedimiento cabe reiterar la irregularidad que supone prescindir del preceptivo informe del servicio público a cuyo funcionamiento se imputa la presunta lesión indemnizable, omisión que resulta aún más censurable por haber persistido en ella a pesar de que en nuestro Dictamen 141/2007 se señalaba la necesidad de que el mismo se emitiese y se incorporase al procedimiento. No obstante, atendiendo a los principios de eficacia, economía procedimental y salvaguarda de los derechos de los interesados, entre ellos el de recibir en un tiempo razonable una resolución expresa y motivada, principio que en el presente caso ya se ha visto suficientemente conculcado con una demora en la tramitación del expediente que rebasa los cinco años, y considerando, además, que la Dirección General de Carreteras al remitir el informe de la empresa concesionaria sin salvedad ni matización alguna, lo está implícitamente ratificando, el Consejo considera oportuno examinar el fondo de la reclamación.

### **TERCERA.- Sobre el fondo del asunto.**

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 Procedimientos 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.

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 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).

En el supuesto que nos ocupa, del informe de la empresa concesionaria evacuado a instancia del órgano instructor, 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. En cuanto al canal de evacuación de agua, por donde señala la reclamante que pudo introducirse el perro en la autovía, la contratista indica que se encontraba en perfecto estado de conservación y que el espacio que quedaría libre es aproximadamente de 15 cms., dimensiones necesarias para evitar la acumulación de los materiales de arrastre durante la evacuación de las precipitaciones por dicho canal. La pequeña altura del canal, unida a la existencia de maleza (especies herbáceas que fueron plantadas con la finalidad de estabilizar los taludes), hace extremadamente improbable que el animal utilizara esta vía para acceder a la autovía, por lo que se presume que la irrupción del mismo en la calzada se produjo por los accesos destinados a vehículos que existen en la autovía.

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. En efecto, la concesionaria explica en su informe que la valla se encontraba en todo su recorrido pegada al suelo con un doblez de la misma, salvo en el tramo que pasa por encima del canal en el que queda libre con el fin de facilitar el paso de los materiales de arrastre. Esta afirmación de índole técnica que explica la causa por la que la valla no llega en el canal hasta el fondo del mismo, no pueden ser enervadas por las manifestaciones de los testigos, los cuales, además de estar unidos por relación de parentesco con la reclamante, carecen de los conocimientos técnicos adecuados para valorar si la valla en ese punto debía o no estar fija, es decir, anclada al suelo.

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 del 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, como en los analizados en los Dictámenes antes indicados, 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 54/2010**

**Asunto** Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios de Registro de Entrada de la C.AR.M.

**Consultante** Consejera de Presidencia y Administración Pública

**Fecha** 15/03/2010

**Extracto de Doctrina**

No existe norma legal alguna que excluya de la función administrativa de registro de instancias y documentos el posterior cometido de hacerlos llegar al órgano al que se dirigen, sea éste de la misma Administración en cuyo registro se han presentado o de otra entidad distinta, o exceda o no de un determinado peso. E igualmente resulta claro que a estos efectos no puede tener virtualidad alguna el que los documentos de que se trate, por superar tal hipotético peso, pudieran ser considerados como un “paquete” (si es que tal calificación pudiera basarse en alguna norma postal, lo que tampoco se alega, y menos aún, claro está, si se basara en un contrato suscrito con el servicio de correos), al efecto de tener que ser enviada tal documentación a través de otra entidad (los servicios de correos) denegando por ello su admisión y registro.

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** Con fecha 18 de marzo de 2009, x. presentó escrito dirigido a la Administración regional en el que, en síntesis, comienza por hacer referencia a la queja presentada en su día (en concreto, el 9 de febrero de 2009) ante la Consejería de Hacienda y Administración Pública, motivada por la negativa de la Unidad Integrada de Atención al Ciudadano, encargada del Registro General de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, a admitir y registrar la instancia y documentación adjunta que presentó en la referida fecha ante dicho Registro, dirigida al Consejo General del Poder Judicial (CGPJ) para participar en unos procedimientos de concurso de méritos convocados por dicho órgano, siendo contestada la mencionada queja mediante escrito del Servicio de Atención al Ciudadano de la Dirección General de Calidad e Innovación de los Servicios de 3 de marzo de 2009.

El citado escrito de contestación a la queja expresaba que las razones de la inadmisión de la instancia por dicho Registro fueron, en un primer momento, que ésta se dirigía a un órgano, el CGPJ, que por no pertenecer a la Administración Pública no se encontraba entre aquéllos a los que

se refieren el artículo 38 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC) y el artículo 2 del Real Decreto 772/1999, de 7 de mayo, por el que se regula la presentación de solicitudes, escritos y comunicaciones ante la Administración del Estado, aplicable supletoriamente en el ámbito de nuestra Administración Regional, existiendo, según afirma dicho escrito, unos criterios interpretativos de este RD, provenientes del Ministerio de Administraciones Públicas, que postulan que, en aplicación de tal normativa, deben inadmitirse los escritos dirigidos, entre otros organismos, al CGPJ (No obstante, el escrito no da información suficiente sobre la eventual plasmación de dichos criterios en un documento oficial y auténtico.)

Además, el escrito de contestación a la queja expresaba que, ante el hecho de que la interesada presentó copia de la convocatoria del mencionado concurso de méritos, en la que se contemplaba la presentación de instancias ante cualquiera de los registros públicos a que se refiere el artículo 38.4 LPAC, la citada Unidad consideró que el registro no era posible dado que el peso de la documentación excedía de 2 kg., teniendo en cuenta que los escritos dirigidos a otras Administraciones Públicas son despachados (registrados y enviados a su destino, se entiende) por las Oficinas de Atención al Ciudadano mediante un contrato de paquetería suscrito con el servicio de correos que se limita a los envíos no superiores a dicho peso, por razones presupuestarias, de forma que los documentos superiores a dicho peso no se admiten para su registro en tales Oficinas, remitiendo a tal efecto a los interesados a las correspondientes oficinas de correos.

Frente a lo anterior, la interesada manifiesta su disconformidad con la inadmisión de su instancia y formula reclamación indemnizatoria por el coste que le supuso tener que presentar y registrar la documentación ante la oportuna oficina de correos, por importe de 16'43 euros, más los intereses legales desde la fecha del gasto, el citado 9 de febrero de 2009, daño que considera que debe ser imputado al anormal funcionamiento de los servicios públicos encargados del Registro público regional, conforme con lo establecido en los artículos 139 y siguientes LPAC.

A tal efecto, alega que de los artículos 142 de la vigente Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) y 157 del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo General del Poder Judicial se desprende que, en defecto de norma específica y en materia de procedimiento, recursos y forma de sus actos, dicho órgano se rige por lo establecido en la LPAC, de ahí que las convocatorias de los procedimientos selectivos en cuestión (realizadas mediante Acuerdos del Pleno de dicho Consejo de fecha 23 de diciembre de 2009, publicados en el Boletín Oficial del Estado), establezcan que el sistema de presentación de documentación es el previsto en el artículo

38.4 de dicha ley, que reconoce el derecho de los ciudadanos a presentar documentos en los correspondientes registros públicos de las CCAA, entre otros posibles.

Por lo que se refiere a la inadmisión de la documentación por exceder de 2 kg., considera que ninguna norma con rango legal habilita para limitar, por razón de su peso, la presentación y el consiguiente registro de documentos en los registros públicos de que se trata, entre ellos los de la Administración regional.

A su escrito de reclamación la interesada adjunta copia de su escrito de queja y del de contestación a la misma, ya reseñados, así como copia de un recibo expedido por una oficina de correos, acreditativo de que aquélla efectuó el 9 de febrero de 2009 un envío, dirigido al CGPJ, con un coste de 16,43 euros.

**SEGUNDO.-** El 8 de abril de 2009, la Técnico de Apoyo de Atención al Ciudadano emite informe en el que resume los hechos anteriores.

**TERCERO.-** El 22 de junio de 2009, el Director General de Calidad e Innovación de los Servicios Públicos, por delegación de la Consejera de Presidencia y Administraciones Públicas, acuerda incoar procedimiento de responsabilidad patrimonial a instancia de la interesada y nombrar instructora del mismo.

A pesar de que en la correspondiente Orden se indica que, por tratarse de un acto de trámite, contra la misma no cabe recurso alguno, en su posterior notificación a la interesada se expresa que puede interponerse recurso potestativo de reposición o recurso contencioso-administrativo.

**CUARTO.-** El 6 de julio de 2009, el Técnico de Apoyo del Servicio de Atención al Ciudadano emite informe en el que, en síntesis, reitera lo expresado en el escrito de contestación a la queja elaborado en su día, precisando que es la Instrucción nº 7, de 22 de febrero de 2005, actualizada en marzo de 2007, del citado Servicio (no publicada en el Boletín Oficial de la Región de Murcia), la que establece la indicada limitación, por peso, en la admisión de documentos en los registros públicos regionales.

Adjunta a su informe copia de dicha Instrucción, relativa a la *“admisión de paquetes como documentos que acompañen a las solicitudes, dirigidas a otras Administraciones, con un peso superior a 2 kg.”*, en la que se expresa que

*"NO SE ADMITIRÁN Y SE INFORMARÁ al ciudadano de que estas solicitudes habrá de presentarlas en cualquier Oficina de Correos teniendo los mismos efectos que la presentación en la CARM, conforme al artículo 38 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.*

*Si (los ciudadanos) desean información sobre las causas de la no admisión se les explicará que, en las Oficinas de Registro de la CARM, no se presta el servicio de paquetería, y que los documentos adjuntos con un peso superior a 2 Kg. comportan un paquete".*

**QUINTO.-** El 12 de agosto de 2009 la instructora emite informe en el que, en síntesis, reconoce que, de conformidad con lo establecido en los preceptos de la LOPJ y del Reglamento de Organización y Funcionamiento del CGPJ citados por la reclamante, a los procedimientos tramitados por este órgano y, en concreto, a los de concurso de méritos a cuyo efecto aquella pretendió presentar una instancia en un registro público de esta Administración regional, les es aplicable supletoriamente la LPAC, en el caso su artículo 38.4, que permite la presentación de documentos en los registros públicos establecidos por las Administraciones autonómicas. Considera que el presunto criterio interpretativo estatal al que se refiere el escrito de contestación a la queja, además de no constar en forma adecuada, no vincula a la Administración regional y, en cualquier caso, no podría prevalecer frente a lo que resulta de las antedichas normas jurídicas.

Por otra parte, se refiere también a la Circular nº 2, de 8 de mayo de 1998, de la Dirección General de la Función Pública y de la Inspección de Servicios de esta Comunidad Autónoma, que establece que *"las administraciones"* de los poderes legislativo y judicial y de los órganos constitucionales y estatutarios, al no estar comprendidos en el artículo 2 LPAC (en el ámbito de aplicación de la misma), se rigen por su propia normativa en materia de registro de documentos, por lo que, salvo que exista convenio firmado al efecto con la Administración regional, la presentación de documentos en alguno de los registros públicos de ésta no producirá efecto alguno. La informante, por los mismos razonamientos anteriores, es decir, por virtud de lo establecido en la LOPJ, considera que en el caso que nos ocupa no puede exigirse convenio alguno con el CGPJ para que la presentación en los registros autonómicos de documentos dirigidos a este órgano surta los efectos oportunos.

En lo que se refiere a la inadmisión de la instancia por razón de su peso, considera que lo establecido en la Instrucción nº 7 antes mencionada carece de fuerza normativa externa, pues sus



efectos se reconducen a la esfera interna de la Administración, además de que la limitación que establece a la presentación de documentos carece en todo caso de la necesaria cobertura legal.

Por todo ello, considera que se ha producido un anormal funcionamiento del servicio público regional encargado del registro público de documentos, al denegar improcedentemente la admisión y el registro de la instancia y demás documentación que la reclamante presentó al efecto, causándole un daño por el importe del coste de la presentación y envío de aquélla a través del servicio de correos, que debe serle indemnizado. A tal efecto, considera que debe abonársele el referido importe, si bien actualizado conforme con el criterio establecido en el artículo 141.3 LPAC, en vez de con los intereses legales reclamados por la interesada, por ser lo procedente conforme con dicho precepto.

Asimismo considera que, conforme con lo establecido en el artículo 8 del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que aprueba el Reglamento de los Procedimientos en Materia de Responsabilidad Patrimonial de la Administración (RRP), procede formular una propuesta de acuerdo de terminación convencional del presente procedimiento de responsabilidad patrimonial, en los términos antes expuestos.

**SEXTO.-** El 9 de septiembre de 2009, el Director General de Calidad e Innovación de los Servicios Públicos, por delegación de la Consejera de Presidencia y Administraciones Públicas, formula propuesta de terminación convencional del procedimiento de responsabilidad patrimonial, en los mismos términos expresados en el informe precedente.

**SÉPTIMO.-** Traslada a la reclamante la indicada propuesta, el 29 de septiembre de 2009 presentó escrito mediante el que la acepta.

**OCTAVO.-** En la fecha y por el órgano indicados en el encabezamiento del presente, fue solicitado el preceptivo Dictamen de este Consejo Jurídico, remitiéndose a tal efecto 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 para la 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).

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

I. La legitimación de la reclamante proviene del hecho de ser la persona que alega haber sufrido los daños cuyo resarcimiento solicita.

En cuanto a la legitimación pasiva, la ostenta la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, por dirigirse la reclamación contra la misma e imputarse dichos daños al anormal funcionamiento de los servicios públicos regionales competentes en materia de registro público de documentos.

II. El órgano competente para formalizar el pretendido acuerdo indemnizatorio, objeto de Dictamen, es el 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, actuando dicho órgano por delegación de la Consejera de Presidencia y Administraciones Públicas.

III. Vista la fecha de los hechos que fundan la pretensión indemnizatoria y la de la presentación del escrito de reclamación, aquélla debe considerarse formulada dentro del plazo de un año establecido en el artículo 142.5 LPAC.

IV. En cuanto al procedimiento tramitado, debe señalarse que se ha seguido, en lo sustancial, lo establecido al respecto 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 de las Administraciones Públicas (RRP).

No obstante, resultó incorrecta la indicación de la procedencia de recursos contra el acuerdo de incoación del procedimiento, al ser un mero acto de trámite que no se encuentra entre los recurribles conforme con el artículo 107.1 LPAC.

Como señalamos en nuestro Dictamen 154/2008, el artículo 8 RRP establece que en cualquier momento del procedimiento anterior al trámite de audiencia, el órgano competente, a

propuesta del instructor, podrá acordar con el interesado la terminación convencional del procedimiento mediante acuerdo indemnizatorio. Si el interesado manifiesta su conformidad con la propuesta de acuerdo que se le remita a estos efectos, debe actuarse conforme con lo establecido en los artículos 12 y 13 del mismo reglamento. Así, debe remitirse al Consejo Jurídico todo lo actuado, junto con la propuesta de acuerdo por el que se pretende terminar convencionalmente el procedimiento. Tras nuestro Dictamen, el instructor podrá someter la propuesta de acuerdo para su formalización tanto por el interesado como por el órgano competente para suscribirlo, lo que pondría fin por sí mismo al presente procedimiento administrativo, sin necesidad de una ulterior resolución.

**TERCERA.- Relación de causalidad adecuada entre el anormal funcionamiento de los servicios públicos regionales de registro de documentos y los daños por los que se reclama. Existencia de responsabilidad patrimonial.**

#### I. Preliminar.

Conforme con lo establecido en los artículos 139 y siguientes LPAC, la Administración Pública es responsable de los daños que, habiendo sido causados por el funcionamiento de sus servicios públicos, los particulares no tengan el deber jurídico de soportar; la lesión debe ser, además, efectiva, evaluable económicamente e individualizada con relación a una persona o grupo de personas.

En el presente caso, acreditada la existencia de un daño efectivo (el importe de los gastos de envío al CGPJ, a través del servicio de correos, de la instancia y documentación reseñada en la reclamación), no hay duda tampoco de su imputabilidad o relación de causalidad con la actuación de la Administración regional, en tanto el órgano encargado del correspondiente registro público regional denegó la admisión y el registro de dicha instancia y documentación, indicándole además a la interesada que la vía adecuada a los efectos pretendidos era la del servicio de correos.

II. La aplicación del régimen establecido en el artículo 38.4 LPAC a las instancias dirigidas al CGPJ. Necesidad de modificar parcialmente la Circular nº 2, de 8 de mayo, de la Dirección General de la Función Pública.

La inadmisión de la mencionada instancia y documentación adjunta de la reclamante por parte del órgano encargado del registro público regional debe considerarse una actuación contraria a Derecho porque, como reconoce la propuesta de acuerdo indemnizatorio objeto de Dictamen, los

preceptos de la LOPJ y del Reglamento de Organización y Funcionamiento del CGPJ allí citados se remiten o reenvían a la LPAC para determinar el régimen jurídico aplicable al citado órgano en diversas materias, entre ellas la de procedimiento, lo que incluye, sin duda, a los procedimientos de selección o promoción de funcionarios a que se refería la instancia cuya presentación y registro pretendía la interesada.

Así, el artículo 142.1 LOPJ establece que *“en todo cuanto no se hallare previsto en esta Ley, se observarán, en materia de procedimiento, recursos y forma de los actos del Consejo General, en cuanto sean aplicables, las disposiciones de la Ley de Procedimiento Administrativo, sin que, en ningún caso, sea necesaria la intervención del Consejo de Estado.”* No obstante lo anterior, considerando que el artículo 110.2 de dicha ley prevé que dicho Consejo, *“en el ámbito de su competencia y con subordinación a las Leyes, podrá dictar reglamentos de desarrollo de esta Ley para establecer regulaciones de carácter secundario y auxiliar”*, debe considerarse también lo establecido en su Reglamento de Organización y Funcionamiento (Reglamento 1/1986, aprobado por Acuerdo de su Pleno de 22 de abril), cuyo artículo 157, en plena concordancia con el indicado precepto legal, establece que *“las actuaciones del Consejo General del Poder Judicial, en el ejercicio de sus competencias, se ajustarán a lo dispuesto en cada caso por la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio y el presente Reglamento. En defecto de normas específicas, se observarán en materia de procedimiento, recursos y forma de los actos las disposiciones de la Ley de Procedimiento Administrativo, en cuanto sean de aplicación.”* La referencia a esta última ley debe entenderse hecha a la LPAC, según se establece en el Anexo II del Acuerdo del CGPJ de 26 julio de 2000.

Este reenvío o remisión a la LPAC realizado por las antedichas normas reguladoras del CGPJ tiene como clara consecuencia, en el aspecto de que ahora se trata, la de hacer aplicable a los mencionados procedimientos de selección o provisión funcional el régimen jurídico que, para la presentación de instancias y demás documentos, se establece en el artículo 38.4 de dicha ley, que permite la presentación de documentación en los registros públicos allí mencionados, entre los que están los de las Administraciones autonómicas. Este mecanismo de reenvío o remisión normativa está supeditada por la propia norma reenviante a la previa ausencia de una norma específicamente aplicable al CGPJ (en cuya virtud se hiciera inaplicable lo previsto en la citada ley procedimental común, se entiende), no constando hoy que tal norma exista en el punto que aquí interesa. Dicha remisión constituye un instrumento de colaboración normativa e integración de ordenamientos bien conocida en nuestro Derecho, lo que obliga al operador a contemplar el ordenamiento jurídico como un todo sistemático, y no a interpretar cada una de sus normas (en

este caso, la LPAC) como elementos aislados y sin conexión con otras con las que puede tener un punto de conexión; en este caso, como se dice, por la vía de la remisión o el reenvío.

Ciertamente, cuando, como sucede en el caso planteado, la aplicación del artículo 38.4 LPAC depende de la ausencia de norma específica aplicable a un órgano que no está integrado ni depende de ninguna de las Administraciones Públicas mencionadas en dicho precepto, como es en este caso el CGPJ (es el órgano de gobierno de los jueces, integrado en el poder judicial, pero sin funciones jurisdiccionales, como se desprende de la LOPJ), la admisibilidad por parte de los correspondientes registros autonómicos de la documentación dirigida a tales órganos puede plantear dificultades añadidas a las habituales, razón que explica la especial conveniencia de que los órganos encargados de tales registros dispongan de una instrucción o circular que facilite su labor. Ahora bien, es obvio que tales instrumentos interpretativos deben adoptarse con las necesarias garantías de rigor jurídico, dada la gran incidencia práctica que pueden tener los criterios que en ellos se plasmen.

En este sentido, sobre la base de la inaplicabilidad en esta Administración regional de unos hipotéticos criterios interpretativos que se acordaran por otras Administraciones Públicas para sus correspondientes registros, a los que se refieren los informes emitidos (criterios sobre cuya corrección este Consejo Jurídico no ha de entrar en el caso planteado), sí debe comentarse lo establecido en la Circular nº 2, de 8 de mayo de 1998, de la Dirección General de la Función Pública y de la Inspección de Servicios de esta Comunidad, cuyo contenido viene aludido en los informes emitidos (aunque en el expediente no conste copia de su texto), pues resulta parcialmente contradictoria con los criterios que deben presidir la actuación administrativa en la cuestión analizada.

Así, es plenamente correcto lo establecido en dicha Circular respecto a que los órganos de los poderes legislativo y judicial y otros órganos no integrados en la Administración Pública se rijan por su normativa específica en materia de registro público de documentos; ahora bien, de ello no se sigue necesariamente lo que parece entender dicha Circular en el sentido de que, salvo convenio suscrito al efecto con la Administración Regional, no procede la admisión en sus registros públicos de instancias o documentos dirigidos a tales órganos, o bien que tal admisión no surte efecto alguno. Conforme con lo razonado anteriormente, habrá que estar primero a lo que resulte de la referida normativa específica (que puede reenviar a la LPAC, como en el caso planteado) y, en segundo lugar, e incluso sin remisión normativa como la analizada, a la aplicación supletoria de la LPAC, cuando se advierta una laguna jurídica que demande tal aplicación, dada la vocación de norma reguladora del régimen jurídico común o general que tiene reconocida dicha ley. Y en tal

caso, por virtud de lo establecido en el artículo 38.4 de la misma, los registros públicos autonómicos no podrán supeditar la admisión de instancias y documentos a la existencia de convenio alguno. Por todo ello, resulta procedente modificar dicha Circular en el punto en el que se refiere a dichos convenios.

Asimismo conviene añadir, dada la prevalencia de la normativa específica aplicable a cada uno de los referidos órganos no administrativos, que una Circular que, en hipótesis, pretendiera abordar de forma particularizada esta cuestión (es decir, la admisión o no por los registros regionales de las instancias y demás documentación dirigida a cada uno de dichos órganos) debería realizar un análisis de tal normativa y obrar según lo que la misma estableciera; así, por ejemplo, si supeditara la aplicación de la LPAC a la ausencia de normativa específica, deberá determinar si ésta existe y lo que ello supone, con la debida actualización al respecto.

III. Los límites a la admisión de documentos dirigidos a entes distintos de la Administración regional. Vulneración de lo establecido con carácter básico en el artículo 38. 2 y 4 LPAC. Revocación de la Instrucción nº 7, de 22 de febrero de 2005, actualizada en marzo de 2007, del Servicio de Atención al Ciudadano.

Como expresan los informes emitidos, la inadmisión de la instancia y documentación aneja presentada se fundó también en el hecho de que ésta superaba los 2 kg., resultando que, en aplicación de lo establecido en la Instrucción nº 7, de 22 de febrero de 2005, actualizada en marzo de 2007, del Servicio de Atención al Ciudadano, los documentos que excedan de tal peso se consideran un paquete, y que la Administración regional no presta servicios de paquetería para su envío a otras Administraciones Públicas.

Frente a tan insólito criterio debe decirse, en primer lugar, que no existe norma legal alguna que excluya de la función administrativa de registro de instancias y documentos el posterior cometido de hacerlos llegar al órgano al que se dirigen, sea éste de la misma Administración en cuyo registro se han presentado o de otra entidad distinta, o exceda o no de un determinado peso. E igualmente resulta claro que a estos efectos no puede tener virtualidad alguna el que los documentos de que se trate, por superar tal hipotético peso, pudieran ser considerados como un *“paquete”* (si es que tal calificación pudiera basarse en alguna norma postal, lo que tampoco se alega, y menos aún, claro está, si se basara en un contrato suscrito con el servicio de correos), al efecto de tener que ser enviada tal documentación a través de otra entidad (los servicios de correos) denegando por ello su admisión y registro.

Por el contrario, la LPAC establece una regulación básica que se impone con toda claridad a lo señalado en la citada Instrucción: el artículo 38.2, tercer párrafo, de dicha ley establece que *“concluído el trámite de registro, los escritos y comunicaciones serán cursados sin dilación a sus destinatarios...”*, sin que en su siguiente número 4 se limite de forma alguna el derecho de los ciudadanos a presentar ante los registros allí mencionados cuantos documentos consideren oportunos (obviamente, con el límite de un ejercicio abusivo de tal derecho, como es común a cualquiera de ellos, lo que evidentemente no es el caso). Si la Administración regional considera que la función administrativa de envío de documentación a determinados entes (vgr., los ajenos a aquélla) genera un coste económico especial que conviene imputar al interesado de forma individualizada, puede hacerlo por la vía del establecimiento de una tasa, que es el instrumento tributario adecuado al efecto, pero no denegar la admisión de instancias y demás documentos por razón de un contrato que pudiera tener suscrito con un tercero (ajeno al ciudadano) para que preste por ella tal servicio público o por razones presupuestarias.

En consecuencia, lo establecido en la referida Instrucción nº 7 debe considerarse contrario a la legislación básica estatal en materia de presentación de instancias y documentos ante los registros públicos y, por tanto, procede revocarla y dejarla sin efecto, debiendo estarse a lo anteriormente expresado.

#### IV. La cuantía de la indemnización.

Conforme con lo expuesto, procede declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración regional, al concurrir los requisitos legalmente establecidos al efecto. En lo que se refiere a la cuantía de la indemnización, se ratifica lo establecido en la propuesta de acuerdo indemnizatorio en el sentido de que procede indemnizar el importe del coste del envío realizado por la reclamante a través del servicio de correos, actualizado conforme con los criterios establecidos en el artículo 141.3 LPAC, por ser éste el criterio específicamente aplicable en materia de responsabilidad patrimonial administrativa.

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

### **CONCLUSIONES**

**PRIMERA.-** Existe relación de causalidad jurídicamente adecuada entre el funcionamiento de los servicios públicos regionales y los daños por los que se reclama indemnización, que la reclamante no tiene el deber jurídico de soportar, en los términos y por las razones expresadas en

la Consideración Tercera del presente Dictamen, por lo que la propuesta de acuerdo indemnizatorio objeto de Dictamen se informa favorablemente.

**SEGUNDA.**- Sin perjuicio de lo anterior, debe modificarse la Circular nº 2, de 8 de mayo de 1998, de la Dirección General de la Función Pública y de la Inspección de Servicios de esta Administración regional, en los términos y por las razones expresadas en el epígrafe II de la Consideración Tercera de este Dictamen. Asimismo, debe revocarse y dejarse sin efecto la Instrucción nº 7, de 22 de febrero de 2005, actualizada en marzo de 2007, del Servicio de Atención al Ciudadano de la Dirección General de Calidad e Innovación de los Servicios Públicos, por las razones expresadas en el epígrafe III de la Consideración Tercera del presente Dictamen.

No obstante, V.E. resolverá.





**DICTAMEN 55/2010**

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

**Consultante** Consejera de Sanidad y Consumo

**Fecha** 22/03/2010

**Extracto de Doctrina**

La carga de acreditar el hecho lesivo, las circunstancias en que se produjo y el nexo causal entre los daños y el funcionamiento de los servicios públicos a los que aquél se imputa pesa (art. 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) sobre la parte reclamante, quien, por tanto, ha de padecer las consecuencias desestimatorias de la pretensión basada en hechos y circunstancias huérfanas de prueba.

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** Con fecha 27 de diciembre de 2007, x. presenta, por medio de Letrado, reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración regional, en solicitud de una indemnización de 106.047,24 euros por los daños padecidos como consecuencia de una caída accidental sufrida por la interesada en un Centro de Salud.

Según relata la reclamante, el día 27 de julio de 2005 sobre las 11.00 horas, sufre una caída en las escaleras del Centro de Salud “Virgen de la Caridad” de Cartagena. En un primer momento es atendida en el propio Centro de Salud por su médica de cabecera, la Dra. x.

Como consecuencia de dicha caída, acude al área de Urgencias del Hospital “Santa María del Rosell” de Cartagena, donde se le diagnostica artritis en la muñeca derecha y hombro doloroso. Dada la evolución de las lesiones, tras varios tratamientos, se diagnostica de síndrome subacromial, siendo intervenida el 15 de marzo de 2007 mediante artroscopia de hombro derecho, realizándose bursectomía más descompresión subacromial.

Posteriormente, continúa tratamiento farmacológico y rehabilitador, hasta la estabilización del proceso.

Considera la interesada que los daños son consecuencia del anormal funcionamiento del Servicio Murciano de Salud, que identifica con la inexistencia en las escaleras donde sufre la caída de bandas o medios antideslizantes, los cuales sí se pusieron tras el accidente.

La reclamación se acompaña de la siguiente documentación: a) la acreditativa de la representación que ostenta el Letrado actuante; b) informe médico de valoración del daño, que concluye otorgando 13 puntos a las secuelas derivadas del accidente, 2 días de hospitalización, 240 días improductivos y una incapacidad permanente total; c) diversa documentación médica que refleja el proceso clínico y evolución de las lesiones; y d) resolución de declaración de la interesada como incapacitada permanente total para su profesión habitual de auxiliar de geriatría.

Según la reclamación, también se aportan fotografías del lugar de los hechos, antes y después de la caída, las cuales, sin embargo, no constan entre la documentación remitida al Consejo Jurídico.

**SEGUNDO.-** Admitida a trámite la reclamación por resolución del Director Gerente del Servicio Murciano de Salud, se encarga la instrucción del procedimiento de responsabilidad patrimonial al Servicio Jurídico del Ente, que procede a comunicar la existencia de la reclamación a la Dirección General de Asistencia Sanitaria, a la Compañía de Seguros del Ente Público, a través de la correduría, y a los respectivos Directores de la Gerencia de Atención Primaria de Cartagena y del Hospital "Santa María del Rosell", requiriendo a estos últimos para que remitan copia de la historia clínica de la reclamante e informe de los profesionales que la atendieron.

**TERCERO.-** Por el Hospital se remite la documentación solicitada, a excepción del informe de los facultativos.

La Gerencia de Atención Primaria de Cartagena, por su parte, remite copia de la historia clínica e informe de la Médica de Atención Primaria de la reclamante, según el cual:

*"1º.- X. fue atendida en la consulta el 12.07.05 por una conjuntivitis que le ocasionó baja laboral.*

*2º.- La paciente volvió a la consulta el 27.07.05 para revisión del proceso de conjuntivitis, que era la causa de baja, y en esa consulta fue diagnosticada de otro proceso: tendinitis de hombro derecho, proceso no traumático, sólo ocasionado por sobreesfuerzo.*

3º.- *En la visita posterior de 16.08.05 fue cuando la usuaria me informó que había sufrido una caída que empeoraba su proceso de incapacidad laboral temporal, por lo que se reflejó en el apartado de las limitaciones funcionales del parte de baja como artritis traumática por caída accidental*".

**CUARTO.-** Solicitado informe al Servicio de Mantenimiento de la Gerencia de Atención Primaria de Cartagena sobre el estado de las escaleras del Centro de Salud donde se produjo el accidente, si eran adecuadas a la normativa y si efectivamente se añadieron las cintas antideslizantes con posterioridad al 27 de julio de 2005, como afirma la reclamante, por la empresa concesionaria del servicio de mantenimiento se remite informe de fecha 11 de marzo de 2008, en el que manifiesta:

*"Se ha realizado una inspección ocular de la zona en la que se produjo la caída de la interesada, comprobando que no existe ningún escalón deteriorado, disponiendo además en los escalones de bandas adhesivas antideslizantes, teniendo en cuenta que la última ocasión en que se repusieron esas bandas antideslizantes data del día 30 de noviembre de 2006"*.

**QUINTO.-** Considerando la instrucción que el informe emitido no responde a las cuestiones planteadas en su solicitud, se insta a la Gerencia a emitir uno nuevo, lo que se lleva efecto el 9 de abril de 2008, con el siguiente tenor literal:

*"Respecto al estado de las escaleras, están adecuadas a la normativa exigida por el Real Decreto 486/1997, de 14 de abril, por el que se establecen las disposiciones mínimas de seguridad y salud en los lugares de trabajo. Concretamente, su art. 7 establece las medidas máximas y mínimas que han de tener los escalones: se exige para la huella una medida mínima de 23 cms y máxima de 36 cms, y para la contrahuella, una medida mínima de 13 cms y máxima de 20 cms. Teniendo en cuenta estos límites, los escalones del Centro de Salud Virgen de la Caridad presentan unas medidas de 30 cms para la huella y de 18 cms para la contrahuella. Por tanto se ajustan totalmente a las medidas exigidas legalmente. Así mismo, el estado de conservación y mantenimiento es satisfactorio hasta la fecha.*

*Respecto a las bandas antideslizantes, acompañamos copia de la evaluación de riesgos laborales que se realizó en el mes de septiembre de 2005, en la que se indicaba la inexistencia de bandas antideslizantes en las escaleras de acceso a la planta primera. Por tanto, en la fecha del 27-7-2005, los escalones no estaban dotados de esas bandas antideslizantes. Se procedió a su instalación a partir de septiembre de 2005, sin que podamos concretar con exactitud la fecha. En*

*todo caso, en dicha evaluación se indica que la probabilidad de caídas de personas a distinto nivel es baja, ligeramente dañina en cuanto a las consecuencias y tolerable respecto al riesgo”.*

**SEXTO.-** Por el Hospital “Santa María del Rosell”, tras reiterar en diversas ocasiones la petición de informe, se remite el del Servicio de Traumatología, que describe la patología, evolución y tratamiento de la paciente.

**SÉPTIMO.-** Solicitado a la Correduría de Seguros un informe técnico de valoración del daño sufrido por la interesada, se cifra en 39.123'56 euros, considerando acreditados 2 días de hospitalización, 120 días improductivos y otros 120 no improductivos, 4 puntos por secuelas, 1 por perjuicio estético, un factor de corrección de incapacidad permanente total modulado al 60% y un factor de corrección negativo del -40% en atención al estado de la interesada anterior a la caída.

**OCTAVO.-** Compelida la reclamante a proponer los medios de prueba de que pretendiera valerse, además de la prueba documental consistente en que se dé por reproducida la contenida en el expediente administrativo, propone los siguientes:

a) Un nuevo informe valorativo del daño en contestación al emitido por la correduría de seguros, que se ratifica en la valoración contenida en el informe unido a la solicitud inicial, explicando los criterios aplicados.

b) Testifical de la Médica de Familia de la reclamante, aportando el correspondiente interrogatorio, que aquella contesta como sigue:

Pregunta 1.- Diga ser cierto y le consta que el día 27 de julio de 2005 x. sufrió una caída por las escaleras en el Centro de Salud Virgen de la Caridad de Cartagena.

Respuesta: *“La paciente refirió haber sufrido caída traumática en la siguiente visita (no en el día de la fecha) en mi consulta”.*

Pregunta 2.- Diga ser cierto que fue atendida por Vd. en ese mismo momento y en el mismo Centro Médico.

Respuesta: *“Nadie me avisó que tenía que atender a esta paciente por accidente traumático, después de haber salido de mi consulta. Hubiera sido cita forzada como urgencia y la*

*hubiera atendido por nuevo episodio traumático, y así constaría en el listado de ese día de consulta”.*

Pregunta 3.- Diga ser cierto y le consta que sufrió lesiones en el hombro derecho.

Respuesta: *“La paciente acudió días posteriores con un parte médico de asistencia por la puerta de urgencias del Hospital Santa M.<sup>a</sup> del Rosell”.*

**NOVENO.-** Tras conocer la reclamante las respuestas dadas por la Dra. x., se insta a la instructora para que solicite del Servicio Murciano de Salud la relación de personal que se encontraba trabajando en turno de mañana en la Clínica Virgen de la Caridad de Cartagena el día 27 de julio de 2005, así como un certificado de que la citada doctora atendió a la reclamante los días 27 y 28 de julio de 2005.

**DÉCIMO.-** Por la Gerencia de Atención Primaria de Cartagena se remite la relación de personal solicitada y un informe de la Médica de Familia, según el cual:

*“La x. asistió a mi consulta (nº 20, 1ª Planta) el 27 de Julio de 2005 para revisión médica por una conjuntivitis, que causó baja laboral el 12 de Julio de 2005. En esta consulta, la paciente refirió hombro doloroso derecho por esfuerzos repetidos, lo que resultó prolongación de la baja laboral y fue remitida a Fisioterapia por "tendinitis hombro derecho". Como consta en historia clínica. La paciente salió por su propio pie de mi consulta y no volví a asistirle ni tratarla hasta el 11 de Agosto de 2005.*

*En ese día (27/07/2005) continué pasando consulta hasta las 14 horas atendiendo a los demás pacientes citados en ese día”.*

**UNDÉCIMO.-** Por la reclamante se solicita que se interrogue a todo el personal de administración que el día de los hechos trabajaba en el mostrador de análisis clínicos con la siguiente pregunta: *“Diga ser cierto y le consta que el día 27-7-05 por la mañana una mujer sufrió una caída en las escaleras del centro médico y fue atendida en un primer momento en el mismo”.*

La pregunta es formulada a todo el personal (médicos, enfermeros, auxiliares administrativos y celadores) que continúan trabajando en el Centro de Salud, folios 160 a 189, siendo un total de 29 personas. Todos coinciden en manifestar que no tienen constancia de que, el

día 27 de julio de 2005, una señora sufriera una caída en las escaleras del centro médico, ni que fuera atendida a consecuencia de tal accidente.

**DUODÉCIMO.-** Otorgado trámite de audiencia a los interesados, sólo la reclamante formula alegaciones para ratificar las contenidas en su escrito de reclamación, afirmando que la caída tuvo su origen en la inexistencia de las bandas antideslizantes, lo cual queda acreditado no sólo por las fotografías aportadas por la reclamante, sino por el propio informe del servicio de mantenimiento, cuando dice que dichas bandas se instalaron a partir de septiembre de 2005.

Respecto a la declaración de la doctora, considera que no desvirtúa el hecho de la caída, pues ésta se produjo al salir de la consulta y, cuando manifiesta que la atendió dicha facultativa, no está refiriéndose a que una vez sufrida la caída e inmediatamente después la doctora la viese en consulta.

Respecto al resto de declaraciones del personal del Centro, manifiesta su extrañeza de que nadie tenga conocimiento de la caída y, sin embargo, poco tiempo después se decida poner las bandas antideslizantes.

**DÉCIMOTERCERO.-** Con fecha 2 de octubre de 2009, la instructora formula propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación. A tal efecto, y entre otras consideraciones, expresa que no ha quedado acreditado que la caída alegada tuviese lugar en las escaleras indicadas por la reclamante, pues no hay testigos que la corroboren. Sólo se aporta por la reclamante unas fotografías de la escalera por donde dice haber caído.

No obstante, y presuponiendo que dicho daño se produjera, pese a no haber sido acreditado por la reclamante, sigue indicando que resulta clarificador el informe emitido por el Servicio de Mantenimiento, en el que afirma que las escaleras cumplen los niveles mínimos establecidos en el RD 486/97, de 14 de abril, por el que se establecen las Disposiciones Mínimas de Seguridad y Salud en los Lugares de Trabajo. Señala la propuesta que el punto 7 de su Anexo I, "*Condiciones generales de seguridad en lugares de trabajo*", dispone que los pavimentos de las rampas, escaleras y plataformas de trabajo serán de materiales no resbaladizos o dispondrán de elementos antideslizantes, y no se ha probado que el suelo de la escalera fuera resbaladizo; es más, a través de las fotos disponibles es posible apreciar que el mismo no parece serlo.

Por todo lo anterior, la propuesta considera que no concurre la necesaria y adecuada relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y los daños por los que se reclama indemnización.

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 22 de octubre 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.- Plazo, legitimación y procedimiento.**

1. 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).

2. La reclamante, 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 del centro sanitario en el que se produce el accidente y al que se imputa el daño.

3. La tramitación realizada se ajusta, en lo sustancial, a lo establecido en la LPAC y en el RRP para esta clase de procedimientos.

Ha de advertirse, no obstante, que, conforme a lo dispuesto en el artículo 46.2 del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo Jurídico de la Región de Murcia, la consulta ha de acompañarse de los antecedentes de todo orden que puedan influir en el Dictamen, lo que no se ha cumplimentado en el supuesto sometido a consulta, pues se ha omitido unir al expediente el reportaje fotográfico que la interesada adjuntó a su reclamación.

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

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 58/09), 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).

Como señalamos en el citado Dictamen 58/09 y ya antes, en el 165/06, sobre un supuesto sustancialmente idéntico al presente, en el caso no existe más prueba de la caída en el centro sanitario, alegada por la reclamante como origen del daño, que la mera afirmación de ésta, sin testigo alguno que pueda ilustrar sobre su realidad y, en su caso, sobre sus concretas circunstancias. Y es que de la prueba practicada, los testigos propuestos por la reclamante no han corroborado que la caída se produjera en las circunstancias de lugar y tiempo alegadas e, incluso, se contradice la manifestación contenida en el escrito inicial de haber sido atendida la paciente “*en un primer momento*” en el propio centro de salud, por su Médica de cabecera. Esta carencia del



mínimo soporte probatorio necesario para tener por ciertos los hechos, determinaría ya por sí misma la desestimación de la reclamación.

No obstante lo anterior, la propuesta de resolución añade acertadamente que, en la mera hipótesis de aceptarse la realidad de la caída y el lugar de su ocurrencia, los daños no han de imputarse al funcionamiento del servicio público en cuestión, pues no se ha acreditado que el pavimento de la escalera tuviese las características deslizantes que, conforme con el estándar o norma técnica que fuese aplicable, requiriesen necesariamente la colocación de las cintas antideslizantes a que se refiere la reclamante. En este sentido, ni siquiera afirma la reclamante que el suelo de las escaleras fuera deslizante o resbaladizo, sino que se limita a denunciar la ausencia de bandas antideslizantes en el momento en que se produce la caída. De la mera constatación de esta circunstancia, sin embargo, no puede extraerse la conclusión de que la caída se debió al incumplimiento por la Administración de las normas técnicas aplicables, máxime cuando tales reglamentaciones no exigen que, en todo caso, las escaleras cuenten con aquellos elementos de seguridad. En efecto, ni el RD 486/97, de 14 de abril, ya citado, que vincula la exigencia de las bandas antideslizantes a la existencia de un suelo resbaladizo (lo que no es el caso, pues el órgano instructor afirma que en las fotografías de la escalera aportadas por la interesada se puede apreciar que *“no parece ser de material resbaladizo”*), ni otras normas como la Orden de 15 de octubre de 1991, de la Consejería de Obras Públicas y Ordenación del Territorio, de supresión de barreras arquitectónicas en espacios públicos y edificación, o el Documento Básico (DB-SU) “Seguridad de Utilización”, del Código Técnico de la Edificación aprobado por Real Decreto 314/2006, de 17 de marzo, exigen la presencia de bandas antideslizantes en las escaleras de los edificios públicos.

En consecuencia, considera el Consejo Jurídico que habría sido oportuno y muy conveniente traer al procedimiento un informe técnico que acreditara el carácter deslizante o no del material utilizado en los peldaños de la escalera y su adecuación o no a la normativa técnica de edificación aplicable, verdadero estándar de calidad exigible a cualquier edificio de uso público y cuya quiebra determinaría la existencia del necesario nexo entre el funcionamiento del servicio público, al que a estos efectos cabe equiparar los elementos materiales destinados al mismo, y cualesquiera daños que se derivaran de su utilización. Y es que *“no puede admitirse el razonamiento tautológico de afirmar que el pavimento era inadecuado o peligroso por el solo hecho de haberse producido la caída, puesto que pueden haber influido multitud de factores (atención puesta, movimientos de la persona, tipo de calzado, etc.). En este sentido, la inexistencia en el momento de los hechos de un adhesivo antideslizante en cada una de las gradas, que ha sido colocado con posterioridad, no basta para determinar que el mismo es causa determinante de la*

*caída, puesto que nos encontramos ante una simple conjetura*" (sentencia 2177/2005, de 19 mayo, de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa).

La carga de acreditar el hecho lesivo, las circunstancias en que se produjo y el nexo causal entre los daños y el funcionamiento de los servicios públicos a los que aquél se imputa pesa (art. 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) sobre la parte reclamante, quien, por tanto, ha de padecer las consecuencias desestimatorias de la pretensión basada en hechos y circunstancias huérfanas de prueba.

Todo lo anterior permite concluir que no concurre la necesaria y adecuada relación de causalidad entre el funcionamiento de los servicios públicos regionales y los daños por los que se reclama indemnización.

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

### **CONCLUSIÓN**

**ÚNICA**- Se informa favorablemente la propuesta de resolución, en tanto que desestima la reclamación, al no advertir la concurrencia de los elementos generadores de la responsabilidad patrimonial.

No obstante, V.E. resolverá.



**DICTAMEN 56/2010**

**Asunto** Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hijo, debida a accidente escolar.

**Consultante** Consejero de Educación, Formación y Empleo

**Fecha** 22/03/2010

**Extracto de Doctrina**

Nota: igual doctrina que la expresada en el Dictamen 1/2010



## DICTAMEN 57/2010

<b>Asunto</b>	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por la intervención de la Administración en el sector cárnico.
<b>Consultante</b>	Consejera de Sanidad y Consumo
<b>Fecha</b>	22/03/2010

### Extracto de Doctrina

Todos los perjuicios económicos derivados de esa indebida prolongación de la medida cautelar no han de ser soportados por la empresa reclamante, pues no existe norma o título jurídico válido que así se lo imponga, deviniendo en antijurídicos.

### ANTECEDENTES

**PRIMERO.-** Con fecha 6 de abril de 2006, x, actuando en nombre y representación de "--, S.A.T.", interpone reclamación de responsabilidad patrimonial y solicita una indemnización por importe de 19.345,30 euros, por los daños y perjuicios sufridos a consecuencia de la intervención cautelar realizada por la Administración regional, de una partida de carne de porcino procedente de una explotación de su propiedad.

Señala el reclamante que, en el año 2005, procedió a la venta de ciertos productos a "--, S.L.", los cuales fueron intervenidos, tomándose muestras para su análisis, como consecuencia de una alerta comunicada a la Administración regional por la Agencia Española de Seguridad Alimentaria. Comoquiera que los análisis realizados por laboratorio dependiente de la Comunidad Autónoma dieron resultado positivo a concentraciones de plomo superiores a las permitidas, se procedió a la inmovilización cautelar de la carne y la mercantil reclamante se vio obligada a solicitar análisis contradictorios, que definitivamente ofrecieron resultados negativos, ratificados posteriormente por análisis dirimentes, igualmente negativos.

Que, como consecuencia de dichas actuaciones, han sido diversos los perjuicios sufridos, concretándolos en los siguientes:

a) Con motivo de la intervención de las canales, la carne no pudo ser aprovechada, por lo que la reclamante hubo de realizar "*una contra factura por las cantidades no abonadas por -- S.L., por importe de 11.320,56 euros*", y abonar a esa empresa la cantidad de 5.420,34 euros, por los

gastos ocasionados durante la inmovilización de la carne. En consecuencia, las pérdidas directas sufridas ascienden al total inicial valor de la carne, por la suma de 16.740,90 euros.

b) Por desplazamientos de personal de la empresa para recoger las muestras y trasladarlas al laboratorio que llevó a cabo los análisis contradictorios, la cantidad de 500 euros.

c) Por el coste de los análisis contradictorios, 104,40 euros.

d) Por servicios de asistencia jurídica, 2000 euros.

Asciende, pues, la cantidad total reclamada a 19.345,30 euros.

Acompañan a la reclamación copia de los siguientes documentos:

- Facturas de la empresa reclamante, por importes de 16.740,90 y -11.320,56 euros, respectivamente.

- Factura de "--, S.L.", por importe de 5.420,34 euros.

- Factura de Laboratorios x., por importe de 104,40 euros.

**SEGUNDO.-** Admitida a trámite la reclamación y designada instructora del procedimiento, ésta acuerda abrir un período de prueba, durante el cual la reclamante propone la documental antes relacionada y que acompañaba a su escrito de reclamación, y solicita que el laboratorio de la Comunidad Autónoma emita informe explicativo sobre las razones por las que se obtuvieron resultados erróneos en los análisis iniciales.

**TERCERO.-** Con fecha 28 de marzo de 2007, el Jefe de Servicio de Seguridad Alimentaria y Zoonosis, de la Dirección General de Salud Pública de la Consejería de Sanidad, emite el siguiente informe:

*“Los boletines analíticos aportados por el interesado y correspondientes a la práctica de los análisis contradictorios reflejaron un resultado de residuos de plomo por debajo del Límite Máximo de Residuo fijado para este metal pesado.*

*La explotación fue excluida de la Red de Alerta con fecha 19/07/2005 por el Director General de Salud Pública y Participación de la Junta de Andalucía al resultar negativo el análisis dirimente de las muestras que provocaron su inclusión en la misma.*

*En el informe emitido por el Director del Laboratorio Regional de Salud Pública de esta Dirección General referente a los análisis iniciales realizados a muestras de músculo de ganado porcino propiedad de esta sociedad (como consecuencia de estar la explotación incluida en la citada Red de Alerta por sospecha de la existencia de residuos de plomo) consta que se pudieron producir contaminaciones en el proceso o digestión química de las muestras analizadas que distorsionaron estos resultados iniciales.*

*Los gastos que generaron al interesado todo este tipo de actuaciones, y que en concreto justifica mediante facturas aportadas con escrito de 06/04/2006, Registro de entrada nº 3656, son ajustados a la realidad del mercado y a los importes de las tasas satisfechas en concepto de los análisis laboratoriales practicados.*

*De todo lo anterior se desprende que ninguna de las muestras analizadas en el Laboratorio Regional de Salud Pública de esta Dirección General, durante el proceso de investigación subsiguiente a la inclusión en la Red de Alerta de esta explotación por parte de las Autoridades Sanitarias de la Junta de Andalucía, contenía residuos de plomo por encima del Limite Máximo de Residuo fijado para este metal pesado”.*

**CUARTO.-** Conferido trámite de audiencia a la mercantil interesada, presenta escrito de alegaciones para ratificarse en las de la reclamación inicial y en su pretensión indemnizatoria.

**QUINTO.-** Con fecha 11 de junio de 2007, el órgano instructor formula propuesta de resolución estimatoria de la reclamación, concretando el importe de la indemnización en la cantidad de 16.845,30 euros, tras deducir de la cuantía pretendida por la mercantil interesada los importes reclamados en concepto de desplazamientos y asesoramiento jurídico.

**SEXTO.-** En tal estado de tramitación se remite el expediente al Consejo Jurídico en solicitud de Dictamen, mediante oficio registrado el 25 de junio de 2007.

**SÉPTIMO.-** Por Acuerdo 14/2007, de 4 de julio, de este Órgano Consultivo, se insta a la Consejería consultante para que proceda a completar el expediente sometiéndolo a la preceptiva

fiscalización previa, lo que se lleva a efecto por el Secretario General de la Consejería de Sanidad, mediante oficio de 18 de septiembre de 2008, dirigido a la Intervención General.

**OCTAVO.-** El 23 de diciembre, el Interventor General formula reparo al considerar que procede completar la instrucción para recabar información acerca del destino de las canales que fueron liberadas para su consumo (101 de un total de 119) tras la inmovilización cautelar, para conocer si se desviaron a consumo o bien fueron destruidas, en orden a ajustar la cuantía de la indemnización a los perjuicios verdaderamente producidos.

**NOVENO.-** Con fecha 6 de febrero de 2009, el Jefe de Servicio de Seguridad Alimentaria y Zoonosis se dirige a "--, S.L.", requiriéndole justificación documental del destino de las canales adquiridas a la mercantil recurrente.

**DÉCIMO.-** Por la mercantil requerida se contesta en los siguientes términos:

*“El pasado día 4 de abril de 2005 se realizó una matanza de 119 cerdos en el matadero de mercamurcia siendo intervenidos los mismos por inspectores de la Conserjería de Sanidad por la presunta detección de materias extrañas en la alimentación de los mismos, fueron tomadas muestras y analizadas las mismas por los laboratorios de su Consejería.*

*Los análisis fueron lentos y los cerdos estaban intervenidos en las cámaras de mercamurcia.*

*El resultado de los análisis lleva a decomisar 18 canales fueron destruidas y 101 cerdos fueron liberados para el consumo tras un periodo muy largo de estancia en las cámaras (1.1. días para 50 canales y 14 días para 51/canales) en esta estancia la carne sufrió un deterioro muy grande y solo pudieron ser aprovechada como carne para elaboración en la fábrica de embutidos parte de los magros y tocinos despiezados, produciendo un enorme deterioro del valor de la canal, el aprovechamiento fue considerado por un importe de 4.772 euros el resto fue destruido en la planta de tratamientos de residuos cárnicos de --, SL como se aportan partes de transporte y retirada de dicha planta.*

*Como consecuencia del periodo de estancia en las cámaras de Mercamurcia se generaron una serie de gastos que nosotros reflejamos en la factura C-19711 a nombre de x. SAT “—“ de fecha 10-11-2005 en la que se reflejan los gastos del Matadero por el sacrificio (665.21), los gastos de los 18 cerdos decomisados (162), los gastos de destrucción de las harinas cárnicas (paquete*

*intestinal), de los cerdos sacrificados (148.75), el gasto de los análisis realizados por Uds. (2.415,70), la toma de muestras realizada por Uds. (213.64), y la estancia en las cámaras de Mercamurcia 11 días 50 cerdos (396,0) y 14 días 69 cerdos (695,52), todo supone una cantidad de 4.696.82 más impuestos (iva 723.52) total fra 5.420.34 Eur. Ese importe fue compensado con la deuda que teníamos nosotros con x. que era de 16.740,90, menos abono de 11.320,56, total importe de 5.420,34 euros”.*

**UNDÉCIMO.-** Conferido nuevo trámite de audiencia, la sociedad reclamante alega que no puede modificarse la Orden de la Consejera de Sanidad por la que se determina la cantidad de la indemnización en 16.845,30 euros, sin declarar previamente su lesividad. Asimismo, considera que dicha cantidad es la que procede indemnizar, en tanto que responde al desvalor de la carne por razón de su inmovilización (11.320,56 euros), más los gastos abonados a la empresa adquirente de las canales (5.420,34) euros, más el importe de los análisis (104,4 euros).

**DUODÉCIMO.-** El 19 de mayo de 2009, el órgano instructor propone la estimación parcial de la reclamación, declarando el derecho de la reclamante a ser indemnizada con 12.073,3 euros (11.968,9 en concepto de pérdidas directas, más 104,4 por los análisis contradictorios).

Para alcanzar esa cifra de pérdidas directas, la instrucción considera que procede detraer de la cantidad solicitada en tal concepto (16.740,9 euros), el valor de la carne que fue aprovechada por la empresa adquirente y que ésta cuantifica en 4.772 euros (Antecedente décimo, párrafo 3º).

**DECIMOTERCERO.-** Sometida la nueva propuesta de resolución a fiscalización, obtiene la conformidad de la Intervención General, al considerar que concurren todos los requisitos exigidos por el ordenamiento para poder declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración.

En tal estado de tramitación y una vez incorporados los preceptivos extracto de secretaría e índice de documentos, se remitió el expediente por segunda vez, en solicitud de Dictamen, mediante oficio recibido en el Consejo Jurídico el pasado 10 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 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 formulada por la mercantil que dice haber sufrido los perjuicios económicos por los que se reclama, por lo que ninguna duda cabe acerca de su legitimación activa para solicitar ser indemnizada, de conformidad con lo establecido en el artículo 142.1 en relación con el 31.1, ambos de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC). No obstante, no consta en el expediente la acreditación de la representación que x. dice ostentar de la indicada mercantil, por lo que la instructora del procedimiento debió instarle a subsanar tal defecto de representación, en los términos del artículo 32.3 y 4 LPAC.

La legitimación pasiva corresponde a la Administración regional, a través de la Consejería de Sanidad y Consumo, toda vez que el daño se imputa a la actuación de uno de sus órganos: la Dirección General de Salud Pública, de la que dependen tanto el Servicio de Seguridad Alimentaria y Zoonosis, que procedió a la inmovilización de la carne, como el Laboratorio Regional de Salud Pública, que realizó las determinaciones analíticas a cuyos incorrectos resultados se vinculan los perjuicios reclamados.

2. Si bien se desconoce la fecha de presentación de la reclamación en un registro administrativo válido, consta en el expediente que fue recibida en la Consejería competente para su resolución el 6 de abril de 2006, dentro del plazo anual que al efecto establece el artículo 142.5 LPAC. Se alcanza esta conclusión al considerar que, si bien la alerta alimentaria fue lanzada el 1 de abril de 2005, el daño se produjo durante los días siguientes, en los cuales se deterioraron las canales y se devengaron los gastos que la empresa adquirente de la carne hubo de sufragar. De hecho, la mercantil reclamante sólo pudo conocer el alcance del daño cuando finaliza la inmovilización y se libera la carne para su consumo, lo que se produce en los días 15 y 18 de abril de 2005. Por otra parte, la exclusión de la explotación de la red de alerta se produce el mes de julio de 2005, y los resultados de los análisis contradictorios, determinantes de la posible antijuridicidad del daño, no se conocen hasta el 14 de octubre de 2005.

3. A la vista de las actuaciones realizadas, y sin perjuicio de lo indicado *ut supra* en relación con la acreditación de la representación de la mercantil reclamante, cabe concluir que se han respetado los trámites establecidos por las normas reguladoras de este tipo de procedimientos, salvo el plazo máximo para resolver, que ha excedido en mucho el de seis meses establecido por el artículo 13.3 RRP. Ha de advertirse, asimismo, que la propuesta de resolución obrante a los folios 64 y siguientes del expediente no ha sido firmada por el instructor, lo que debe subsanarse previamente a su elevación a la Consejera.

Procede, asimismo, que la propuesta de resolución efectúe una breve consideración en respuesta a la alegación efectuada por la reclamante sobre una eventual modificación de *“la Orden de la Consejera por la que se determina la cuantía de la indemnización en 16.845,30 euros, la cual no puede ser ahora reformada sin que concurra la preceptiva declaración de lesividad”*. Parece evidente que la reclamante confunde la *“copia autorizada para examen del Consejo Jurídico”* firmada por el Secretario General de la Consejería, con el acto definitivo de resolución del procedimiento de responsabilidad patrimonial que todavía no ha sido dictado. Lo cierto es que el formato del documento obrante a los folios 76 y siguientes del expediente puede llevar a confusión y, además, en rigor, no se ajusta a las exigencias de conformación del expediente que ha de remitirse al Consejo Jurídico, pues el artículo 46.2 del Reglamento de Organización y Funcionamiento de este Órgano Consultivo, aprobado por Decreto 15/1998, de 2 de abril, exige que se acompañe a la consulta la *“copia autorizada del texto definitivo de la propuesta del acto”*, no del acto en sí, por lo que debería corregirse para futuras consultas.

En cualquier caso, es evidente que esa *“copia autorizada para Dictamen del Consejo Jurídico”* aunque se denomine *“Orden”*, no puede entenderse como verdadero acto finalizador del procedimiento, que sí produciría efectos desde el momento de su notificación al interesado y que, vinculando a la Administración, sería inmutable, salvo a través de los procedimientos de revisión establecidos por la normativa procedimental básica. Antes bien, ese documento que, como se ha dicho, habría de sustituirse en el expediente por la copia autorizada de la propuesta de resolución, ha de considerarse como un mero *“proyecto”* de orden, cuyos efectos se circunscriben a delimitar el objeto de la consulta formulada al Consejo Jurídico, sin eficacia alguna *ad extra*, y que puede ser modificado a raíz de las observaciones que se formulen en el curso de las actuaciones fiscalizadoras y consultivas que, de forma preceptiva, han de preceder a la resolución definitiva del procedimiento por Orden de la Consejera.

**TERCERA.- Sobre el marco legal de la intervención administrativa de la carne.**

A la vista de los hechos expuestos, la presente reclamación ha de ser observada, inicialmente, en el contexto del que trae causa la inmovilización de la carne ordenada por la Consejería de Sanidad y Consumo, que es la alerta comunicada por la Agencia Española de Seguridad Alimentaria el día 1 de abril de 2005.

La inmovilización es una medida cautelar habilitada por el artículo 26.1 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad (LGS), y por diversas normas de veterinaria de salud pública (en los términos definidos por los artículos 8.2 y 18.12 LGS) vigentes al momento de producirse los hechos por los que se reclama. Así, el Real Decreto 147/1993, de 29 de enero, por el que se establecían condiciones sanitarias de producción y comercialización de carnes frescas (hoy derogado por Real Decreto 640/2006, de 26 mayo), en su artículo 5, letra i), dispone que los veterinarios declararán no aptas para el consumo las carnes que presenten residuos de sustancias nocivas o que pudieran hacer, eventualmente, peligrosos o nocivos para la salud humana el consumo de carnes frescas, en la medida en que dichos residuos sobrepasen los límites de tolerancia fijados por la legislación vigente; asimismo, su artículo 13.1 habilita a la Administración sanitaria a efectuar cuantos controles veterinarios considere oportunos, cuando existan sospechas de incumplimiento de la legislación veterinaria o dudas acerca de la salubridad de las carnes. Por su parte, 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, dispone en su artículo 16 que todo resultado que ponga de manifiesto una superación de los límites máximos de residuos, dará lugar a declarar como no aptos para el consumo humano todas las canales o productos de que se trate, así como a prohibir la salida de los animales o de los productos del establecimiento durante la investigación y de acuerdo con el resultado de la misma.

Este mismo Reglamento estatal fija el procedimiento de toma de muestras y análisis de las mismas en su artículo 13, previendo que, cuando el análisis inicial arroje resultados positivos de los que se deduzcan infracciones, puede realizarse un análisis contradictorio por parte del interesado, para lo cual puede acudir a un laboratorio autorizado, oficial o privado, en el que un técnico designado por el propio laboratorio procederá al análisis de la muestra, utilizando las mismas técnicas que las empleadas en el análisis inicial. En el caso de que existiera contradicción entre los resultados de los análisis inicial y contradictorio, éstos serán confirmados mediante un tercer análisis, que será dirimente y definitivo. Esta confirmación será realizada por el Laboratorio Nacional de Referencia correspondiente, según la sustancia o residuo de que se trate.

#### **CUARTA.- Elementos de la responsabilidad patrimonial. Requisitos.**

De conformidad con el 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 presupuestos de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública son, como reiteradamente ha expuesto la jurisprudencia en interpretación de los artículos 139 y siguientes LPAC (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 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 y la lesión, y no sea ésta consecuencia de un caso de fuerza mayor;

c) que la lesión sea antijurídica, en el sentido de que el perjudicado no tenga obligación de soportarla.

De estos elementos, cabe considerar plenamente acreditado el daño, pues el expediente refleja de forma suficiente el valor inicial de la carne, la minoración de aquél como consecuencia del tiempo transcurrido entre la inmovilización y la liberación final para el consumo, los gastos generados durante aquella inmovilización y el coste de los análisis contradictorios. Su cuantificación se deja, por motivos sistemáticos, para la Consideración Sexta de este Dictamen.

A la determinación de si concurren en el supuesto sometido consulta los otros dos elementos: nexo causal y antijuridicidad del daño, se dedica la siguiente Consideración.

**QUINTA.- Causalidad y antijuridicidad: existencia.**

Para la reclamante, la causa de todos los perjuicios económicos sufridos se encuentra en la inmovilización de las canales de cerdo en el matadero, decidida por la Administración regional. Inmovilización que se dilató indebidamente como consecuencia del error cometido por el

Laboratorio Regional de Salud Pública al efectuar las determinaciones analíticas del nivel de plomo en la carne.

Para determinar si existe esa relación causal se estima conveniente efectuar una cronología de los hechos que, según el expediente, es la que sigue:

a) El 1 de abril de 2005, la Agencia Española de Seguridad Alimentaria lanza una alerta al haber detectado los servicios sanitarios de la Junta de Andalucía niveles de plomo en carne superiores a los permitidos, en animales procedentes de la explotación de la empresa reclamante, ubicada en la provincia de Córdoba.

b) El 4 de abril, se procede al sacrificio en el matadero de "Mercamurcia" de 119 cerdos (14.420 kilogramos) procedentes de dicha explotación, cuyas canales son adquiridas por la empresa "--, S.L.", que abona por ellas una cantidad de 16.740,9 euros.

c) El 5 de abril, dos inspectores del Servicio de Seguridad Alimentaria y Zoonosis toman muestras de 10 canales de cerdo, para la investigación de niveles de metales pesados en carne e hígado, y proceden a la inmovilización cautelar de toda la partida, quedando depositada en las cámaras frigoríficas del matadero a la espera de obtener los resultados analíticos de las muestras.

d) Los resultados de los análisis se obtienen el 6 de abril, siendo 3 de las muestras positivas a plomo por encima de los límites máximos permitidos.

e) El 7 de abril, el Coordinador del PNIR (Plan Nacional de Investigación de Residuos) en la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, que es el Jefe de Servicio de Seguridad Alimentaria y Zoonosis, propone a la explotación de origen de los animales dos alternativas: a) proceder al decomiso y destrucción de las restantes canales inmovilizadas; o b) proceder al análisis de cada una de las canales, con cargo al interesado, para lo que deberán permanecer inmovilizadas hasta la obtención de resultados durante un plazo estimado de, al menos, 12 días.

Ese mismo día se liberan para el consumo las 7 canales analizadas que dieron resultados negativos a plomo, ordenándose el decomiso y destrucción de las tres que dieron resultados positivos.

f) No consta en el expediente la contestación dada por la empresa, pero cabe presumir que optó por el análisis de todas las canales, toda vez que el 11 de abril un inspector toma muestras de las 109 restantes.

g) Los días 14 y 15 de abril se comunican los resultados de los análisis y se liberan para el consumo todas las canales excepto 15 de ellas, en las que se ha detectado un nivel de plomo por encima del Límite Máximo de Residuo -LMR- (0,1 ppm).

Respecto de las canales liberadas, se deja a la decisión de los Servicios Veterinarios Oficiales del matadero su aptitud para el consumo, dado el tiempo transcurrido desde la inmovilización.

h) Según indica la empresa "--, S.L.", cuando se liberan las canales para el consumo, la carne había sufrido un deterioro muy grande y sólo pudo ser aprovechada una parte de los magros y tocinos despiezados, por un valor estimado de 4.772 euros, procediéndose a la destrucción del resto de la partida en una planta de residuos cárnicos, los días 15 y 18 de abril.

i) El 19 de julio, la explotación porcina es excluida de la Red de Alerta por el órgano competente de la Junta de Andalucía, al resultar negativos los análisis dirimientes de las muestras que provocaron su inclusión en ella.

j) El 28 de septiembre se entregan al representante de la explotación porcina las muestras para realizar análisis contradictorios, los cuales ofrecen resultados negativos a plomo por encima de los límites máximos permitidos en las tres muestras.

k) El 20 de octubre, el representante de la explotación ganadera comunica dichos resultados al Jefe de Servicio de Seguridad Alimentaria y Zoonosis y solicita que se decrete la inexistencia de plomo en los animales intervenidos.

l) El 25 de octubre, el Director del Laboratorio Regional de Salud Pública informa que se está investigando el motivo de las discrepancias existentes entre los resultados de los análisis inicial, contradictorio y dirimente, apuntando que puede haberse producido una contaminación en el proceso de homogeneización o digestión química de las muestras.

m) El 27 de octubre, el Jefe de Servicio de Seguridad Alimentaria y Zoonosis contesta a la explotación ganadera, a la que da traslado de las manifestaciones del Director del Laboratorio y

concluyendo que *“queda del todo acreditado que ninguna de las muestras analizadas en el Laboratorio Regional de Salud Pública de esta Dirección General, durante el proceso de investigación subsiguiente a la inclusión en la Red de Alerta de su explotación por parte de las Autoridades Sanitarias de la Junta de Andalucía, contenía residuos de plomo por encima del límite máximo de residuo fijado para este metal pesado”*.

A la luz de estos antecedentes, cabe apreciar una relación causal entre los daños alegados (pérdida de valor de la carne, gastos de su permanencia en el matadero, costes de análisis contradictorios) y la actuación administrativa, toda vez que aquéllos se producen como consecuencia de la inmovilización cautelar de las canales, que no pueden destinarse de forma inmediata a su transformación, perdiendo calidad y aptitud para su consumo con el transcurrir de los 9-10 días que fueron necesarios para practicar los análisis de la carne.

No obstante, 7 canales fueron liberadas para el consumo humano el 7 de abril de 2005, sólo tres días después del sacrificio de los animales, por lo que respecto de ellas no puede considerarse acreditado que se produjeran daños.

De conformidad con la normativa reguladora de la actividad de policía alimentaria, la intervención e inmovilización de las canales estaba plenamente justificada, dada la alerta que pesaba sobre los animales procedentes de la explotación y que había sido lanzada por la Agencia Española de Seguridad Alimentaria, como consecuencia de la detección, por parte de las autoridades sanitarias andaluzas, de residuos de plomo por encima del límite máximo permitido. Ninguna responsabilidad cabría deducirse de tal actuación, pues la empresa interesada vendría obligada por el ordenamiento a asumir las consecuencias perjudiciales derivadas de esta actuación administrativa, amparada en el ejercicio de sus competencias y en la existencia de una alerta sanitaria que, en principio, excluiría cualquier antijuridicidad. Así, el artículo 22 RD 1749/1998, faculta a los veterinarios oficiales de los mataderos a, en caso de aparición de resultados positivos, hacer que las carnes y los despojos se envíen a una fábrica de transformación de materiales de alto riesgo, *“sin compensación ni indemnización alguna”*, siendo los gastos de dicha destrucción a cargo de los propietarios de los animales.

Ahora bien, esa obligación de soportar el daño no puede extenderse a aquellos perjuicios económicos que se derivan de un funcionamiento anormal de la Administración y que la explotación interesada identifica con la errónea determinación analítica de existencia de plomo en la carne de los cerdos, por encima de los niveles permitidos. Deviene, por tanto, en cuestión

esencial para decidir la reclamación sometida a consulta la acreditación de que aquellas determinaciones fueron equivocadas.

A tal efecto, es preciso acudir al procedimiento establecido por el artículo 13, para la toma de muestras y su análisis. Prevé el precepto que, cuando el análisis inicial arroje resultados positivos de los que se deduzcan infracciones, puede realizarse un análisis contradictorio por parte del interesado, para lo cual puede acudir a un laboratorio autorizado, oficial o privado, en el que un técnico designado por el propio laboratorio procederá al análisis de la muestra, utilizando las mismas técnicas que las empleadas en el análisis inicial. En el caso de que existiera contradicción entre los resultados de los análisis inicial y contradictorio, éstos serán confirmados mediante un tercer análisis, que será dirimente y definitivo. Esta confirmación será realizada por el Laboratorio Nacional de Referencia correspondiente según la sustancia o residuo de que se trate. El mismo artículo prevé, en su apartado 5, un procedimiento aplicable cuando existan canales intervenidas cautelarmente, que contempla la realización de un único análisis con la presencia de un técnico designado por el propietario de los animales.

En el supuesto sometido a consulta, el procedimiento seguido parece ser el ordinario, efectuándose el análisis inicial de las muestras en el Laboratorio Regional de Salud Pública, sin que conste la presencia de un técnico designado por la propietaria de los animales. Frente al resultado positivo de tales análisis para plomo superior al LMR fijado, la reclamante opone un análisis contradictorio que no reúne las características exigidas por el citado reglamento estatal para contradecir los resultados oficiales, toda vez que: a) no consta que se realizara en un laboratorio autorizado, pues nada hay en el expediente que permita calificar como tal al laboratorio privado que realizó los análisis; b) el procedimiento analítico utilizado (PE-324) parece ser diferente respecto del aplicado en el Laboratorio oficial (PNT-FQ/153); y c) dicho análisis contradictorio se realizó sólo sobre 3 de las 18 muestras que habían dado resultados positivos.

Además, no consta que se realizara el preceptivo y definitivo análisis dirimente de dichas muestras por el correspondiente Laboratorio Nacional de Referencia, pues el único análisis de tales características del que hay constancia en el expediente es el que se realizó sobre las muestras obtenidas por las autoridades sanitarias andaluzas y que permitió excluir a la explotación de la Red de Alerta el 19 de julio de 2005.

Ahora bien, presupuesto necesario para exigir al interesado una prueba plena sobre la incorrección de los análisis oficiales es su fiabilidad. Ésta se presume por el ordenamiento, que exige dos análisis (contradictorio y dirimente, realizados por laboratorios cualificados y con unas



determinadas condiciones) que arrojen resultados diferentes a los iniciales para poder negarla, destruyendo tal presunción.

Ocurre, sin embargo, que en el supuesto sometido a consulta tal presunción de fiabilidad ha sido destruida por la propia Administración regional, al reconocer el Director del laboratorio oficial que realizó los análisis iniciales la posibilidad de una contaminación en el proceso de homogeneización o digestión química de las muestras analizadas, que distorsionó sus resultados. Por ello, con base en tal reconocimiento y en la existencia tanto de análisis contradictorios con resultados distintos a los oficiales como de un análisis dirimente que, aun realizado sobre muestras diferentes a las que analizó la Administración regional proceden de la misma explotación, el Jefe del Servicio de Seguridad Alimentaria y Zoonosis concluye que *“ninguna de las muestras analizadas en el Laboratorio Regional de Salud Pública de esta Dirección General, durante el proceso de investigación subsiguiente a la inclusión en la Red de Alerta de esta explotación por parte de las Autoridades Sanitarias de la Junta de Andalucía, contenía residuos de plomo por encima del Límite Máximo de Residuo fijado para este metal pesado”*.

Quizás sea excesivo alcanzar esta conclusión; pero, lo que sí puede afirmarse es que la falta de fiabilidad de los resultados analíticos iniciales, reconocida por la propia Administración, y la existencia de elementos de prueba que, sin ser los exigidos por el ordenamiento para rebatir eficazmente tales resultados, sí que hacen verosímil que pudiera cometerse un error en aquellas primeras determinaciones analíticas, dejan sin justificación el mantenimiento en el tiempo de la inmovilización cautelar de las canales, que fue decidida a raíz de aquellos análisis. En consecuencia, todos los perjuicios económicos derivados de esa indebida prolongación de la medida cautelar no han de ser soportados por la empresa reclamante, pues no existe norma o título jurídico válido que así se lo imponga, deviniendo en antijurídicos.

En consecuencia, cabe concluir, con la propuesta de resolución, que procede declarar el derecho de la reclamante a ser resarcida de los daños sufridos como consecuencia del funcionamiento de los servicios regionales de salud pública (seguridad alimentaria), que cabe calificar de anormal.

#### **SEXTA.- Cuantía de la indemnización.**

La sociedad reclamante pretende ser indemnizada, inicialmente, con 19.345,30 euros, cantidad que resulta de la suma de las siguientes:

a) 16.740,9 euros, importe inicialmente facturado a "--, S.L." por la carne. En esta partida se incluyen tanto la contra-factura por importe de 11.320,56 euros, correspondiente a las cantidades no abonadas por la indicada mercantil, más los gastos generados por la carne durante su inmovilización, que, aunque inicialmente abonados por dicha empresa, fueron posteriormente girados a la reclamante, constando su abono, mediante factura.

b) 500 euros, por desplazamientos del personal de la empresa para obtener las muestras con las que realizar los análisis contradictorios.

c) 104,4 euros, por el coste de los análisis.

d) 2.000 euros por asesoramiento jurídico.

La inicial propuesta de resolución reconocía el derecho a una indemnización de 16.845,30 euros, al desestimar, acertadamente, la reclamación relativa a los desplazamientos, cuyo coste no ha quedado acreditado en el expediente, y a los gastos de asesoramiento jurídico, conforme a la doctrina seguida en tal extremo por este Consejo Jurídico (por todos, Dictamen 84/2007).

Conocida esta propuesta de resolución por la reclamante, en su último escrito de alegaciones solicita que sea tal cantidad (16.845,30 euros) la que se fije como indemnización, abandonando su pretensión de ser indemnizada por los conceptos desestimados por el instructor.

La última propuesta de resolución, no obstante, considera que a las pérdidas directas reclamadas (16.740,90 euros) ha de restarse el importe del aprovechamiento obtenido por la carne, que la empresa adquirente cifra en 4.772 euros, y sumarle el coste de los análisis contradictorios, arrojando un montante de 12.073,30 euros.

Coincide este Consejo Jurídico con el instructor. En efecto, de conformidad con las manifestaciones efectuadas por "--, S.L.", el valor inicial de la carne era de 16.740,90 euros, cuantía a la que ascendía la deuda de esta empresa con la reclamante. Como consecuencia de la inmovilización de la carne se generaron gastos directos (5.420,34 euros), que fueron girados a la explotación ganadera por la empresa adquirente de las canales, mediante compensación de la deuda inicial ( $16.740,90 - 5.420,34 = 11.320,56$ ). Este resto fue abonado por la explotación cordobesa a la empresa cárnica transformadora. Esta es la realidad que reflejan las facturas obrantes en el expediente, y que fueron aportadas por la reclamante junto a su escrito inicial. Sin embargo, cuando las actuaciones instructoras sugeridas por la Intervención General ofrecen

información acerca del aprovechamiento de parte de la carne, por un valor estimado de 4.772 euros, la mercantil reclamante no lo niega, aunque sigue insistiendo en que el perjuicio derivado de las pérdidas directas en la carne equivale a su valor inicial, como si no hubiera podido aprovecharse carne alguna, lo que no es cierto. Y es que el expediente demuestra que parte de la carne pudo ser aprovechada, no sólo porque así lo manifiesta la empresa adquirente, sino también por la liberación para el consumo, el 7 de abril (sólo 3 días después del sacrificio), de 7 canales cuyas muestras arrojaron resultados negativos.

En consecuencia, y considerando que estas 7 piezas se incluyen en la valoración del aprovechamiento efectuada por la empresa cárnica, el importe de éste, es decir, 4.772 euros, no puede considerarse como pérdida resarcible para la reclamante.

En definitiva, la cuantía de la indemnización debe ascender a 12.073,3 euros, en concepto de pérdidas directas en el valor de la carne (resultante de restar al inicial el de su aprovechamiento), más el importe de los análisis contradictorios. Esta cuantía ha de actualizarse conforme a lo dispuesto en el artículo 141.3 LPAC.

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

### **CONCLUSIÓN**

**ÚNICA.**- Se informa favorablemente la propuesta de resolución que estima parcialmente la reclamación, al considerar que concurren todos los elementos a los que el ordenamiento jurídico vincula el nacimiento de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas.

No obstante, V.E. resolverá.



**DICTAMEN 58/2010**

**Asunto** Consejería de Economía y Hacienda, formulada x.  
**Consultante** Consejera de Presidencia y Administración Pública  
**Fecha** 22/03/2010

**Extracto de Doctrina**

1. Tanto la jurisprudencia constitucional como la del Tribunal Supremo señalan que el derecho de petición excluye cualquier pretensión con fundamento en la alegación de un derecho subjetivo o un interés legítimo especialmente protegido (STC 242/1993), no pudiendo utilizarse el derecho de petición para esgrimir pretensiones subjetivas cuya satisfacción se convierta en obligatoria para la autoridad requerida (STS, 3ª, de 17 de febrero de 2003).

2. Atendido el carácter extraordinario del procedimiento y la ya indicada necesaria interpretación estricta de las causas de nulidad, cabe exigir de quien la invoca que traiga al procedimiento los elementos de juicio necesarios para poder apreciar de forma clara y ostensible la manifiesta incompetencia del órgano que dictó los actos impugnados. Y es que la utilización por la LPAC 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).

3. Ha de recordarse la constante doctrina según la cual para que opere esta causa de nulidad, el empleo de los dos adverbios que utiliza el artículo 62.1, letra e) LPAC “total y absolutamente” recalca “la necesidad de que se haya prescindido por entero, de un modo manifiesto y terminante, del procedimiento obligado para elaborar el correspondiente acto administrativo; o bien de algunos de sus trámites esenciales que se pueda equiparar a esa omisión total. Junto a lo anterior, precisamente para ponderar la especial gravedad del vicio que se alega, ha de analizarse si se causó indefensión al interesado, para lo que habrán de tenerse en cuenta, entre otras circunstancias, las consecuencias que sufrió por tal conculcación y lo que hubiera podido variar el acto administrativo originario en caso de haberse observado el trámite omitido” (Dictamen del Consejo de Estado 670/2009). Y es que, en la interpretación estricta que demanda esta causa de nulidad, ha de ser puesta en relación con la función de garantía inherente a la exigencia de que el ejercicio de las potestades y competencias administrativas se actúe a través de un procedimiento, a la vez garantía de los ciudadanos y del interés público. Por ello, la eventual concurrencia de esta causa de nulidad no debe examinarse desde una perspectiva formalista, sino desde una óptica sustantiva, en la que lo decisivo no es tanto la ausencia de uno o varios trámites, como que no se

hayan respetado los principios o reglas esenciales que informan el procedimiento (Dictamen del Consejo de Estado 2183/2003).

### **ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** Con fecha 13 de enero de 2003, x. dirige al Presidente de la Comunidad Autónoma un escrito en el que 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 de la Administración 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 conocedor 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 el 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.

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 aquella 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 marzo 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 interesado 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 al 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.

**DECIMOOCTAVO.-** Por Dictamen 115/2009, el Consejo Jurídico manifiesta su parecer contrario a la inadmisión de la solicitud de revisión de oficio, al considerar que no se dan los requisitos exigidos por la normativa procedimental básica (art. 102.3 LPAC), toda vez que la petición del x. se basa en una causa de nulidad, no cabe advertir *a limine* que carezca manifiestamente de fundamento ni que, en contra de lo apreciado por la Consejería consultante, se hubieran desestimado en cuanto al fondo otras solicitudes sustancialmente iguales, pues los pronunciamientos judiciales esgrimidos por la Administración (recogidos en los Antecedentes Quinto y Sexto de este Dictamen), al concluir en la inadmisibilidad de la pretensión del recurrente en la especial vía jurisdiccional por él elegida, no llegaron a entrar en el fondo de lo reclamado, que quedó imprejuizado.

**DECIMONOVENO.-** Con fecha 31 de julio de 2009, el Consejo de Gobierno acuerda estimar el recurso de reposición interpuesto por el x. frente a la inadmisión de su solicitud de revisión de oficio, dejándola sin efecto y ordenando retrotraer el expediente al momento de la presentación de la solicitud por el interesado, a efectos de su admisión a trámite y de la emisión el correspondiente pronunciamiento sobre el fondo.

**VIGÉSIMO.-** El 16 de septiembre la Dirección General de Empleo Público emite informe-propuesta desestimatorio de la solicitud de revisión de oficio, al considerar que no concurren en los actos cuya revisión se pretende ninguna de las causas de nulidad esgrimidas por el interesado.

**VIGESIMOPRIMERO.-** El 14 de octubre informa el Servicio Jurídico de la Consejería de Presidencia y Administraciones Públicas, en sentido desfavorable a la revisión de oficio pretendida, tras negar que los actos impugnados estén incurso en ninguna de las causas de nulidad expuestas por el interesado.

**VIGESIMOSEGUNDO.-** Con fundamento en el indicado informe, el 19 de octubre, la Consejera de Presidencia y Administraciones Públicas eleva al Consejo de Gobierno propuesta de resolución desestimatoria de la solicitud de revisión formulada por el Sr. x.

**VIGESIMOTERCERO.-** El 10 de noviembre la Dirección de los Servicios Jurídicos emite su preceptivo informe, favorable a la desestimación de la revisión instada, negando la concurrencia en los actos impugnados de las causas de nulidad invocadas por el interesado.

**VIGESIMOCUARTO.-** En tal estado de tramitación y una vez incorporado un índice de documentos, se solicita la emisión del preceptivo Dictamen, mediante escrito recibido en el Consejo Jurídico el pasado 24 de noviembre de 2009.

**VIGESIMOQUINTO.-** Con fecha 14 de diciembre de 2009, el interesado solicita al Presidente del Consejo Jurídico que se le conceda el trámite de audiencia previsto en el artículo 48 del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo Jurídico de la Región de Murcia, a lo que se accede, mediante Resolución de fecha 21 de diciembre.

Con ocasión del indicado trámite, el interesado comparece el 12 de enero de 2010 y, tras vista del expediente, formula alegaciones mediante escrito recibido en el Consejo Jurídico el 26 de enero de 2010.

Alega el interesado que las actuaciones seguidas por la Consejería consultante en la tramitación del procedimiento de revisión de oficio en el que se inserta este Dictamen serían nulas porque más que reanudar el procedimiento iniciado por el x. parecen iniciar uno nuevo, sin darle audiencia y desconociendo que los asuntos dictaminados por el Consejo Jurídico no podrán ser informados por ningún otro órgano de la Región de Murcia.

En cuanto al fondo, insiste en que, desde sus primeros escritos, lo que él ha ejercitado en todo momento es el derecho de petición amparado en el artículo 29 CE y la LODEPE, y no una solicitud de abono de atrasos, como de forma constante se empeña en considerar la Administración regional, al calificar su petición como reclamación retributiva y darle la tramitación correspondiente a ésta y no a la petición realmente efectuada, que no reclama unos atrasos salariales, sino que suplica se solucione el perjuicio económico que se le ha irrogado al recibir un trato distinto al de otros funcionarios. Esta actitud de la Administración se traduce en la invalidez de las órdenes impugnadas, que estarían incursas en las causas de nulidad establecidas por el artículo 62.1, a), b) y e) LPAC.

Del mismo modo, acompaña a su escrito de alegaciones copia tanto de la demanda interpuesta en su día frente a las órdenes cuya revisión pretende como de la apelación frente al auto que inadmitía el recurso contencioso-administrativo interpuesto.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

## **CONSIDERACIONES**

### **PRIMERA.- Carácter y alcance 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.

El carácter extraordinario ("*cauce de utilización excepcional y de carácter limitado*", según el Dictamen del Consejo de Estado núm. 3.380/98, de 8 de octubre) que es propio de los procedimientos de revisión de oficio que, en franca pugna con el principio de seguridad jurídica, deriva de su virtualidad para dejar sin efecto actos administrativos que han devenido firmes, impone una interpretación estricta de las normas reguladoras de esta vía impugnatoria y de las causas de nulidad que habilitan su uso, pues en definitiva se trata de abrir un nuevo debate fuera de los plazos preclusivos normales, sobre actos administrativos firmes y que, en el supuesto sometido a consulta han sido objeto, incluso, de conocimiento por los órganos jurisdiccionales.

Atendido tan extraordinario carácter, este Dictamen se contrae de forma estricta a la determinación de si en el supuesto sometido a consulta concurren tales causas, sin efectuar una valoración de la actuación administrativa desarrollada, más allá de lo que sea estrictamente necesario para determinar si se dan las circunstancias legales habilitantes para declarar la nulidad de los actos administrativos impugnados.

En este sentido, si bien inicialmente el interesado considera que la actuación de la Administración regional incurre en desviación de poder, cuando al eludir la aplicación del procedimiento previsto en la LODEPE y calificar su petición como una reclamación de diferencias retributivas, le condena al fracaso de su pretensión por tratarse de unas obligaciones económicas ya prescritas, en sus posteriores escritos abandona esta imputación y se centra en la concurrencia de tres causas de nulidad.

El carácter extraordinario y limitado del procedimiento revisorio determina que el análisis jurídico que ha de efectuar este Órgano Consultivo se circunscriba, al margen de las cuestiones procedimentales, a la constatación de la concurrencia de las concretas causas de nulidad alegadas, por contraste con los recursos que permiten una plena cognición de cualesquiera

argumentaciones para apoyar las pretensiones del recurrente. Comoquiera que la desviación de poder inicialmente esgrimida, de existir, no daría lugar a la nulidad de los actos impugnados, sino, a lo sumo, a su anulabilidad ex artículo 63.1 LPAC, el análisis de si aquella efectivamente concurre en la actuación administrativa impugnada únicamente será preciso en la medida en que pudiera integrar alguna de las causas de nulidad invocadas, a lo que se dedican las siguientes consideraciones.

## **SEGUNDA.- Procedimiento.**

El artículo 102.1 LPAC establece que las Administraciones Públicas, en cualquier momento, por iniciativa propia, o a solicitud de interesado (circunstancia que concurre en el presente supuesto), y previo Dictamen favorable del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma, declararán de oficio la nulidad de los actos administrativos que hayan puesto fin a la vía administrativa, o que no hayan sido recurridos en plazo, en los supuestos previstos en su artículo 62.1.

### 1. Requisito temporal.

Los actos administrativos impugnados por el interesado mediante la acción de nulidad que da lugar al presente procedimiento de revisión de oficio son sendas órdenes de la Consejería de Hacienda y Administración Pública, de 27 de enero y 4 de marzo de 2003, por las que se contesta a la petición efectuada por el interesado, calificándola como reclamación de cantidades en concepto de retribuciones atrasadas, que se desestima, así como a un segundo escrito del x., de fecha 24 de febrero de 2003 que, calificado por la Administración como recurso de reposición contra la Orden de 27 de enero de 2003, es asimismo desestimado.

De apreciarse motivo de nulidad, no existe límite temporal para la resolución del procedimiento, ya que la declaración de oficio de aquella puede efectuarse en cualquier momento (artículo 102.1 LPAC), siendo imprescriptible el ejercicio de la acción.

### 2. Procedimiento y órgano competente para la declaración de nulidad.

a) Respecto al procedimiento de revisión seguido, cabe afirmar que, en general, se ha ajustado a lo dispuesto en el artículo 102.2 LPAC, pues, una vez subsanada la omisión del preceptivo trámite de audiencia al interesado con el conferido ante este Consejo Jurídico, consta la

solicitud de informe a la Dirección de los Servicios Jurídicos, habiéndose formulado propuesta de resolución y solicitado la emisión del presente Dictamen.

Respecto a las alegaciones que sobre el procedimiento seguido formula el interesado, ninguna de ellas puede prosperar. En efecto, conforme a una consolidada doctrina jurisprudencial, la omisión del trámite de audiencia en la instrucción de los procedimientos administrativos únicamente puede determinar la invalidez de lo actuado cuando tal omisión genere indefensión al interesado, al amparo de lo establecido en el artículo 63.2 LPAC, lo que en absoluto ha ocurrido en el presente supuesto, toda vez que el x. ha podido obtener vista de las actuaciones y presentar cuantas alegaciones ha estimado oportuno frente a este Consejo Jurídico, cuya actuación se inserta antes de la resolución definitiva, siendo incluso determinante de ella. En este sentido, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, señala que *“es claro que a la ausencia del trámite de audiencia le es de aplicación de manera muy directa la previsión del apartado 2 del artículo 63 de la Ley 30/1992, que establece la anulabilidad de un acto administrativo por defecto de forma cuando éste de lugar a la indefensión del interesado. Y, precisamente, si es esencial el trámite de audiencia, es porque su falta podría determinar que se produjese la efectiva indefensión del afectado. Ahora bien, esa indefensión no equivale a la propia falta del trámite, sino que ha de ser real y efectiva, esto es, para que exista indefensión determinante de la anulabilidad del acto es preciso que el afectado se haya visto imposibilitado de aducir en apoyo de sus intereses cuantas razones de hecho y de derecho pueda considerar pertinentes para ello. Así pues, según hemos dicho reiteradamente y como señala la sentencia impugnada, no se produce dicha indefensión material y efectiva cuando, pese a la falta del trámite de audiencia previo a la adopción de un acto administrativo, el interesado ha podido alegar y aportar cuanto ha estimado oportuno. Tal oportunidad de defensa se ha podido producir en el propio procedimiento administrativo que condujo al acto, pese a la ausencia formal de un trámite de audiencia; asimismo, el afectado puede contar con la ocasión de ejercer la defensa de sus intereses cuando existe un recurso administrativo posterior; y en último término, esta posibilidad de plena alegación de hechos y de razones jurídicas y consiguiente evitación de la indefensión se puede dar ya ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa”* (STS de 16 de marzo de 2005).

Del mismo modo, tampoco cabe apreciar que se haya incumplido la previsión del artículo 2.5 del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo Jurídico de la Región de Murcia, aprobado por Decreto 15/1998, de 2 de abril, que reproduce la norma contenida en el artículo 2.4 LCJ, sobre la prohibición de someter a dictamen ulterior de ningún otro órgano o institución de la Región de Murcia los asuntos sobre los que haya informado el Consejo Jurídico. Y es que nuestro anterior Dictamen 115/2009 en nada impide que los órganos que han intervenido en

la instrucción del procedimiento de revisión informen sobre la cuestión de fondo, toda vez que aquel inicial pronunciamiento del Consejo Jurídico versa, de forma exclusiva, sobre la primigenia inadmisión a trámite de la revisión de oficio solicitada, no sobre la procedencia de declarar o no la nulidad de los actos impugnados que es el objeto del presente procedimiento, pues el referido Dictamen evita anticipar cualquier consideración al respecto.

b) El Consejo de Gobierno es competente para resolver el procedimiento iniciado por la acción de nulidad ejercitada por el interesado, conforme a lo establecido en el artículo 33.1, letra 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 en el artículo 22.27 de la Ley 6/2004, de la misma fecha, del Estatuto del Presidente y del Consejo de Gobierno de la Región de Murcia.

**TERCERA.- La lesión del derecho de petición consagrado por el artículo 29 CE como causa de nulidad del artículo 62.1, letra a) LPAC.**

I. Dados los términos de esta alegación, resulta imprescindible, como primera actuación, determinar cuál es el contenido del derecho de petición. A tal efecto, ha de recordarse que el artículo 29 de la Constitución establece que "*todos los españoles tendrán el derecho de petición individual y colectiva, por escrito, en la forma y con los efectos que determine la Ley*". Se trata de un derecho que la Constitución introduce entre los derechos fundamentales y libertades públicas de la Sección 1ª del Capítulo Segundo del Título I. Por ello, vincula a todos los poderes públicos (artículo 53.1 CE) y cualquier ciudadano puede recabar la tutela del derecho de petición ante los Tribunales ordinarios a través del procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional (artículo 53.2 CE); su desarrollo debe realizarse mediante Ley Orgánica (artículo 81.1 CE).

La doctrina del Tribunal Constitucional sobre el derecho de petición se contiene, esencialmente, en sus Sentencias 161/1988, de 20 de septiembre, y 242/1993, de 14 de julio. En la primera de ellas ya afirma que el artículo 29 de la Constitución "*reconoce un derecho uti cives del que disfrutan por igual todos los españoles, en su condición de tales, que les permite dirigir, con arreglo a la Ley a que se remite la Constitución, peticiones a los poderes públicos, solicitando gracia o expresando súplicas o quejas, sin que en él se incluya el derecho a obtener respuesta favorable a lo solicitado*".



La segunda de estas Sentencias destaca que la petición en que consiste el derecho en cuestión “*excluye cualquier pretensión con fundamento en la alegación de un derecho subjetivo o un interés legítimo especialmente protegido, incluso mediante la acción popular en el proceso penal o la acción pública en el contencioso-contable o en el ámbito del urbanismo. (...) La petición puede incorporar una sugerencia o una información, una iniciativa, "expresando súplicas o quejas", pero en cualquier caso ha de referirse a decisiones discrecionales o graciabiles (STC 161/1988), sirviendo a veces para poner en marcha ciertas actuaciones institucionales, como la del Defensor del Pueblo o el recurso de inconstitucionalidad de las Leyes (arts. 54 y 161.1.a) C.E.), sin cauce propio jurisdiccional o administrativo, por no incorporar una exigencia vinculante para el destinatario (...) el contenido de este derecho como tal es mínimo y se agota en la mera posibilidad de ejercitarlo, formulando la solicitud, sin que de ello pueda derivarse perjuicio alguno al interesado, garantía o cautela que está en el origen histórico de este derecho y ha llegado a nuestros días*”. Más adelante precisa que el derecho de petición también “*incluye la exigencia de que el escrito al cual se incorpore la petición sea admitido, se le dé el curso debido o se reexpida al órgano competente si no lo fuera el receptor y se tome en consideración. Desde la perspectiva del destinatario, se configuran dos obligaciones, una al principio, exteriorizar el hecho de la recepción, y otra al final, comunicar al interesado la resolución que se adopte, sin que ello incluya el derecho a obtener respuesta favorable a lo solicitado*”.

En línea con esta doctrina, el Tribunal Supremo, a partir de la Sentencia de 10 de abril de 1987 (en igual sentido las de 14 de noviembre de 1989 y de 16 de abril de 1996, entre otras) considera que el artículo 29 de la Constitución obliga a la Administración a resolver las peticiones que se le hagan y a comunicar al interesado la resolución que se adopte.

El contenido del derecho de petición, en consecuencia, viene determinado por la libre formulación de las peticiones, sin que de ello pueda derivarse perjuicio alguno para el interesado, el derecho a que se le dé el curso debido o se reexpida al órgano competente y a obtener una contestación expresa, favorable o desfavorable a lo pedido.

II. A la luz de lo actuado por la Administración no puede estimarse que, al calificar los escritos del interesado como reclamación de atrasos retributivos y como recurso de reposición, respectivamente, se haya vulnerado el indicado contenido esencial del derecho de petición, pues en definitiva el x. pudo formular su pretensión, fue recibida por la Administración autonómica y resuelta, precisamente por las Órdenes contra las que ahora actúa.

Coincide en esta apreciación este Órgano Consultivo con el Auto de 9 de abril de 2003, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 3 de Murcia, por el que se inadmite el recurso planteado por el interesado por el procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales de la persona (arts. 114 y ss de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa) frente a los actos cuya revisión ahora pretende. Señala el órgano jurisdiccional que *“en ningún momento se le ha vulnerado el derecho de petición puesto que, aunque no ha recibido la respuesta que él esperaba (...), 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”*.

El fondo de la cuestión, como quizás no ha llegado a exponerse de forma suficiente, reside en la utilización del derecho de petición para la satisfacción de una pretensión económica que no cabe incardinar en el objeto que es propio de las peticiones en sentido estricto, sino de la instancia o solicitud administrativa regulada por la LPAC. En efecto, la LODEPE establece en su artículo 3 cuál es el objeto posible de las peticiones, señalando que podrán versar sobre cualquier asunto o materia comprendido en el ámbito de competencias del destinatario, no pudiendo ser objeto del derecho de petición aquellas solicitudes, quejas o sugerencias para cuya satisfacción el ordenamiento jurídico establezca un procedimiento específico distinto al regulado en la presente Ley. Su Exposición de Motivos precisa, al respecto, que *“las peticiones pueden incorporar una sugerencia, una iniciativa, una información, expresar quejas o súplicas. Su objeto, por tanto, se caracteriza por su amplitud y está referido a cualquier asunto de interés general, colectivo o particular. Ahora bien, su carácter supletorio respecto a los procedimientos formales específicos de carácter parlamentario, judicial o administrativo obliga a delimitar su ámbito a lo estrictamente discrecional o graciable, a todo aquello que no deba ser objeto de un procedimiento especialmente regulado”*.

Tanto la jurisprudencia constitucional como la del Tribunal Supremo señalan que el derecho de petición excluye cualquier pretensión con fundamento en la alegación de un derecho subjetivo o un interés legítimo especialmente protegido (STC 242/1993), no pudiendo utilizarse el derecho de petición para esgrimir pretensiones subjetivas cuya satisfacción se convierta en obligatoria para la autoridad requerida (STS, 3ª, de 17 de febrero de 2003). La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, en sentencias de 15 de junio de 2004 y 23 de junio de 2005, recuerda *“que las peticiones a que se refiere el art. 29 de la Constitución son peticiones graciables, no fundadas en un derecho subjetivo o en una norma previa habilitante, y eso las distingue del derecho de instancia a que se refiere ahora la LPAC cuando regula la iniciación del procedimiento a instancia*

*del interesado (art. 70)”; o también, “estamos ante esa técnica constitucional que se llama derecho de petición, cuyo valor es ciertamente residual en nuestros días, y que sirve para hacer valer (...) aspiraciones que -aunque respetables- carecen de verdadero y propio apoyo jurídico. Peticiones graciabiles, en suma, no exigibles en cuanto derechos subjetivos, pues no lo son” (STS, 3ª, de 14 de diciembre de 1998).*

Si atendemos a la pretensión formulada por el interesado en su escrito de petición, es que se *“le conceda la percepción, con cargo a la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, de la cantidad que debió percibir y no percibió, desde el 1 de enero de 1991 hasta el 23 de julio de 1995”*. El apartado cuarto del escrito de 13 de enero de 2003, fundamenta la pretensión esgrimida en la aplicación del principio de igualdad garantizado por el artículo 14 CE, pues éste requiere que el peticionario reciba un trato económico idéntico al que se ha reconocido a otros compañeros. Cita, incluso, en apoyo de esta argumentación dos sentencias, una del Tribunal Constitucional y otra del Supremo, con reproducción de alguno de sus fundamentos jurídicos. Este apoyo en la aplicación del principio constitucional de igualdad se reitera en sus posteriores escritos instando la revisión.

De la pretensión así formulada destacan dos características que la hacen impropia del derecho de petición:

a) La pretensión que se formula y los términos en que se expresa el interesado (*“debió percibir y no percibió”*) desvelan que lo que pretende es ejercer un derecho del que se considera acreedor y que no es otro que el de igualdad en la aplicación de la ley, consagrado en el artículo 14 CE, y más específicamente el de obtener un trato retributivo idéntico al concedido a otros que considera se encontraban en situación igual a la suya. El reconocimiento de este derecho no puede ser objeto del derecho de petición, en la medida en que, además de tener un apoyo o fundamentación jurídica, carece del necesario carácter graciable o discrecional, pues, de apreciar la Administración la vulneración del derecho, vendría obligada a actuar para acabar con la discriminación (artículo 9.2 CE).

b) La petición formulada no podría ser atendida como súplica de carácter discrecional o graciable, pues para serlo, el órgano al que se dirige la petición debe poder decidir, en términos de mera oportunidad y sin que se lo impida el ordenamiento jurídico, si concede o no lo pedido. Según señala el interesado, solicita una percepción económica estrictamente graciable, insistiendo en que no lo hace en concepto de atraso retributivo, de forma que, si acude a los conceptos retributivos, es sólo como una mera referencia para cuantificar el perjuicio económico sufrido. Ahora bien,

formulada en tales términos la petición, necesario es advertir que ni el Presidente de la Comunidad Autónoma a quien se dirige el interesado, ni el Consejo de Gobierno, ni ningún otro órgano de la Administración autonómica, puede disponer graciosamente de los recursos que integran la Hacienda Regional, reconociendo obligaciones económicas nacidas al margen de los supuestos previstos en la normativa presupuestaria (artículo 22 del Texto Refundido de la Ley de Hacienda de la Región de Murcia, aprobado por Decreto Legislativo 1/1999, de 2 de diciembre), que únicamente reconoce como fuentes de tales obligaciones la Ley, los negocios jurídicos y los actos o hechos que según derecho las generen.

En atención a lo expuesto, no cabe entender concurrente en las Órdenes contra las que actúa el interesado la causa de nulidad prevista en el artículo 62.1, letra a) LPAC.

**CUARTA.- Causa de nulidad del artículo 62.1, b) LPAC: acto dictado por órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia o del territorio.**

En ninguno de los repetidos escritos en los que el interesado insta la revisión de oficio de las Órdenes de 27 de enero y 4 de marzo de 2003, se detiene en desarrollar la ausencia de competencia del órgano que dictó los indicados actos, lo que permite desestimar la alegación, pues atendido el carácter extraordinario del procedimiento en el que aquélla se esgrime y la ya indicada necesaria interpretación estricta de las causas de nulidad, cabe exigir de quien la invoca que traiga al procedimiento los elementos de juicio necesarios para poder apreciar de forma clara y ostensible la manifiesta incompetencia del órgano que dictó los actos impugnados. Y es que la utilización por la LPAC 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). El interesado, de hecho, no sólo omite un mínimo y necesario razonamiento acerca de la incompetencia alegada, sino que ni siquiera indica qué órgano entiende que habría sido competente para dictar las Órdenes impugnadas en lugar del titular de la Consejería de Economía y Hacienda.

Comoquiera que el Consejo Jurídico no puede colocarse en la posición jurídica del actor para suplir su ausencia de argumentación jurídica en apoyo de su alegación, siendo insuficiente su mera manifestación, procede desestimarla, negando que concurra en las Órdenes cuya nulidad se pretende.

En cualquier caso, debe precisarse que, aunque la petición del actor no pueda ser identificada con una solicitud de atrasos retributivos en sentido estricto, el fundamento de su pretensión es conseguir un trato retributivo igualitario con el dispensado a otros funcionarios, por lo que su petición se inserta en el ámbito material de las retribuciones de los empleados públicos, correspondiendo su resolución a la Consejería competente en materia de empleo público, que es la que dictó las Órdenes impugnadas, pues la Consejería de Economía y Hacienda tenía atribuidas tales competencias por el artículo 4 del Decreto 16/1999, de 13 de julio, de reorganización de la Administración regional.

**QUINTA.- La causa de nulidad del artículo 62.1, letra e): actos dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido.**

I. De los términos en que se expresa la acción de nulidad formulada por el interesado y de las alegaciones presentadas ante el Consejo Jurídico, cabe entender que aquél considera que las Órdenes impugnadas incurrían en la causa de nulidad contemplada en el artículo 62.1, letra e) LPAC, por haber sido dictadas tras una indebida calificación de su petición como reclamación de atrasos retributivos, determinando con ello la tramitación de un procedimiento diferente al legalmente establecido, pues considera que lo procedente habría sido que la Administración actuara conforme prescriben los artículos 7 y 9 LODEPE, de forma que si aquella estimaba que no procedía admitir la petición por existir en el ordenamiento otros procedimientos específicos para la satisfacción del objeto de la petición, debería haber declarado la inadmisión de la petición y no efectuar la errónea calificación que hizo.

Coincide el Consejo Jurídico con el actor en que la calificación de su pretensión como reclamación de atrasos retributivos no fue formalmente correcta, pues el primer escrito del interesado no se trataba de una solicitud genérica en la que quedara indeterminado el tipo de acción o derecho que se ejercitaba, obligando al instructor a deducirlo del contenido y fundamentos de aquélla, sino que aparece claramente identificado desde sus primeros escritos que lo que el interesado pretendía era ejercitar su derecho de petición, haciendo innecesaria calificación alguna que no fuera la expresamente manifestada por el peticionario, máxime cuando existen patentes diferencias de concepto entre el derecho de petición que se ejercitaba y la reclamación de atrasos retributivos que, según la Administración, era lo que realmente había presentado el interesado.

Ejercitado el derecho de petición, el principio de especialidad en la aplicación de las normas, exige atender al procedimiento específico establecido por la normativa reguladora de aquél, esto es, la LODEPE, y ello aunque la Administración considere que no procede atender a lo

rogado o que el escrito no puede ser admitido como tal petición, por existir en el ordenamiento otros procedimientos específicos para la satisfacción de lo pedido. En efecto, así se desprende de los artículos 7, 8 y 9 de la indicada Ley Orgánica. De conformidad con el primero de tales preceptos, una vez recibido el escrito de petición, la autoridad u órgano a que se dirija procederá a comprobar su adecuación a los requisitos previstos por la Ley, debiendo declarar su inadmisión o tramitar la petición correspondiente. La inadmisión procederá cuando el objeto de la petición sea ajeno a las atribuciones del organismo al que se dirija o cuando su resolución deba ampararse en un título específico distinto al establecido en esta Ley y deba ser objeto de un procedimiento administrativo (art. 8 LODEPE, en relación con su artículo 3, que excluye del derecho de petición las solicitudes, quejas o sugerencias para cuya satisfacción el ordenamiento jurídico establezca un procedimiento específico distinto al regulado en la LODEPE).

En consecuencia, si la Administración consideraba que lo pedido no era susceptible de ampararse en el ejercicio del derecho de petición, sino en un título distinto (reclamación retributiva), y que había de tramitarse conforme al procedimiento administrativo establecido para tales reclamaciones, lo procedente habría sido inadmitir la petición, con expresión de los motivos en los que se fundaba tal inadmisión y de las disposiciones a cuyo amparo debería sustanciarse, por así exigirlo el artículo 9.1 LODEPE.

II. Dicho lo anterior, debe recordarse que este Dictamen se emite en el seno de un procedimiento de revisión de oficio que persigue, como presupuesto de la resolución a adoptar en el mismo, la determinación de si concurren en las Órdenes impugnadas las causas de nulidad invocadas por el actor. Procede, en consecuencia, determinar si la irregular actuación de la Administración regional al calificar como reclamación retributiva la petición graciable efectuada por el interesado en lugar de declarar su inadmisión, conlleva la nulidad de las referidas Órdenes, al permitir entender que éstas habrían sido dictadas prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido.

A tal efecto, ha de recordarse la constante doctrina según la cual para que opere esta causa de nulidad, el empleo de los dos adverbios que utiliza el artículo 62.1, letra e) LPAC "total y absolutamente" recalca *“la necesidad de que se haya prescindido por entero, de un modo manifiesto y terminante, del procedimiento obligado para elaborar el correspondiente acto administrativo; o bien de algunos de sus trámites esenciales que se pueda equiparar a esa omisión total. Junto a lo anterior, precisamente para ponderar la especial gravedad del vicio que se alega, ha de analizarse si se causó indefensión al interesado, para lo que habrán de tenerse en cuenta, entre otras circunstancias, las consecuencias que sufrió por tal conculcación y lo que hubiera*

*podido variar el acto administrativo originario en caso de haberse observado el trámite omitido*" (Dictamen del Consejo de Estado 670/2009). Y es que, en la interpretación estricta que demanda esta causa de nulidad, ha de ser puesta en relación con la función de garantía inherente a la exigencia de que el ejercicio de las potestades y competencias administrativas se actúe a través de un procedimiento, a la vez garantía de los ciudadanos y del interés público. Por ello, la eventual concurrencia de esta causa de nulidad no debe examinarse desde una perspectiva formalista, sino desde una óptica sustantiva, en la que lo decisivo no es tanto la ausencia de uno o varios trámites, como que no se hayan respetado los principios o reglas esenciales que informan el procedimiento (Dictamen del Consejo de Estado 2183/2003).

Para poder ponderar adecuadamente tales extremos es necesario recordar la peculiaridad del derecho de petición, cuyo contenido se agota en su mismo ejercicio, generando en el destinatario la obligación de decidir acerca de lo pedido, pero no, necesariamente, la de conceder o satisfacer lo solicitado. Además, como ya ha quedado dicho en consideraciones anteriores, la pretensión deducida bajo la vestidura del ejercicio del derecho de petición no se adecuaba a las súplicas graciabiles y discrecionales que son propias de tal derecho. Por ello, si la Administración hubiera inadmitido la petición, como debería haber hecho en aplicación de la LODEPE, por considerar que su objeto había de tramitarse por la vía de las reclamaciones retributivas, el efecto para el actor habría sido el de encontrarse con una resolución de inadmisión que le abría dos posibilidades: a) seguir el procedimiento que le indicara la Administración, que sería el mismo que efectivamente se tramitó y desembocó en la Orden de 27 de enero de 2003, primero, y en la de 4 de marzo del mismo año, después; o b) acudir, conforme a lo dispuesto en el artículo 12 LODEPE, a la vía especial de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona, frente a la declaración de inadmisibilidad de su petición por considerarla improcedente.

Pues bien, por una u otra vía se habría alcanzado el mismo resultado, pues en la práctica el actor ya las ha recorrido ambas. La primera, porque la calificación de su escrito como reclamación movió a la Administración a tramitarla como tal; la segunda, porque frente a los actos derivados de dicho procedimiento el actor ya interpuso el correspondiente recurso contencioso-administrativo en defensa del ejercicio de petición que consideraba vulnerado con las Órdenes ahora impugnadas y no obtuvo respuesta favorable -tampoco del Tribunal Constitucional al que, según afirma, acudió en amparo-, al considerar los órganos de la jurisdicción ordinaria, únicos cuyos actos constan en el expediente remitido a este Consejo Jurídico, que la pretensión formulada por el actor no tenía cabida en el ejercicio del derecho de petición, por ser susceptible de satisfacción a través de procedimientos administrativos *ad hoc*, afirmando de forma expresa que ninguna indefensión se le ha causado al interesado con dicha actuación administrativa.

Por otra parte, de estimarse la revisión solicitada, la Administración debería proceder a declarar la nulidad de las Órdenes impugnadas, retrotraer las actuaciones al momento inmediatamente posterior a la presentación del escrito de petición y declarar la inadmisión de aquélla, pues como ya se ha expuesto, la pretensión actora no tiene amparo en el derecho de petición, por lo que nunca podría ser objeto de consideración discrecional por el destinatario. El resultado práctico, en suma, sería el mismo al expuesto en el párrafo precedente.

III. De lo actuado por la Consejería de Economía y Hacienda, se desprende que se tramitó un procedimiento completo, con su correspondiente instrucción y resolución y que, si bien en su origen se calificó incorrectamente la petición del hoy actor como reclamación en materia de atrasos retributivos, incumpliendo lo prescrito en la LODEPE respecto a la inadmisión de las pretensiones que no sean susceptibles de quedar amparadas por el derecho de petición, tal actuación no vicia de nulidad los actos impugnados. Y es que, como se ha dicho, de seguir el interesado las indicaciones que la Administración debería haberle dado al inadmitir la petición, acerca de las normas y trámites a los que habría de sujetarse su pretensión, la resolución de tal procedimiento habría dado lugar a actos similares a los impugnados; de no aceptar la inadmisión e instar su revisión jurisdiccional, nada hace pensar que las resoluciones judiciales pudieran ser diferentes a las dictadas, pues en ellas ya se analiza y resuelve sobre la ausencia de vulneración del derecho de petición derivada de la calificación efectuada por la Administración. En cualquier caso, la omisión del trámite de inadmisión previsto por la LODEPE no ha supuesto una merma de garantías ni de posibilidades de defensa del interesado.

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

### **CONCLUSIÓN**

**ÚNICA.-** Se dictamina favorablemente la propuesta de resolución desestimatoria de la acción de nulidad ejercitada por el interesado, frente a las Órdenes de 27 de enero y 4 de marzo de 2003, de la Consejería de Economía y Hacienda, al considerar que no concurren en las mismas las causas de nulidad invocadas por el actor, conforme a lo indicado en las Consideraciones Tercera, Cuarta y Quinta de este Dictamen.

No obstante, V.E. resolverá.





**DICTAMEN 59/2010**

**Asunto** Revisión de oficio de diversas Órdenes de la Consejería por la que se inadmitía a - -, S.L., del concurso público para la concesión de frecuencias de radiodifusión sonora.

**Consultante** Consejera de Economía y Hacienda

**Fecha** 24/03/2010

**Extracto de Doctrina**

La condición de interesado en el procedimiento administrativo la otorga el artículo 31.1 LPAC no sólo a quienes lo promueven sino también a los que, sin haberlo iniciado, tengan derechos que puedan resultar afectados por la decisión que en el mismo se adopte (art. 31.1, letra b), y a aquéllos cuyos intereses legítimos puedan resultar afectados por la resolución y se personen en el procedimiento (art. 31.1, letra c).

En el seno de un proceso competitivo como el de la contratación administrativa, las decisiones del órgano de contratación relativas a la inadmisión de propuestas inciden sobre la situación jurídica de todos los licitadores, generando beneficios a unos, que ven disminuir la competencia, y perjuicios a quienes se ven excluidos del concurso. Por ello, cabe afirmar que ostentan la condición de interesados todos aquellos que hubieran presentado ofertas, dado que “tratándose de contratos administrativos, el interés legítimo viene determinado en general por la participación en la licitación ( sentencia de 7 de marzo de 2001, citada por la de 4 de junio de 2001 )” (STS, 3ª, de 20 de julio de 2005).

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** Con fecha 26 de febrero de 2007, la Secretaría General de la Presidencia y Relaciones Externas dicta Orden por la que se aprueba el Pliego de Condiciones Administrativas Particulares para la adjudicación por concurso público, mediante procedimiento abierto, de la concesión, en régimen de gestión indirecta, del servicio público de radiodifusión sonora en ondas métricas con modulación de frecuencia en la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, se dispone la apertura de la fase de adjudicación, y se designa a los componentes de la Mesa de Contratación y de la Comisión Técnica que hubiera de informar, en su caso, las ofertas técnicas.

Del contenido del indicado Pliego y por lo que interesa al objeto del presente Dictamen se destacan los siguientes extremos:

- El contrato se califica expresamente de gestión de servicios públicos.

- *“Cláusula 20. Formalidades de las proposiciones.*

*Las proposiciones constarán en dos sobres cerrados y firmados por el licitador o por quien lo represente. En cada uno se hará constar el objeto del concurso, el título indicativo de su contenido y la denominación del licitador, con su CIF, nombre y apellidos de quien firme la proposición y el carácter con que lo hace. También se hará constar el teléfono y el fax de contacto. El título del sobre núm. 1 será: “documentación general”. El título del sobre núm. 2 será: “Proposición técnica y documentación necesaria para la valoración de las ofertas, de acuerdo con los criterios de adjudicación del Anexo V” (...).*

- *“Cláusula 23. Adjudicación.*

*23.1.- La Mesa de Contratación calificará previamente los documentos presentados en el sobre núm. 1 en tiempo y forma. Si observara defectos materiales en la documentación presentada, concederá al licitador afectado un plazo de tres días hábiles para enmendar el error.*

*23.2.- La no presentación o presentación inadecuada de la documentación podrá ser considerada por la Mesa motivo de exclusión.*

*23.3.- Una vez transcurrido el plazo establecido para enmendar los errores, en el lugar, el día y la hora señalados en el anuncio, y en acto público, la Mesa dará cuenta de las proposiciones recibidas y aceptadas, procederá a la apertura y lectura del sobre núm. 2 y extenderá el acta correspondiente (...).*

**SEGUNDO.-** Desde el 12 de diciembre de 2007, la Mesa de Contratación procede, en sucesivas sesiones, a abrir la documentación general presentada por los licitadores y a su calificación.

Consta en el expediente el Acta núm. 2, correspondiente a la sesión del 12 de mayo de 2008, que, en relación con la mercantil “--, S.L.”, manifiesta:

*“(...) toda la documentación que aporta la empresa lo hace en carpetas cerradas, pero no precintadas de tal manera que se puede acceder a la documentación que contienen, no*

*garantizando el principio de confidencialidad de las ofertas, incumpliendo las formalidades exigidas en el Pliego, en estas circunstancias, y una vez consultado por la Mesa antecedentes administrativos en la contratación, de esta situación, la Mesa acuerda inadmitir la documentación presentada por la referida empresa”.*

**TERCERO.-** Tras la reorganización administrativa operada por Decreto del Presidente de la Comunidad Autónoma núm. 26/2008, de 25 de septiembre, las competencias en materia de radiodifusión y televisión se asignan a la Consejería de Economía y Hacienda. Por Orden de 19 de febrero de 2009, el Secretario General de dicha Consejería, por delegación de su titular, designa nueva Mesa de Contratación.

Reunido el indicado órgano, da por buenas todas las actuaciones de la Mesa anterior.

**CUARTO.-** El 30 de abril, en acto público, la Mesa da cuenta de las proposiciones recibidas, en número de 86, y del resultado de la calificación de los documentos, indicando las empresas que han sido admitidas a la licitación y las que no, con expresión del motivo de exclusión del concurso.

Respecto de “--, S.L.”, consta en el Acta correspondiente a la indicada sesión que *“toda la documentación que aporta la empresa lo hace en carpetas cerradas, pero no precintadas de tal manera que se puede acceder a la documentación que contienen, no garantizando el principio de confidencialidad de las ofertas, incumpliendo las formalidades exigidas en el Pliego”.*

Se confiere a los participantes en el concurso un plazo de dos días hábiles para presentar reclamaciones.

**QUINTO.-** El 5 de mayo, un representante de la mercantil excluida presenta alegaciones en las que, en síntesis, expone que la documentación fue presentada conforme a las exigencias del Pliego, pues se hallaba debidamente etiquetada y ubicada en el interior de una caja opaca y sin aberturas, con su correspondiente rotulación de la acreditación del concurso y del licitador, y cerrada mediante goma elástica con enganche. Sobre la goma elástica se ubicó una cinta adhesiva para impedir que se pudiera abrir la caja al manipularse. Además, la documentación incluida en la caja iba perfectamente envuelta en papel marrón, con lo que, aunque se abriese la caja, no podía consultarse la documentación sin romper el papel que la envolvía. Por tanto, la documentación se presentó cerrada, garantizando el principio de confidencialidad, como exigía el Pliego, que no impone la obligación de presentarla precintada.

Considera, asimismo, que, con apoyo en jurisprudencia que cita (STS, 3ª, de 10 de noviembre de 2006), la presentación de la documentación sin las formalidades debidas únicamente puede ser determinante de la exclusión del licitador cuando de aquella circunstancia se le haya derivado alguna ventaja o beneficio, lo que en el supuesto no ha ocurrido.

Sobre esta base, afirma la empresa que su inadmisión debida a la exigencia de un requisito inexistente en los Pliegos, es arbitraria y vulnera los principios de igualdad y no discriminación en la contratación pública, con invocación del artículo 11 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio (TRLCAP).

Asimismo, considera que la no admisión de proposiciones por simples defectos formales vulnera los artículos 80 y 81 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (RCAP), toda vez que no se le concede la posibilidad de subsanar el defecto advertido en la documentación presentada.

Termina sus alegaciones indicando que la documentación se presentó en forma idéntica a otras licitaciones convocadas por la propia Comunidad Autónoma con pliegos coincidentes en cuanto a las formalidades exigidas a las proposiciones, no habiendo advertido la Administración regional en aquella ocasión que la documentación no se hubiera presentado en sobre cerrado.

Solicita de la Mesa, en consecuencia, que admita la documentación presentada a la licitación.

**SEXTO.-** El 15 de mayo, la Mesa de Contratación entiende que dichos escritos no pueden considerarse como reclamaciones o recursos que exijan una decisión de la Mesa, con independencia de su propuesta de inadmisión, que se mantiene. Y ello sin perjuicio de los recursos que procedan frente a la resolución del órgano de contratación.

**SÉPTIMO.-** Con fecha 16 de julio de 2009, se dicta Orden de la Consejería de Economía y Hacienda por la que se declara la inadmisión al concurso de la mercantil actora, *“porque toda la documentación que aporta la empresa viene en carpetas a las que se tiene acceso fácilmente, pudiendo ver lo que contienen sin tener que romperlas o despegar nada, y acceder a la documentación que contienen, incumpliendo por tanto las formalidades exigidas en el Pliego, que prescribe “sobres cerrados”*.

**OCTAVO.-** Frente a la indicada Orden de inadmisión, el 29 de julio se interpone recurso de reposición que reproduce los argumentos e impugnaciones esgrimidos por la empresa ante la Mesa de Contratación, recogidos en el Antecedente Quinto de este Dictamen, y se solicita la suspensión de los efectos del acto recurrido.

**NOVENO.-** Solicitado informe a la Mesa de Contratación, indica este órgano que cuando examinó las ofertas, *“las carpetas que contenían toda la documentación, tanto la administrativa como la técnica, no llevaban cinta adhesiva, ni presentaban señal de que se hubiese adherido ninguna en ningún momento, además la documentación que contenían las cajas no estaba envuelta en papel marrón, como afirman, estimándose que adolecían de defecto insubsanable que consiste en vulnerar el principio de confidencialidad de las proposiciones”*.

En cuanto a la alegada vulneración de los artículos 80 y 81 RCAP, se afirma que la Mesa no llegó a examinar la documentación presentada, dada la inadmisión de la oferta.

**DÉCIMO.-** Por Orden de 18 de noviembre de 2009, la Consejería de Economía y Hacienda desestima el recurso de reposición sobre la base de considerar que al presentar la documentación en el modo como lo hizo la recurrente, se habría roto el secreto de las proposiciones, garantía esencial del principio de concurrencia e igualdad de los licitadores. Se considera, además, que para conseguir ese carácter secreto de las ofertas ha de hacerse una interpretación formalista de las exigencias prescritas por el RCAP, que vendría avalada por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado en informe 38/2007. Se estima, por tanto, que sólo puede considerarse como “sobre cerrado” aquél a cuyo contenido únicamente se pueda acceder tras realizar una operación que implique alterar el envoltorio, de modo que no pueda reponerse su estado al momento anterior a su manipulación. Dichas características no concurren en la forma en que se presentó la documentación por la recurrente, por lo que la Mesa, en interpretación razonable de las cláusulas del Pliego, decidió inadmitir a la recurrente, lo que excluye cualquier arbitrariedad. Asimismo, el criterio aplicado respecto de la mercantil interesada también se aplicó a otras empresas que concurrieron a la licitación y de la que fueron excluidas por idéntico motivo, sin que quepa apreciar, por tanto, vulneración alguna del principio de igualdad.

A la alegación de no haber posibilitado la subsanación del defecto advertido, se contesta que éste afectaba a la falta o incumplimiento de un requisito exigido para la contratación, y no a la mera ausencia de acreditación del requisito, única susceptible de subsanación.

Matiza, además, el alcance de la STS de 10 de noviembre de 2006, alegada por el recurrente, al considerar que los fragmentos que la empresa interesada incorpora a su impugnación no forman parte de los razonamientos jurídicos del órgano jurisdiccional, sino que reproducen un acuerdo del órgano de contratación del Consejo General del Poder Judicial, una de cuyas actuaciones constituyen el objeto del litigio. Éste, además, versaría sobre un concurso de adopción de tipo, cuyas características hacen menos relevante que otras empresas concursantes puedan conocer el contenido de las proposiciones.

Rechaza, finalmente, las alegaciones relativas a otros concursos similares y la petición de suspensión de eficacia del acto recurrido.

Frente a la orden desestimatoria del recurso, se indica expresamente a la mercantil interesada la posibilidad de interponer el recurso contencioso-administrativo y el plazo para hacerlo.

**UNDÉCIMO.-** El 30 de diciembre la mercantil insta la revisión de oficio de las Órdenes de 16 de julio y 18 de noviembre de 2009, de la Consejería de Economía y Hacienda, al considerar que incurren en los vicios de nulidad establecidos por el artículo 62.1, letras a) y e) LPAC, es decir, que lesionan derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional y *“no se ha respetado en absoluto el procedimiento para la aprobación del acto confirmado al resolverse el recurso de reposición”*. La infracción del procedimiento estriba, según la actora, en que se ha considerado indebidamente ajustado a Derecho el procedimiento seguido para evaluar y calificar las ofertas, vulnerándose además los artículos 14 y 20 de la Constitución, considerando que se han dictado los actos con ausencia total del procedimiento.

Insiste en las alegaciones formuladas en el recurso de reposición, indicando que exigir requisitos adicionales (sobres precintados, no meramente cerrados) a los previstos en el Pliego y excluir, con fundamento en tal exigencia, a un licitador de un concurso sin darle oportunidad de subsanar el defecto advertido en la presentación de la documentación, supone desconocer totalmente el procedimiento a seguir y determina la infracción del principio constitucional de igualdad y no discriminación consagrados por los artículos 14 CE y 11 TRLCAP, y la adopción de un acto arbitrario. El razonamiento de la actora es el que sigue: *“todos los licitadores tienen un objetivo común: resultar adjudicatarios del concurso para la concesión del servicio público de radiodifusión sonora en ondas métricas con modulación de frecuencia. Por tanto, es evidente,*

*como reconoce el Tribunal Constitucional, que estamos ante situaciones no desiguales, o lo que es lo mismo, situaciones iguales”.*

Se alega, asimismo, que la actuación del órgano de contratación, al excluir a la actora del concurso no respeta el pluralismo como valor consagrado en el artículo 20 de la Constitución, considerando que *“ha recibido un trato arbitrariamente discriminatorio por el órgano de contratación respecto del resto de licitadores que habiendo presentado sus ofertas en sobres cerrados no han sido excluidos”.*

La pretensión de la mercantil actora es que se declare la nulidad de los actos impugnados y se suspenda su eficacia.

**DUODÉCIMO.-** El 27 de enero de 2010, el Jefe del Servicio Jurídico de la Consejería de Economía y Hacienda emite informe que concluye declarando la procedencia de desestimar la solicitud de revisión de oficio, tras descartar la posibilidad de su inadmisión a trámite, si bien apunta que quizás podría llegar a inadmitirse por aplicación del último inciso del artículo 102.3 LPAC, es decir, que se hubieran desestimado en cuanto al fondo otras pretensiones sustancialmente iguales, toda vez que la mercantil interesada ya instó la nulidad de la Orden que la excluía del concurso en vía de recurso de reposición. No obstante, en aplicación de la doctrina que aboga por la interpretación restrictiva de los supuestos de inadmisión de las solicitudes de revisión de oficio, considera procedente admitir la acción de nulidad ejercitada.

En cuanto al fondo, manifiesta el informe que se reproducen las alegaciones sostenidas por la actora en su recurso de reposición, por lo que también han de reiterarse las motivaciones que llevaron a su desestimación. Se indica, asimismo, que no concurren las circunstancias que la doctrina del Tribunal Constitucional exige para entender vulnerado el principio de igualdad (identidad sustancial de las situaciones jurídicas objeto de comparación, trato desigual no fundado en razones objetivas y que el juicio de igualdad se desarrolle en el marco de la legalidad, pues no cabe invocar la igualdad en la ilegalidad) pues la interpretación que la Mesa realizó de los Pliegos fue razonable y motivada y se aplicó por igual a todos los licitadores. No hay, por tanto, actuación arbitraria en la decisión de la Mesa que, en uso de su discrecionalidad técnica, excluye del concurso a la empresa actora.

Tampoco cabe apreciar una ausencia total y absoluta del procedimiento legalmente establecido en interpretación estricta que de esta causa realiza la jurisprudencia, pues para el

dictado de las Órdenes impugnadas se siguió el *iter* establecido por las normas aplicables en cada caso.

Se considera improcedente, asimismo, acceder a la suspensión de la eficacia de las Órdenes impugnadas.

**DECIMOTERCERO.-** Con fundamento en el indicado informe, la Consejera de Economía y Hacienda formula propuesta de resolución desestimatoria de la revisión de oficio, para su elevación al Consejo de Gobierno, órgano competente para su resolución, previa emisión del preceptivo informe de la Dirección de los Servicios Jurídicos y del presente Dictamen.

**DECIMOCUARTO.-** El 15 de febrero informa la Dirección de los Servicios Jurídicos en sentido favorable a la desestimación de la revisión de oficio solicitada, pues coincide con los criterios expresados por el Servicio Jurídico de la Consejería consultante, que niegan la concurrencia de las causas de nulidad invocadas por la actora. Así, respecto de la vulneración del principio de igualdad, se insiste en que el criterio adoptado por la Mesa de Contratación para inadmitir la documentación presentada por la empresa fue también aplicado a las otras mercantiles concursantes que habían presentado la documentación en similares circunstancias.

En cuanto a la omisión del procedimiento legalmente establecido, los argumentos esgrimidos por la empresa excluida lo son de fondo, pues se refieren a la interpretación a dar a la expresión “sobre cerrado” que usan los Pliegos.

Descartada la existencia de vicios de nulidad en las Órdenes impugnadas, la Dirección de los Servicios Jurídicos analiza tanto la jurisprudencia invocada por la actora en defensa de sus intereses como la doctrina de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, y también la disyuntiva que se plantea en el supuesto entre una interpretación literalista de la norma que conduce a la inadmisión de las proposiciones que no cumplan con las formalidades exigidas y una finalista o teleológica que, priorizando el principio de concurrencia, determinaría que los defectos formales que no afecten a la igualdad de los licitadores no obstaculicen la máxima concurrencia entre ellos, afirmando que *“no parece conforme a la lógica jurídica que, en garantía de la igualdad de los licitadores, se excluya a quien sería el principal (o único) perjudicado por la posibilidad de que los demás conozcan su oferta”*. Apunta, además, la necesidad de efectuar un análisis de las circunstancias concretas del caso para dar con la solución más justa atendiendo, en cualquier caso, al más escrupuloso respeto a los principios de igualdad y concurrencia, pues no



cabe limitar ésta so pretexto de una interpretación literalista que conduzca a una conclusión absurda en tanto que contraria al sistema legal de la contratación administrativa.

Si la Consejería consultante considerara oportuno subsanar la situación creada, le indica dos posibles vías: la revocación y la declaración de lesividad, si bien considera que esta última opción es la que mayores garantías ofrece para permitir participar, mediante un trámite de audiencia, en el procedimiento al resto de licitadores, admitidos o no al concurso.

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 22 de febrero de 2010.

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. Omisión del trámite de audiencia.**

La revisión pretendida por la mercantil actora se refiere a un acto inscrito en el marco de la contratación administrativa (la Orden por la que se inadmiten las propuestas presentadas al concurso) y a la Orden que desestima el recurso de reposición interpuesto frente a aquélla. La diferente naturaleza de ambos actos no afecta al procedimiento aplicable a su revisión, que habrá de ser el tipo o común, contenido en el Título VI de la LPAC, con las peculiaridades establecidas por el artículo 102 de la misma Ley, atinentes a la posibilidad de inadmisión de la solicitud y la preceptividad y efectos del presente Dictamen.

Las normas del procedimiento administrativo común exigen dar audiencia a los interesados, como manifestación de los principios participativo y contradictorio que han de regir dicho

procedimiento y que tiene su plasmación constitucional en el artículo 105, c) CE, según el cual la Ley regulará el procedimiento a través del cual deben producirse los actos administrativos, garantizando, cuando proceda, la audiencia del interesado. El artículo 84 LPAC, por su parte, dispone que instruidos los procedimientos, e inmediatamente antes de redactar la propuesta de resolución, se pondrán de manifiesto a los interesados.

En el procedimiento sometido a consulta se motiva la omisión de la audiencia a la mercantil actora, con fundamento en el artículo 84.4 LPAC, que permite prescindir del indicado trámite cuando no figuren en el procedimiento ni sean tenidos en cuenta en la resolución otros hechos ni otras alegaciones o pruebas que las aducidas por el interesado. La aplicación de esta excepción en procedimientos de revisión de oficio ha sido aceptada por este Consejo Jurídico en anteriores ocasiones (Dictámenes 51/2005 y 102/2007, entre otros); pero ocurre que, en el presente supuesto, la actora no es la única interesada.

En efecto, la condición de interesado en el procedimiento administrativo la otorga el artículo 31.1 LPAC no sólo a quienes lo promueven sino también a los que, sin haberlo iniciado, tengan derechos que puedan resultar afectados por la decisión que en el mismo se adopte (art. 31.1, letra b), y a aquéllos cuyos intereses legítimos puedan resultar afectados por la resolución y se personen en el procedimiento (art. 31.1, letra c).

En el seno de un proceso competitivo como el de la contratación administrativa, las decisiones del órgano de contratación relativas a la inadmisión de propuestas inciden sobre la situación jurídica de todos los licitadores, generando beneficios a unos, que ven disminuir la competencia, y perjuicios a quienes se ven excluidos del concurso. Por ello, cabe afirmar que ostentan la condición de interesados todos aquellos que hubieran presentado ofertas, dado que *“tratándose de contratos administrativos, el interés legítimo viene determinado en general por la participación en la licitación (sentencia de 7 de marzo de 2001, citada por la de 4 de junio de 2001)”* (STS, 3ª, de 20 de julio de 2005).

Dicha condición de interesado en el procedimiento que ha de alumbrar el contrato se comunica y ha de ser predicada, asimismo, respecto a los procedimientos que, sin integrarse en la contratación administrativa propiamente dicha, sí que son susceptibles de incidir sobre los actos del órgano de contratación, como ocurre en el supuesto sometido a consulta, pues la revisión de oficio ejercitada persigue dejar sin efecto la Orden por la que se inadmiten las propuestas presentadas por la mercantil actora y la resolución que la sanciona al desestimar el recurso de reposición ejercitado contra ella. Ha de recordarse que la jurisprudencia reconoce la existencia de un interés

legítimo en aquellas personas “*respecto a las cuales la anulación pretendida produzca de modo inmediato un efecto positivo (beneficio) o evitación de un efecto negativo (perjuicio) actual o futuro, pero cierto (sentencia de este Tribunal Supremo de 1 de octubre de 1990), y presupone, por tanto, que la resolución administrativa pueda repercutir, directa o indirectamente, pero de modo efectivo y acreditado, es decir, no meramente hipotético, potencial y futuro, en la correspondiente esfera jurídica de quien alega su legitimación, y, en todo caso, ha de ser cierto y concreto, sin que baste, por tanto, su mera invocación abstracta y general o la mera posibilidad de su acaecimiento*” (STS, 3ª, de 20 de julio de 2005).

En el supuesto sometido a consulta, la anulación pretendida y la consecuente readmisión al concurso de la actora no sólo generaría un beneficio para ella (lo que la legitima para ejercitar la acción de nulidad), sino que también derivaría en un inmediato y evidente perjuicio para el resto de licitadores, que verían aumentar la competencia por la adjudicación del objeto de la concesión. Ello les convierte en interesados, a quienes ha de facilitarse la oportunidad de conocer el procedimiento en curso y de participar en él, alegando lo que convenga a su derecho, ex artículo 84 LPAC. El Consejo de Estado, por su parte, ha calificado el trámite de audiencia en los procedimientos de revisión de oficio como “*esencial*”, “*de observancia inexcusable*” e “*imprescindible*”, sin cuya observancia no pueden resolverse expedientes revisores (por todos, Dictámenes 42240, de 12 de julio de 1979; 43017, de 8 de enero de 1981; y 43233, de 17 de marzo de 1981).

Procede, en consecuencia, que se retrotraigan las actuaciones al momento inmediatamente anterior a la propuesta de resolución para conferir trámite de audiencia a todos los interesados en el procedimiento, que, atendido su objeto, habrán de ser todos aquellos que presentaron ofertas sobre las concesiones de frecuencia modulada a las que optaba la actora.

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

### **CONCLUSIÓN**

**ÚNICA.-** Se dictamina desfavorablemente la propuesta de resolución desestimatoria de la revisión instada, toda vez que procede completar la instrucción del procedimiento en los términos indicados en la Consideración Segunda de este Dictamen.

Una vez cumplimentado el trámite, habrá de formularse nueva propuesta de resolución y ser remitido el expediente al Consejo Jurídico para Dictamen sobre el fondo.

No obstante, V.E. resolverá.



---

**DICTAMEN 60/2010**

**Asunto** Revisión de oficio de diversas Órdenes de la Consejería por la que se inadmitía a - -, S.L., del concurso público para la concesión de frecuencias de radiodifusión sonora.

**Consultante** Consejera de Economía y Hacienda

**Fecha** 24/03/2010

**Extracto de Doctrina**

Nota: igual doctrina que la expresada en el Dictamen 59/2010.



**DICTAMEN 61/2010**

**Asunto** Revisión de oficio de diversas Órdenes de la Consejería por la que se inadmitía a - -, S.A., del concurso público para la concesión de frecuencias de radiodifusión sonora.

**Consultante** Consejera de Economía y Hacienda

**Fecha** 24/03/2010

**Extracto de Doctrina**

Nota: igual doctrina que la expresada en el Dictamen 59/2010.



**DICTAMEN 62/2010**

**Asunto** Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hija, debida a accidente escolar.

**Consultante** Consejero de Educación, Formación y Empleo

**Fecha** 24/03/2010

**Extracto de Doctrina**

Nota: igual doctrina que la expresada en el Dictamen 1/2010.



**DICTAMEN 63/2010**

<b>Asunto</b>	Proyecto de Decreto por el que se establecen las condiciones sanitarias para el servicio de comedor escolar y medida de protección de la salud y fomento de hábitos alimentarios saludables en los centros docentes no universitarios.
<b>Consultante</b>	Consejera de Sanidad y Consumo
<b>Fecha</b>	29/03/2010

**Extracto de Doctrina**

La Comunidad Autónoma ostenta competencias en la defensa del consumidor y usuario (artículo 11.7 EA) de acuerdo con las bases y coordinación general de la sanidad. En el ejercicio de estas competencias se promulgó la Ley 4/1996, de 14 de junio, por la que se aprueba el Estatuto de Consumidores y Usuarios de la Región de Murcia, en la que se establece el derecho de los consumidores a la protección frente a los riesgos que puedan afectar a su salud (art. 3.1); la especial protección que ha de prestarse a determinados colectivos más desprotegidos, entre los que figuran los niños y adolescentes (art. 4); y la exigencia de que los bienes puestos en el mercado a disposición de los consumidores y usuarios no implicarán riesgos para su salud (art. 6.1).

En coherencia con lo expuesto, el preámbulo del Proyecto debe completarse con la cita de los títulos estatutarios referidos

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** Por la Dirección General de Salud Pública se elaboró, en fecha indeterminada, el primer borrador del Proyecto de Decreto por el que se establecen las condiciones sanitarias para el servicio de comedor escolar y medidas de protección de la salud y fomento de hábitos alimentarios saludables en los Centros docentes públicos y privados no universitarios, cuyo texto fue sometido a la consideración de la entonces Consejería de Educación y Cultura, que lo informó favorablemente, aunque efectuó una serie de consideraciones tendentes a mejorarlo, algunas de las cuales fueron incorporadas al borrador.

Al Proyecto normativo se unió la siguiente documentación:

- a) Propuesta del Director General de Salud Pública.



- b) Informe, denominado memoria justificativa, que explica la necesidad de establecer medidas específicas para la implantación de una alimentación equilibrada en los comedores escolares, como medio de conseguir un patrón dietético en la Región de Murcia que se aproxime a las recomendaciones de una dieta saludable.
- c) Memoria económica en la que se hace constar que la aprobación de la norma proyectada no implica nuevos compromisos de carácter económico.
- d) Un denominado informe sobre el impacto por razón de género, en el que se afirma que el Proyecto *“no supone ninguna medida que implique diferencia entre hombre y mujeres o que haga referencia a derechos, recursos, participación, normas y valores vinculados a la pertenencia a un sexo”*.
- e) Informe jurídico de la Vicesecretaría de la Consejería consultante, que se pronuncia favorablemente a su contenido.

**SEGUNDO.-** Según se hace constar en el expediente, con el fin de dar cumplimiento a lo establecido en el artículo 53.3 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), se dio audiencia a la Confederación Regional de Organizaciones Empresariales de Murcia (CROEM); a la Confederación de Centros Privados “Educación y Gestión” (EyG); a la Federación de Asociaciones de padres/madres de alumnos/as de la Región de Murcia “Juan González” (FAPA-RM); a la Unión de Cooperativas de la Región de Murcia; a la Asociación de Centros de Enseñanza Privada de la Región de Murcia (CECE) y a la Consejería de Educación y Cultura. Las cinco entidades relacionadas en primer lugar no formularon alegación alguna, en tanto que la Consejería competente en materia de Educación emitió informe a través de la Dirección General de Enseñanzas Escolares en el que mostraba su conformidad al texto.

Aparece incorporado al expediente un informe emitido por el Colegio Oficial de Químicos de Murcia, sin que conste que fuese solicitado, en el que se propone que entre los profesionales encargados de supervisar los menús y dietas se incluyan a los Licenciados en Ciencia y Tecnología de los Alimentos; sugerencia que no fue aceptada al considerar la Consejería proponente que el artículo 5 del Proyecto, al establecer que los menús serán supervisados por *“profesionales, diplomados o licenciados, con formación suficiente y acreditada en nutrición y dietética”*, no excluye de tales funciones a los Licenciados en Ciencias y Tecnología de los Alimentos.

**TERCERO.-** Recabado el parecer de los órganos consultivos de la Administración Regional cuyas competencias inciden en la materia, obran los informes favorables emitidos por el Consejo

de Salud de la Región de Murcia, el Consejo Asesor Regional de Consumo de la Región de Murcia y la Comisión Regional para la Seguridad Alimentaria.

**CUARTO.-** Remitido el borrador del Proyecto a la Dirección de los Servicios Jurídicos, este órgano consideró que, dado el contenido del Proyecto y las implicaciones de su entrada en vigor, se hacía necesario completar el expediente con el dictamen del Consejo Económico y Social de la Región de Murcia (CES), en aplicación de lo establecido en el artículo 5.a) de la Ley 3/1993, de 19 de julio, de su creación.

Solicitado en estos términos informe al CES, es evacuado con fecha 29 de julio de 2008, haciendo constar el Consejo 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 hacer extensiva la prohibición de venta de alimentos hipercalóricos a otros ámbitos distintos al escolar, tales como campamentos, granjas escuelas, ludotecas, etc., cuyos usuarios son también escolares. Por otro lado, también indica que, a su juicio, el Proyecto debería establecer la obligación de que los menús en los centros escolares estén compuestos por una ensalada, guiso tradicional (plato único), pan y fruta.

Mediante informe de la Dirección General de Salud Pública de 26 de septiembre de 2008, se analizan las propuestas del CES y se rechazan, por las siguientes razones:

1. Respecto a la propuesta de ampliación del ámbito de aplicación de la norma a campamentos, granjas escuela, ludotecas, etc., porque el Proyecto de Decreto se formula en el marco de los objetivos del Plan de Educación para la Salud en la Escuela de la Región de Murcia 2005-2010, ciñéndose, por lo tanto, al ámbito docente.

2. En cuanto al menú propuesto se rechaza su inclusión, al considerar que la calidad nutricional y energética de los menús se puede conseguir sin necesidad de acudir necesariamente a los platos propuestos por el CES.

**QUINTO.-** Enviado de nuevo el expediente a la Dirección de los Servicios Jurídicos en solicitud de informe, la misma lo emite con fecha 12 de noviembre de 2008, en sentido favorable, formulando, no obstante, una serie de observaciones que, debidamente valoradas por la Consejería consultante, fueron parcialmente incorporadas al texto.

Asimismo, indica dicho Centro directivo la pertinencia de incorporar al expediente un estudio económico *“con referencia al coste y financiación de los nuevos servicios que la Administración*

*deberá prestar; y con la debida cuantificación de las consecuencias económicas de la norma*". Al considerar la Consejería proponente que el único coste derivado de la entrada en vigor de la norma proyectada radicará en la dotación a los centros docentes públicos que carezcan de ellos, de medios de conservación y calentamiento de alimentos preparados por las familias de los alumnos que así lo requieran (art. 5.3), solicita informe económico de la Conserjería de Educación, Formación y Empleo, al ostentar ésta la competencia en relación con el equipamiento de los centros docentes públicos.

El informe es emitido por el Jefe del Servicio de Promoción Educativa de la Dirección General de Promoción Educativa e Innovación, afirmando que *"todos los centros educativos con servicio de comedor escolar dependientes de la Consejería de Educación, Formación y Empleo cuentan actualmente con los medios de conservación (armarios o cámaras frigoríficas) y calentamiento de alimentos (cocinas a gas y/o hornos microondas) necesarios para hacer efectiva, en los casos en que sea necesaria, la previsión contenida en el artículo 5.3 del proyecto"*.

No obstante lo anterior, en el informe también se propone modificar la redacción del citado artículo del Proyecto, a fin de especificar que serán los Centros y no los alumnos, los encargados de depositar los alimentos preparados de casa, así como de calentarlos y servirlos. Advierte también de la necesidad de garantizar unas adecuadas condiciones higiénico sanitarias en el proceso de depósito, calentamiento y servicio de los alimentos que los alumnos lleven al centro. Las modificaciones propuestas se aceptan y se incorporan al texto, dando lugar a un nuevo borrador que, acompañado del expediente administrativo y del extracto de la Secretaría General, se somete a consulta de este Consejo Jurídico mediante escrito que tienen entrada en su Registro General el día 8 de abril de 2009.

**SEXTO.-** El Consejo Jurídico, por Acuerdo 6/2009, de 15 de junio, suspende el trámite para la emisión del preceptivo Dictamen, al objeto de que por la Consejería consultante se completase el expediente con las siguientes actuaciones:

1ª) Incorpore el Acuerdo aprobado, con fecha 29 de junio de 2005, por el Pleno del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, sobre comidas en los centros escolares, junto con un informe sobre la adecuación del Proyecto al contenido de dicho Acuerdo.

2ª) Recabe a la Consejería competente en materia de Educación el estudio económico sobre el mayor coste que pudiera suponer la prestación del servicio de comedor -tanto si se suministra directamente como si se contrata con una empresa externa- atendiendo a las nuevas

exigencias que se desprenden del texto normativo en relación con la composición del menú, menús alternativos, supervisión de los menús por profesionales, etc. y, una vez en su poder, proceda a incorporarlo al expediente.

3ª) Traslade el Proyecto de Decreto a todos los Ayuntamientos de la Región con el fin de que puedan formular las alegaciones que consideren oportunas, las cuales deben unirse al expediente.

**SÉPTIMO.-** Recibido el Acuerdo en la Consejería proponente se procede a darle cumplimiento con el siguiente resultado:

1º) Se incorpora al expediente una copia del Acuerdo núm. 550 adoptado por el Pleno del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, al que se acompaña un informe en el que se aborda la adecuación del Decreto que se pretende aprobar con el contenido de dicho Acuerdo.

2º) Solicitado a la Secretaría General de la Consejería de Educación, Formación y Empleo un estudio económico sobre el mayor coste que pudiera originar la aprobación de la norma que se proyecta, el requerimiento se cumplimenta mediante informe emitido por el Director General de Promoción Educativa e Innovación en el que se indica que *“el único aspecto que podría conllevar algún efecto económico son las previsiones del artículo 5 en relación con los menús alternativos, efecto que desaparecería si se estableciera que los mismos sólo se ofrecerían a los alumnos cuando las posibilidades organizativas del centro lo permitieran”*. La sugerencia es aceptada por el órgano promotor de la norma que también acoge la de hacer referencia a la responsabilidad del centro en relación con la recepción y conservación de comidas preparadas por las familias. El resto de propuestas que se contienen en el estudio económico son razonadamente rechazadas.

3º) Remitido el Proyecto de Decreto a todos los Ayuntamiento de la Región de Murcia, se recibieron alegaciones de los de Molina de Segura, Mazarrón y Murcia. De aquéllas se ha incluido en el texto la efectuada por el Ayuntamiento de Molina de Segura en el sentido de prohibir el consumo en celebraciones y fiestas organizadas en los colegios, de productos de preparación casera o hipercalóricos, con el objetivo de evitar riesgos sanitarios y la asociación de snacks y aperitivos con el concepto de alegría y celebración. Asimismo se acogió la formulada por el Ayuntamiento de Murcia de hacer referencia a las competencias que otras Administraciones públicas tienen en materia de supervisión e inspección de los comedores y en el ejercicio de la potestad sancionadora en relación con las infracciones que se indican en el Proyecto.

**OCTAVO.-** Finalmente, mediante escrito que tiene entrada en el Registro del Consejo Jurídico el día 15 de octubre de 2009, el Iltrmo Sr. Secretario General de la Consejería de Sanidad y Consumo recaba la continuación del trámite para la emisión de Dictamen, acompañando copia autorizada del Proyecto de decreto en el que se recogen las modificaciones que se han efectuado, extracto de secretaría y copia de la documentación que se relaciona al folio 87.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

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

Compete al Consejo Jurídico emitir Dictamen preceptivo respecto a los proyectos de reglamentos o disposiciones de carácter general que se dicten en ejecución de leyes de la Asamblea Regional o que constituyan desarrollo legislativo de legislación básica del Estado (artículo 12.5 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico).

Con este carácter se solicita la consulta y se emite el presente Dictamen. Se trata de un Proyecto que se dicta en ejecución de la Ley 4/1994, de 26 de julio, de Salud de la Región de Murcia (en adelante, LSRM), artículos 2 y 11, en ejercicio de las competencias autonómicas de desarrollo legislativo y ejecución en materia de sanidad e higiene (artículo 11.1 del Estatuto de Autonomía), y en desarrollo de la legislación básica estatal (artículos 6 y 18 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad -en lo sucesivo, LGS-).

#### **SEGUNDA.-** Consideraciones generales sobre el tema que se aborda en el Proyecto.

El Reglamento tiene por objeto la regulación de las condiciones sanitarias que deben cumplir los comedores escolares de los centros docentes públicos, privados y privados concertados no universitarios, para ofrecer un servicio de comidas preparadas seguras y de acuerdo con las características de una dieta saludable (dieta mediterránea), así como establecer medidas de protección de la salud y fomentar hábitos de alimentación saludable en centros docentes no universitarios (artículo 1).

La importancia de potenciar, en todo el ámbito nacional, la dimensión educadora de los comedores escolares, desarrollando en los alumnos estilos de vida y hábitos alimentarios saludables que perduren a lo largo de su vida, llevó a la Comisión Permanente de Salud Pública a

proponer al Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud la adopción de un Acuerdo que, con el número 550, fue aprobado por el Pleno de dicho órgano el 29 de junio de 2005, en el que se contienen una serie de recomendaciones dirigidas a las autoridades e instituciones competentes en la gestión, organización y funcionamiento de los comedores escolares en los centros públicos y privados no universitarios, entre las que se encuentra la dirigida a las Comunidades Autónomas para que, en el ámbito de sus competencias, elaboren y aprueben las disposiciones normativas que regulen el servicio prestado en dichos comedores, teniendo en cuenta las necesidades nutricionales de los alumnos, según su edad y la actividad física; el respeto del balance en el aporte calórico de los macronutrientes, con predominio de los hidratos de carbono, de forma que el menú no resulte ni hiperproteico ni hiperlipídico; las características y costumbres gastronómicas de la zona donde se ubica el centro, así como la calidad sensorial y la estacionalidad de las preparaciones; el uso, de forma equilibrada, de diferentes técnicas culinarias y procedimientos variados de preparación que salvaguarden el valor nutricional de los alimentos.

Íntimamente ligada con la salud asociada a una correcta alimentación se encuentra la materia de la nutrición. Que ésta es una cuestión preocupante, fruto de uno de los problemas de salud más acuciantes en los países desarrollados lo demuestra el hecho de que la Ley 11/2001, de 5 de julio, por la que se crea la Agencia Española de Seguridad Alimentaria, fuera modificada mediante la Disposición final octava de la Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de mejora de la protección de los consumidores y usuarios, para introducir en su ámbito de aplicación los aspectos relacionados con la nutrición, modificación que se nos presenta como el colofón a los trabajos desplegados para desarrollar la lucha contra la obesidad.

A esta lucha responde la Estrategia para la Nutrición, Actividad Física y Prevención de la Obesidad (Estrategia NAOS), lanzada por el Ministerio de Sanidad y Consumo en febrero de 2005. Según la Encuesta Nacional de la Salud, uno de cada cuatro niños españoles presenta exceso de peso. Esta alta tasa de obesidad infantil tiene una enorme trascendencia en términos de salud, esperanza de vida e impacto económico.

Este tema se aborda también, en el ámbito estatal, en el Anteproyecto de Ley sobre Seguridad Alimentaria y Nutrición (en lo sucesivo, ALSAN), en cuyo Capítulo VII, sobre alimentación saludable, actividad física y prevención de la obesidad, se regulan medidas especiales dirigidas al ámbito escolar, que incluyen la obligatoriedad de que los menús escolares sea supervisados por profesionales con formación universitaria acreditada en nutrición y dietética, sí como la de informar a los padres de los menús y sus características nutricionales. Se prohíbe, además, la venta de alimentos con alto contenido en ácidos grasos trans, sal y azúcares sencillos

en el interior de los centros escolares. También se introduce la obligación por parte de las Administraciones públicas de incorporar en el pliego de prescripciones técnicas en la licitación de concesiones de sus servicios de restauración, condiciones que favorezcan que la alimentación servida sea equilibrada, variada y adaptada a las necesidades especiales de los colectivos a los que va destinada.

**TERCERA.- Sobre las competencias autonómicas en la materia y la habilitación legal.**

En cuanto a las competencias que ostenta la Administración regional para aprobar el Proyecto de Decreto destacamos los siguientes títulos:

1º. En primer lugar, el artículo 43 CE establece que compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas. La LGS desarrolló estas previsiones constitucionales y, en lo que respecta a la seguridad alimentaria, establece en el artículo 18, como una de las actuaciones sanitarias del sistema de salud, encomendada a las Administraciones Públicas, a través de sus Servicios de Salud y los órganos competentes en cada caso, el desarrollo del *“control sanitario y la prevención de los riesgos para la salud derivados de los productos alimentarios, incluyendo la mejora de sus cualidades nutritivas”*, ya que la seguridad alimentaria se incardina en la actividad de protección de la salud y, por tanto, principalmente en el ámbito competencial de sanidad, tal y como lo entendió el Tribunal Constitucional desde su Sentencia 71/1982, de 30 de noviembre.

A la Comunidad Autónoma le corresponde la competencia para dictar normas de desarrollo legislativo y de ejecución en materia sanitaria y de higiene, conforme al artículo 11.1 del Estatuto de Autonomía (según redacción dada por la Ley Orgánica 1/1998, de 15 de junio) y 2.2 de la precitada LGS, materializadas en la aprobación de la LSRM.

2º. En segundo lugar, el artículo 51 CE establece que todos los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos. A nivel estatal el Texto Refundido de la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 noviembre, fija en su artículo 8.a), como uno de los derechos básicos del consumidor, el de la protección contra los riesgos que puedan afectar su salud; y en el artículo 13 establece la prohibición de utilizar ingredientes, materiales y demás elementos susceptibles de generar riesgos para la salud y seguridad de las personas.

La Comunidad Autónoma ostenta competencias en la defensa del consumidor y usuario (artículo 11.7 EA) de acuerdo con las bases y coordinación general de la sanidad. En el ejercicio de estas competencias se promulgó la Ley 4/1996, de 14 de junio, por la que se aprueba el Estatuto de Consumidores y Usuarios de la Región de Murcia, en la que se establece el derecho de los consumidores a la protección frente a los riesgos que puedan afectar a su salud (art. 3.1); la especial protección que ha de prestarse a determinados colectivos más desprotegidos, entre los que figuran los niños y adolescentes (art. 4); y la exigencia de que los bienes puestos en el mercado a disposición de los consumidores y usuarios no implicarán riesgos para su salud (art. 6.1).

En coherencia con lo expuesto, el preámbulo del Proyecto debe completarse con la cita de los títulos estatutarios referidos (apartado 1º y 2º), que sustentan, asimismo, el ejercicio de las competencias autonómicas para dictar una norma de tales características.

Estas competencias tienen sus límites en las estatales sobre las bases y coordinación general de la sanidad, si bien el Estado no las ha normado hasta este momento. Aunque en relación con el objeto del Proyecto se han llevado a cabo actuaciones tales como el Acuerdo ya citado del Pleno del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, que tiene como finalidad, tal como reza su texto, que en todo el ámbito nacional se potencie la dimensión educadora de los comedores escolares, desarrollando en los alumnos estilos de vida y hábitos alimentarios saludables que perduren a lo largo de su vida; y la elaboración del ALSAN al que se hace referencia en la Consideración Segunda de este Dictamen. La carencia de normativa estatal no es óbice, como señala el Tribunal Constitucional en su Sentencia de 27 de julio de 1982, para que las Comunidades Autónomas lleven a cabo el ejercicio de sus competencias. No obstante, cabe citar como norma estatal vigente que tiene una incidencia en la materia, el Real Decreto 3484/2000, de 29 de diciembre, por el que se establecen las normas de higiene para la elaboración, distribución y comercio de comidas preparadas (en adelante, RD 3484/2000).

Finalmente también cabe citar la existencia de una norma autonómica cuyo contenido está relacionado con el objeto del Proyecto. Nos referimos a la Orden de la Consejería de Educación y Cultura, de 17 de julio de 2006, por la que se regula el servicio de comedor escolar de los Colegios Públicos de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia (en adelante, Orden de 17 de julio de 2006), que fija, como una de las funciones del Consejo Escolar del centro, la de velar para que los menús que se sirvan en el comedor escolar sean adecuados para una alimentación sana y equilibrada del alumnado, conforme a las recomendaciones derivadas de las actividades de control y seguimiento que realice la autoridad sanitaria competente y bajo la supervisión y asesoramiento



de la Consejería de Educación (art. 14, g). Asimismo, en el artículo 18, bajo la rúbrica condiciones sanitarias y de seguridad, establece que la Consejería competente en materia de Educación adoptará las medidas conducentes a garantizar el cumplimiento, por parte de los centros que de ella dependen y de las empresas adjudicatarias del servicio de comedor, de la normativa estatal reguladora de las condiciones sanitarias para el servicio de comedor escolar en los centros docentes públicos y privados no universitarios, y de lo establecido en el Reglamento (CE) núm. 852/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativo a la higiene de los productos alimenticios. Asimismo, realizará las actuaciones necesarias para la adecuación de las dependencias e instalaciones de los comedores escolares de los centros públicos a lo previsto en el RD 3484/2000).

#### **CUARTA.- Procedimiento de elaboración, contenido y sistemática.**

I. En cuanto a la tramitación seguida para la elaboración del Proyecto sometido a consulta, puede afirmarse, con carácter general, que, una vez completada la instrucción con las actuaciones que se indican en el Acuerdo 6/2009 de este Órgano Consultivo, se adecua a las normas que sobre el ejercicio de la potestad reglamentaria establece el citado artículo 53 de la Ley 6/2004, si bien han de formularse las siguientes observaciones:

a) En la preceptiva memoria que justifica la oportunidad del Proyecto y que incluye la motivación técnica y jurídica, de las concretas determinaciones normativas propuestas, no aparece el visado del Director General de Salud Pública.

b) Las Memorias económicas que aparecen incorporadas al expediente deben ser actualizadas con datos referentes al ejercicio presupuestario en el que la norma vaya a ser aprobada y publicada.

c) 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.

II. El Proyecto de Decreto sometido a consulta consta de una parte expositiva, catorce artículos, una Disposición adicional 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) A tenor de la regla 23 de las citadas Directrices la composición de los capítulos ha de realizarse de forma centrada, mayúscula y sin punto. Debajo irá la leyenda del capítulo centrada, en minúscula, negrita y sin punto.

b) Detrás del título de cada artículo debe utilizarse un punto (regla 29). Aunque en la mayoría de artículos así se hace, hay otros en los que no se usa (art. 7) y otros en los que se emplean los dos puntos (art. 8).

c) Según la Directriz 31, relativa a la División del artículo en un texto normativo, *“los distintos párrafos de un apartado (de un artículo) no se considerarán subdivisiones de éste, por lo que no irán numerados. Cuando deba subdividirse un apartado, se hará en párrafos señalados con letras minúsculas, ordenadas alfabéticamente: a), b), c). Cuando el párrafo o bloque de texto deba, a su vez, subdividirse, circunstancia que ha de ser excepcional, se numerarán las divisiones con ordinales arábigos (1.º, 2.º, 3.º ó 1.ª, 2.ª, 3.ª, según proceda)”*, prohibiendo expresamente la utilización de guiones, asteriscos ni otro tipo de marcas. Deben revisarse las divisiones de los

apartados correspondientes a los artículos 3, 4, 5 y 8 del Proyecto, adecuándolas al contenido de la Directriz que se ha transcrito.

d) Al haber una sola disposición final debe denominarse única. Entre la denominación de la Disposición adicional única y su título debe utilizarse un punto y no dos como se hace (reglas 37 y 38 de las mencionadas Directrices de técnica normativa).

#### **QUINTA.- Observaciones generales al texto.**

1.<sup>a</sup> Tal como se afirma en la Consideración Tercera del presente Dictamen, la Comunidad Autónoma tiene competencia y cobertura legal para aprobar el Proyecto que nos ocupa. Ahora bien, la cobertura que ahora mismo ofrece el Ordenamiento Jurídico tiene un carácter general: seguridad alimentaria y defensa del consumidor y usuario, pero no cabe duda que la aprobación del ALSAN, cuya Disposición final primera, párrafo primero, establece su carácter de normativa básica al amparo de lo dispuesto en el artículo 149.1.16<sup>a</sup> de la Constitución, que reserva al Estado la competencia exclusiva en materia de bases y coordinación general de la sanidad, otorgaría una cobertura más específica al Decreto que se pretende aprobar. De ahí que el Consejo Jurídico considere que la Administración proponente pudiera valorar la posibilidad de posponer la aprobación de la proyectada norma autonómica hasta el momento de la aprobación y entrada en vigor de la Ley estatal, con el fin de obtener la debida coordinación y complementariedad entre ambos textos.

2.<sup>a</sup> Como ya afirmaba este Órgano Consultivo en su Acuerdo 6/2009, el artículo 42.3 LGS, establece que los Ayuntamientos, sin perjuicio de las competencias de las demás Administraciones Públicas, tendrán como responsabilidades mínimas, entre otras, el control sanitario de los edificios y lugares de vivienda y convivencia humana, entre los que figuran las escuelas -apartado c)-; así como el control sanitario de la distribución y suministro de alimentos, bebidas y demás productos, directa o indirectamente relacionados con el uso o consumo humanos, así como de los medios de transporte -apartado d)-; competencias que han sido reproducidas por el artículo 7.1, apartados c) y d) de la LSRM. Por otro lado, la Ley de Bases de Régimen Local en el artículo 25.2, f) atribuye competencia a los Ayuntamientos en materia de salubridad pública. Pues bien, la redacción del artículo 11 se ha variado salvando las competencias propias de otras Administraciones, pero no se recoge expresamente las que ostentan los Ayuntamientos para la supervisión y control del cumplimiento de las normas que se establecen en el Proyecto. En consecuencia, la redacción del citado artículo 11 debe acomodarse a la realidad competencial descrita recogiendo, en primer lugar, las competencias de los Ayuntamientos para el control sanitario de los comedores, de los

menús en ellos servidos y de la venta en los centros educativos no universitarios de los alimentos definidos en el artículo 8 del Proyecto. Seguidamente, se añadirán las competencias de la Consejería de Sanidad y Consumo para realizar también las actuaciones inspectoras y de control, como le reconoce genéricamente el artículo 6, j) LSRM: *“Ejercitar las competencias sancionadoras y de intervención pública para la protección de la salud”*. Por otro lado, tal como sugiere la propia Dirección General de Enseñanzas Escolares, las competencias de supervisión, inspección, control y sanción en relación con el contenido del Decreto deben asignarse, por su contenido sanitario, solamente a la administración sanitaria.

3.<sup>a</sup> Las previsiones del Proyecto referidas a los menús que se sirven en los comedores escolares son de obligado cumplimiento, tanto si el servicio se presta directamente por el centro como si se hace a través de contratista interpuesto. Atendiendo a la fecha en la que se evacua el presente Dictamen es previsible que la publicación de la norma y su entrada en vigor (una vez transcurridos los treinta días de *vacatio legis* previstos en la Disposición final única), se produzcan antes de que finalice el curso escolar, lo que aconseja introducir una disposición transitoria en relación con los contratos ya adjudicados para el presente curso.

#### **SEXTA.- Observaciones particulares al texto.**

##### I. A la parte expositiva.

a) Debe completarse la mención de los preceptos estatuarios en los que se basa la competencia de la Comunidad Autónoma para dictar la futura disposición, de acuerdo con el contenido de la Consideración Tercera del presente Dictamen.

b) Habiendo informado los Consejos Asesores de Consumo y de Salud de la Región de Murcia, así como la Comisión Regional para la Seguridad Alimentaria, resultaría conveniente que así se hiciese constar en el texto, al menos en lo que se refiere al Consejo Regional de Consumo, cuyo informe es preceptivo.

##### II. Al Título.

Como reiteradamente ha manifestado este Órgano Consultivo, el Título de una norma debe ser indicativo del contenido y objeto de aquélla, reflejando con exactitud y precisión la materia regulada, cualidad ésta que no es predicable del que encabeza el Proyecto, pues realmente éste

tiende a regular aspectos nutricionales de los menús que se sirven en los centros educativos. Resultaría, pues, conveniente que el contenido del Título reflejase esta realidad.

### III. A la parte dispositiva.

#### - Artículo 1. Objeto.

a) Lo apuntado en relación con el Título resulta trasladable a la redacción del Artículo 1 que debe ajustarse, en su definición del objeto de la norma proyectada, a los contenidos que realmente se regulan. En este sentido debe cambiarse la expresión "...condiciones sanitarias que deben cumplir los comedores escolares..." por la más adecuada de "...condiciones nutricionales que deben cumplir los menús que se sirven en los comedores escolares..."

b) Tal como se utiliza en este precepto el término "dieta mediterránea" resulta un concepto jurídico indeterminado, pues como resulta bien sabido no existe ninguna definición científica totalmente aceptada sobre lo que pueda entenderse como tal dieta. El Consejo considera que debería establecerse con precisión lo que se considera una "dieta saludable" que podría hacerse con remisión al artículo 5 en cuya sede encontraría una correcta ubicación.

#### - Artículo 3. Requisitos de construcción, diseño y equipamiento.

Al venir establecidos estos requisitos en otras normas de aplicación a los comedores escolares (Orden de 17 de julio de 2006 y RD 3484/2000), el Consejo Jurídico considera que debería eliminarse, pues no innova el ordenamiento jurídico en relación con los comedores escolares y su ubicación en el Proyecto no cohonesta con su objeto, centrado en los aspectos nutricionales de los menús y en la limitación en la venta de alimentos hipercalóricos.

#### - Artículo 4. Requisitos operativos.

El apartado 2 de este precepto reproduce el artículo 7.1 (de carácter básico) del RD 3484/2000. Esta circunstancia ha sido objeto de análisis en numerosos Dictámenes de este Consejo Jurídico en los que se ha advertido, en consonancia con el Tribunal Constitucional, que la reproducción del derecho estatal en los ordenamientos autonómicos, además de ser una inadecuada técnica de elaboración normativa, podría incurrir en inconstitucionalidad por invasión de competencias en materias cuya regulación no corresponde a la Comunidad Autónoma. Para

salvar este riesgo se ha sugerido, igual que se hace ahora, que se introduzca en el texto expresiones como “de acuerdo con” u otra similar referida al precepto que se reproduzca.

- Artículo 5. Menús y dietas equilibradas.

a) En el primer renglón del primer apartado habría que eliminar, por innecesario, el adverbio “siempre”.

b) La diplomatura y la licenciatura, desde que se implantó el grado, no son los únicos títulos universitarios que se pueden obtener; por ello se sugiere que la redacción del apartado 1 de este artículo se modifique acogiendo la que se contempla en el artículo 40.3 ALSAN, en el que se afirma que las comidas serán supervisadas por “profesionales con formación universitaria suficiente y acreditada en nutrición y dietética”.

c) La posibilidad de ofertar un menú alternativo en los supuestos de problemas de salud, intolerancias u otras circunstancias debidamente acreditadas que puedan sufrir los escolares, se supedita a que las características y posibilidades organizativas del comedor lo permitan. Sin embargo, la obligación que se establece en el ALSAN no admite excepción alguna, al afirmar taxativamente que “en todo caso, se garantizarán menús alternativos en los casos de intolerancias y alergias alimentarias”. En este sentido, y con la prevención que se ha de observar teniendo en cuenta el momento de tramitación del ALSAN, la Consejería proponente podría plantearse la conveniencia de que el Proyecto se ajustara a los términos que se establecen en el citado precepto del ALSAN debido a su carácter básico, pues, como decíamos en la Consideración Quinta del presente Dictamen, se dictará al amparo del título competencial establecido en el artículo 149.1.16º de la Constitución.

d) Por otro lado la determinación de los supuestos en los que resulte precisa la oferta de un menú alternativo se hace de forma excesivamente genérica. Así, se indica como causa justificativa que el alumno tenga problemas de salud, pero de ese tipo lo son sin lugar a dudas las alergias o las intolerancias. Además, al incluir la concurrencia de “cualquier otras circunstancias debidamente justificadas que requieran un menú especial” sin concretar la naturaleza sanitaria de dichas circunstancias, se deja abierta la posibilidad que de forma razonada se excluyó del borrador inicial de considerar las creencias religiosas como causa adecuada para generar el derecho a dichos menús alternativos (informe de la Dirección General de Enseñanzas Escolares obrante al folio 10). El Consejo sugiere revisar la redacción de este párrafo eliminando generalidades e inconcreciones que puedan suscitar dudas sobre los colectivos a los que deba ofertarse un menú alternativo.

#### Artículo 6. Evaluación y seguimiento de los comedores escolares.

La atribución a la Dirección General de Salud Pública para el desarrollo de un Programa de Inspección y Control debe constreñirse a los aspectos que se regulan en el Proyecto.

#### Artículo 8. Definiciones.

a) Se debe indicar que las definiciones que se contienen en este precepto lo son a efectos del Decreto que se pretende aprobar.

b) Sin perjuicio de lo anterior, no hay que olvidar que los términos que se recogen en este precepto pueden haber sido objeto de definición en otras normas sanitarias, tales como el Real Decreto 1810/1991, de 13 de diciembre, por el que se aprueba la Reglamentación Técnico-Sanitaria para la elaboración, circulación y comercio de caramelos, chicles, confites y golosinas o el Real Decreto 126/1989, de 3 febrero, por el que se aprueba la Reglamentación Técnico-Sanitaria para elaboración y comercialización de patatas fritas y productos de aperitivos. Por consiguiente, aunque se haga constar que las definiciones han de entenderse referidas al Proyecto, convendría respetar las ya existentes con el fin de evitar confusiones respecto del mundo conceptual en el cual se va incardinar el Decreto, garantizando el mínimo de seguridad jurídica que resulta exigible a toda norma que se incorpora al Ordenamiento Jurídico.

c) Hay que recordar que la conjunción “o” no es excluyente, de forma que puede indicar uno, otro o ambos (para indicar sólo uno u otro se emplea la fórmula “o...o...”. Por tanto, la locución “y/o”, innecesaria por redundante, se debe sustituir por la conjunción “o”. Esta observación se hace extensiva al resto de preceptos del Proyecto que usan la citada locución.

d) Se considera conveniente suprimir el término “etc.” utilizado en varios apartados de este artículo, porque, como afirma el Consejo de Estado en su Dictamen núm. 349/1994, no resulta apropiado en el texto de una norma jurídica debido a la amplitud e indefinición que le caracterizan, lo que, en el presente caso, resulta aún más inapropiado si se tiene en cuenta que el precepto que nos ocupa establece prohibiciones, es decir, restringe la esfera de actuación de los particulares.

#### IV. A la parte final

Resulta obligada la inclusión de una Disposición derogatoria que, según señala la directriz 41 de las generales aprobadas por Acuerdo del Consejo de Ministros de 22 de julio de 2005, deberá contener las cláusulas de derogación del derecho vigente de forma precisa y expresa.

Por último, con carácter general, debe repasarse el texto a efectos de su mejor corrección, como por ejemplo, sustituir “yogurt” por “yogur”.

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

### **CONCLUSIONES**

**PRIMERA.**- El Consejo de Gobierno dispone de competencia para aprobar el Proyecto de Decreto objeto del presente Dictamen, sin perjuicio de las observaciones que se formulan con el carácter de esenciales sobre los siguientes preceptos, que habrán de acomodarse a lo expresado en las correspondientes Consideraciones:

- Recoger en la parte expositiva la totalidad de los títulos competenciales que ostenta la Comunidad Autónoma que atañen a la materia desarrollada (Consideración Tercera).

- Constreñir la atribución que el artículo 6 efectúa a favor de la Dirección General de Salud Pública a los aspectos que se regulan en el Proyecto (Consideración Sexta, III).

- Incluir una Disposición derogatoria en la que se contenga, de forma precisa y expresa, las cláusulas de derogación del derecho vigente (Consideración Sexta, IV).

**SEGUNDA.**- Las demás observaciones que se contienen en el presente Dictamen, de ser acogidas, contribuirán a la mejora y congruencia con el ordenamiento en que se inserta.

No obstante, V.E. resolverá.





---

**DICTAMEN 64/2010**

**Asunto** 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

**Fecha** 29/03/2010

**Extracto de Doctrina**

Nota: igual doctrina que la expresada en el Dictamen 2/2010



**DICTAMEN 65/2010**

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

**Consultante** Consejera de Sanidad y Consumo

**Fecha** 29/03/2010

**Extracto de Doctrina**

Nota: igual doctrina que la expresada en el Dictamen 38/2010.



## DICTAMEN 66/2010

<b>Asunto</b>	Responsabilidad patrimonial instada por x., como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.
<b>Consultante</b>	Consejera de Sanidad y Consumo
<b>Fecha</b>	29/03/2010

### Extracto de Doctrina

Incumbiendo a la Administración, como se indicaba antes, el mantenimiento de las instalaciones de su titularidad en condiciones tales que no supongan un riesgo para sus usuarios, el no haberlo hecho constituye un anómalo funcionamiento de un servicio público cuyo perjuicio no viene obligada a soportar la reclamante.

### ANTECEDENTES

**PRIMERO.-** Con fecha 24 de abril de 2008, x. presenta un escrito calificado como reclamación ante la Secretaría Autonómica de Atención al Ciudadano, por una caída ocurrida en el Hospital Rafael Méndez de Lorca el mismo día. Describe el accidente del siguiente modo:

*“Solicito daños y perjuicios por una caída que he tenido dentro de las instalaciones del Hospital Rafael Méndez, en la escalera de la primera planta, por encontrarse despegada la cinta adhesiva que tienen los escalones y engancharme el tacón en ella, y producirme la caída. Por este motivo tengo que estar un mes sin trabajar, ya que no puedo tomar la baja por ser mi trabajo temporal los fines de semana y yo necesito subsistir.”*

Acompaña el parte del Servicio de Urgencias del citado Hospital, correspondiente al día de la caída, que señala: *“Paciente de 35 años que consulta porque según refiere hoy sufre caída accidental con traumatismo muñeca izquierda tras accidente casual, según refiere, en Hospital Rafael Méndez (...) Rx muñeca-izquierda, fisura probable de extremidad distal radio. Recomendaciones terapéutica: férula 4 semanas, ibuprofeno, repetir Rx en 4 semanas”.*

**SEGUNDO.-** Solicitado de forma reiterada el informe del Servicio de Mantenimiento del Hospital Rafael Méndez, es evacuado el 9 de septiembre de 2008, en el siguiente sentido:

*"En relación con el asunto de referencia informo de los siguientes hechos: En la mañana del día 24 de abril, llaman a Mantenimiento del SAU avisando que una mujer se ha caído en las escaleras de acceso desde la planta baja hasta la primera, por encontrarse la cinta rugosa anticaida del escalón deteriorada. Se avisa, en primer lugar, a seguridad para tomar nota de la situación y constatar los daños. Quien se persona es el guardia de seguridad x. con D.N.I. "—", que se presenta en el lugar cuando el servicio de mantenimiento está cambiando la cinta completa.*

*Por parte de mantenimiento, se persona el operario x., con D.N.I. "—", en el lugar del accidente. Preguntado sobre la situación, manifiesta que en el segundo tramo de escalera, subiendo las mismas, en el tercer o cuarto escalón la cinta adhesiva por la esquina interior del extremo izquierdo de dicha cinta, se encontraba despegada. Se adjunta fotografías del detalle del deterioro que presentaba dicha cinta en el escalón. El operario de mantenimiento x. optó por sustituir la cinta entera, cuando también podría haber pegado sólo la esquina de cinta despegada".*

**TERCERO.-** Consta en el expediente un escrito del Director Gerente del Área III de Salud de Lorca, de 25 de septiembre, dirigido a la reclamante, en el que le informa:

*"Que tras recibir su reclamación se personó en el lugar el trabajador del Servicio de Mantenimiento x. que optó por sustituir la cinta adhesiva entera del tramo de escalera para evitar con ello cualquier tipo de molestia a nuestros usuarios, y quedando todo solucionado.*

*Lamentamos enormemente las molestias ocasionadas (...)"*.

**CUARTO.-** Con fecha 30 de octubre de 2008, la instructora requiere a la reclamante para que subsane el escrito de reclamación, indicando las lesiones producidas, la presunta relación de causalidad entre aquéllas y el funcionamiento del servicio público, la evaluación económica de la responsabilidad patrimonial, si fuere posible, y cuantos documentos e informes estime oportunos.

**QUINTO.-** Dentro del plazo otorgado, presenta escrito x., en representación de la reclamante, en el que expone:

*"El día 24-4-08 por la mañana, cuando mi patrocinada se hallaba bajando las escaleras del Hospital Rafael Méndez de Lorca, sufrió una caída al engancharse y tropezar su pie en la tira adhesiva que dichos escalones tienen; lo cual ocasionó que al no llegar, por la distancia que*

*existía, a poder sujetarse a la barandilla de la escalera (sic), la misma se ocasionara lesiones consistentes en fisura de extremo distal de radio y esguince.*

*A consecuencia de lo anterior, se escayoló a x., recibiendo después rehabilitación en la zona lesionada.*

*Se ha solicitado a los distintos médicos especialistas, integrantes de este Ilustre Servicio Murciano de Salud, informes respecto al estado de la lesión (días de curación, posibles secuelas o incapacidades) pero dada la lentitud que ahora mismo existe, aún no me han sido facilitados.*

*La causa de la caída fue el mal estado de la tira adhesiva en el lugar en que tuvo lugar la misma, actuando por tanto dicho elemento precisamente en contra de su propia función, a saber, evitación de resbalones a los usuarios cuando estén utilizando las escaleras.*

*Siendo deber y obligación de la Administración, en este caso, dentro del ámbito sanitario del Servicio Murciano de Salud, que los elementos integrantes de su servicio público se hallen en un estado de conservación correcto y adecuado para su uso, teniendo que reponer las que por su uso ya no se están en condiciones de desempeñar la función que deberían cumplir".*

Acompaña el informe del Dr. x., Especialista en Cirugía Ortopédica y Traumatología, de 15 de mayo de 2008, en el que se expresa:

*"Paciente que el día 24 de abril de 2008 sufre traumatismo de muñeca izquierda como consecuencia de caída por escaleras. Visto en primera instancia en el Hospital Rafael Méndez se diagnostica de probable fisura de extremo distal de radio. Se le confeccionó inmovilización con escayola. Acude a mi consulta a los 15 días de evolución donde se constata fisura de extremo distal de radio y se continúa con tratamiento inmovilizador hasta completar el mes."*

**SEXTO.-** El 3 de diciembre de 2008, el Director Gerente del Servicio Murciano de Salud resuelve admitir a trámite la reclamación de responsabilidad patrimonial, notificándose a la reclamante el 15 siguiente, según consta en el folio 29.

**SÉPTIMO.-** El 3 de diciembre de 2008 se solicita al Director de la Gerencia de Área de Salud III de Lorca la historia clínica e informes de los profesionales que la asistieron. También se remite copia de la reclamación al Director General de Asistencia Sanitaria para su conocimiento y se notifica a la compañía aseguradora, a través de la correduría de seguros, la admisión a trámite

de la reclamación. Por último, se solicita informe al Letrado de los Servicios Jurídicos sobre antecedentes judiciales, respondiendo en fecha 3 de diciembre que no existen.

**OCTAVO.-** Desde la Gerencia del Hospital Rafael Méndez se remite el 3 de febrero de 2009, parte de la historia clínica de la paciente en el Centro de Salud de San Diego de Lorca, donde su médico de cabecera anota los siguientes episodios (folio 66):

*“fecha 28-4-2008: refiere caída casual en HRM, aporta informe de urgencias del mismo. Radiografía de muñeca izquierda con fisura en extremidad distal del radio derecho.*

*Fecha 27-05-2008: retirar férula.*

*Fecha 13/06/2008: retiro férula tras 40 días en Rx control no lesiones. Mando a RHB con muñequera.*

*Fecha 10/07/2008: pendiente aún de RHB pues ha presentado en la convalecencia traumatismo en tobillo izdo.”*

Con posterioridad, se amplía la historia clínica de Atención Primaria con la documentación que facilita el médico de cabecera (folios 71 a 82).

También se remite informe, de 30 de enero de 2009, del Dr. x. del Servicio de Traumatología del Hospital, que señala:

*“Paciente que se le vio en consulta externa de Traumatología el 2-7-08 porque el 24-4-08 fue diagnosticada de probable fisura metafisaria en radio izquierdo. Se colocó férula inmovilizadora y esta fue retirada por su médico de cabecera a los 40 días. El 22-6-08 fue atendida por un esguince de tobillo izquierdo y se le colocó una férula inmovilizadora. A la exploración realizada el 2-7-08 presentaba en el tobillo izquierdo ausencia de equimosis y de tumefacción. A nivel de la base de los dedos 2º y 3º existía ligera equimosis. En la muñeca izquierda presentaba molestias en la apófisis cubital. Como tratamiento se le indicó iniciar carga a partir de 12-15 kg. y llegar hasta los 30-40 kg., acompañado de baños y ejercicios. Se le prescribió Ibuprofeno; al mismo tiempo se le indica proseguir la rehabilitación que le había prescrito su médico de cabecera. En la revisión realizada el 16-7-08 las Rx. indicaban normalidad a nivel de la extremidad distal del radio y se le indicó proseguir la rehabilitación. En la revisión realizada el 11-11-08 la paciente caminaba correctamente pero refiriendo que si llevaba tacones le dolía el tobillo. Al mismo tiempo indica*

*dificultad para la flexión de los dedos del pie izquierdo. De la muñeca izquierda, indicaba leves molestias. Se le volvió a remitir a rehabilitación para proseguir la recuperación funcional de los dedos. Posterior a esta visita no hay constancia en Traumatología."*

**NOVENO.-** Solicitado informe de aclaración al Director Gerente del Área III de Lorca, sobre si el traumatismo del tobillo izquierdo es consecuencia del mismo episodio ocurrido el 24 de abril de 2008 por el que reclama, o, por el contrario, se trata de dos caídas diferentes, el Servicio de Traumatología del Hospital Rafael Méndez remite un informe, suscrito por el Dr. x., en el que expone que los dos traumatismos tienen un origen diferente (folio 87):

*"Como continuación a mi informe emitido el 30-1-09 x. sufrió caída causal el 24-4-08 siendo asistida en el Servicio de Urgencias de este Hospital donde se le diagnosticó probable fisura de extremo distal de radio izquierdo. Según informe del Servicio de Urgencias del Hospital Comarcal La Inmaculada, fue atendida el 22-6-08 por una agresión con resultado de esguince de tobillo izquierdo. Por lo expuesto sobre ambos traumatismos, las lesiones son como consecuencia de episodios diferentes".*

**DÉCIMO.-** Con fecha 3 de julio de 2009 se solicita a la correduría de seguros x. informe valorativo de la indemnización que pudiera corresponder a la reclamante, sobre la caída que se produjo el 24 de abril de 2008 en el Hospital Rafael Méndez, a consecuencia de la cual sufrió traumatismo en la muñeca izquierda.

En fecha 9 de julio de 2009 se emite dictamen valorativo en el que se informa:

*"Fisura metafisaria en radio izquierdo. Consideramos 84 días de sanidad desde el accidente hasta el 16-07-08, fecha en las que se documenta que la Rx es normal, ya que la posterior revisión del 11-11-08 es referente a un esguince de tobillo producido en otro accidente. Los días impeditivos, al no aportar documentación que acredite 1LT, son 40 que es el tiempo que permanece inmovilizada. Los gastos son de una Rx. Resultado una indemnización total de 3.706,12 euros."*

**UNDÉCIMO.-** Otorgado trámite de audiencia a la reclamante, no consta que formulara alegaciones, tras lo cual, el 23 de noviembre de 2009, se formula propuesta de resolución estimatoria por concurrir los requisitos determinantes de la responsabilidad patrimonial, reconociendo a la interesada una indemnización de 3.706,12 euros, más la actualización correspondiente, desde el día en que se produjo la caída.

**DUODÉCIMO.-** Con fecha 1 de diciembre 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 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 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 daños imputados al funcionamiento del servicio público regional sanitario en el que se integra el Hospital Rafael Méndez 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 (Hospital Rafael Méndez), 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 lugar donde ocurrió el accidente (escaleras del centro hospitalario) se integra instrumentalmente en el servicio público sanitario.

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 aquélla 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".*

La realidad del evento dañoso ha sido probada por la reclamante con los medios a su alcance, a quien incumbe a tenor de lo establecido en el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en relación con el artículo 6 RRP, sin que, frente a ello, hayan sido cuestionados por el órgano instructor el lugar o la forma en que se produjo la caída, basándose en las informaciones suministradas por el Jefe de Servicio de Mantenimiento (informe de 9 de septiembre de 2008):

*“En la mañana del día 24 de abril, llaman a Mantenimiento del SAU avisando que una mujer se ha caído en las escaleras de acceso desde la planta baja hasta la primera, por encontrarse la cinta rugosa anticaida del escalón deteriorada. Se avisa, en primer lugar, a seguridad, para tomar nota de la situación y constatar los daños. Quien se persona es el guardia de seguridad x. con D.N.I “—“, que se presenta en el lugar cuando el servicio de mantenimiento está cambiando la cinta completa.”*

Sin embargo, no se aclara en la citada información si la caída fue presenciada por testigos, o la forma en que se produjo, pero lo cierto es que el órgano instructor no ha dudado de la veracidad de los hechos denunciados, pues en caso contrario debería haber ampliado su labor investigadora, mediante interrogatorio a los testigos, etc. Esta actividad instructora resultaba conveniente atendiendo a la doctrina de este Consejo sobre el deber que incumbe a la Administración de colaboración activa en el esclarecimiento de los hechos, así como sobre la modulación del referido principio general sobre la carga de la prueba, por aplicación del también 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*” (Dictamen 196/2009, entre otros). De la actividad probatoria de la reclamante, no contradicha por el órgano instructor, se infiere la realidad del evento lesivo (Memoria del Consejo Jurídico correspondiente al año 1999, página 43).

Acreditada, por tanto, la efectividad del daño, así como la titularidad por parte del Servicio Murciano de Salud del Hospital donde se produjo 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 no haber desplegado, en relación con los elementos que la integran, una actividad de conservación más cuidadosa, de modo que la seguridad de los usuarios quedase garantizada.

De lo manifestado por la reclamante y por la propuesta de resolución, se deduce que el accidente se produjo porque la cinta antideslizante del escalón se encontraba despegada, enganchándose el tacón de la reclamante, que no pudo agarrarse a la barandilla para evitar la caída. La situación de deterioro de la cinta es reconocida en el informe del Jefe de Mantenimiento, en la visita de inspección que se realiza la misma mañana (Antecedente Segundo), acompañando fotografías, pese a que no son muy visibles en su reproducción en el expediente remitido a este Consejo Jurídico.

Por lo tanto, incumbiendo a la Administración, como se indicaba antes, el mantenimiento de las instalaciones de su titularidad en condiciones tales que no supongan un riesgo para sus usuarios, el no haberlo hecho constituye, a juicio de este Órgano Consultivo, un anómalo funcionamiento de un servicio público cuyo perjuicio no viene obligada a soportar la reclamante, sin que por parte del órgano instructor se haya acreditado que su actuación contribuyera a la producción del siniestro y que nada tampoco pudo hacer para evitarlo.

Por todo ello, al no existir prueba alguna de que el accidente pudiera ser imputable a la interesada, no puede considerarse que tenga el deber jurídico de soportar los daños producidos, los cuales, en aplicación de lo establecido en los artículos 139.1 y 141.1 LPAC, han de ser considerados como lesión indemnizable.

#### **CUARTA.- Cuantía indemnizatoria.**

La reclamante se limita a alegar de modo genérico la imposibilidad de llevar a cabo una actividad laboral temporal que venía desempeñando durante los fines de semana; sin embargo, en ningún momento concreta la cuantía indemnizatoria reclamada.

La pobreza de la actividad probatoria desplegada en este sentido por la interesada lleva a este Consejo Jurídico a determinar el *quantum* indemnizatorio atendiendo al único concepto que consta debidamente acreditado en el expediente, es decir, el de la duración de las lesiones. Según el informe del médico de cabecera de la paciente (folio 66), a ésta le fue retirada la férula el 13 de junio de 2008, siendo remitida a rehabilitación con muñequera en esta misma fecha, aunque posteriormente (el 22 de junio siguiente) sufriera un traumatismo de tobillo, no achacable en modo alguno a la caída anterior en el Hospital de 28 de abril, según el informe del traumatólogo que le atendió (Antecedente Noveno). El mismo especialista también señala que en la revisión de 16 de julio de 2008 las radiografías indicaban normalidad a nivel de la extremidad distal del radio (folio 67), aunque se le indicara proseguir la rehabilitación. Por tanto, resulta acertado que el órgano instructor, basándose en los datos aportados por el informe de valoración de la correduría de seguros (folio 93), fije 84 días de curación, contados desde el accidente hasta el 16 de julio indicado. También lo es, en ausencia de justificación por la parte reclamante, que se consideren como improductivos 40 (tiempo que permanece con férula) y como no improductivos los restantes (44 días).

Para cuantificar la indemnización, este Órgano Consultivo, 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 valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación correspondiente al año 2008 (Resolución de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones de 17 de enero de 2008), 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, de acuerdo con el siguiente detalle:

Incapacidad temporal:

- Días improductivos: 40 por 52,47 euros diarios: 2.098,70 euros.
- Días no improductivos: 44 por 28,26 diarios: 1.243,23 euros.

No procede, por el contrario, incrementar estas cantidades con el factor de corrección por perjuicios económicos (10%), según propone el órgano instructor (334,19 euros), puesto que, de acuerdo con nuestro Dictamen 6/2010, para ello es preciso que se acrediten los “ingresos netos anuales de la víctima por trabajo personal”, lo que no ha efectuado la reclamante, a la que incumbía tal acreditación.

De la suma de dichas cantidades se obtendría un *quantum* indemnizatorio de 3.341,93 euros, inferior a la recogida en la propuesta de resolución, sin perjuicio de su actualización a la fecha en que se ponga fin al procedimiento de responsabilidad.

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

### **CONCLUSIONES**

**PRIMERA.-** Se dictamina favorablemente la propuesta de resolución estimatoria de la reclamación, al considerar el Consejo Jurídico que 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 67/2010**

**Asunto** Resolución de contrato formalizado con la U.T.E. --, S.A., y --, S.A., por los servicios para la construcción de la nueva Casa Consistorial en el municipio de Las Torres de Cotillas.

**Consultante** Ayuntamiento de Las Torres de Cotillas

**Fecha** 12/04/2010

**Extracto de Doctrina**

El artículo 110 TRLCAP establece que el contrato administrativo se entenderá cumplido por el contratista cuando éste haya realizado, de acuerdo con los términos del mismo y a satisfacción de la Administración, la totalidad de su objeto. En todo caso, su constatación exigirá por parte de la Administración “un acto formal y positivo” de recepción o conformidad dentro del mes siguiente de haberse producido la entrega o realización del objeto del contrato (cláusula 34 PCAP).

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** Con fecha 23 de noviembre de 2006, el Pleno del Ayuntamiento adjudica el contrato de obras para la ejecución de la “Casa Consistorial de Las Torres de Cotillas” a la Unión Temporal de Empresas (UTE) --, S.A. y --, S.A., por el precio de 5.397.759,99 euros, IVA incluido, por ser la proposición más ventajosa de todas las presentadas, al haber obtenido la mayor puntuación en el cómputo de los criterios de adjudicación del concurso convocado al efecto.

En el acuerdo Plenario de adjudicación se hace constar que el plazo de ejecución de la obra será de 16 meses, que se ejecutará de acuerdo al proyecto básico y de ejecución redactado por los arquitectos x. y. (empresa --, S.L.), aprobado por el mismo órgano el 28 de junio de 2006, y conforme a las propuestas formuladas por la UTE adjudicataria, incluyendo el programa de construcción ofertado. La dirección facultativa de las citadas obras recae también en los técnicos anteriores.

Las obras objeto del contrato se financian en base al convenio formalizado con la Consejería de Presidencia el 12 de diciembre de 2005, para la colaboración en los gastos ocasionados durante los años 2005, 2006 y 2007, con motivo de la financiación de la construcción de la nueva Casa Consistorial del municipio.

**SEGUNDO.-** El 29 de enero de 2007 se formaliza el contrato administrativo por el Alcalde, en representación del Ayuntamiento de Las Torres de Cotillas, y por el Gerente único de la UTE, en representación de la contratista, haciéndose constar en las cláusulas cuarta y quinta lo siguiente:

*“El plazo de ejecución es de dieciséis (16) meses, contado desde el día siguiente a la firma del Acta de comprobación del replanteo, que se realizarán dentro del mes siguiente a la formalización del contrato.*

*(...) El contratista presta su conformidad al proyecto de la obra y al Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares que rige para este contrato, y se somete, para cuanto no se encuentra en él establecido, a los preceptos 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 y por el 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.”*

Al contrato se le incorpora el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP), también aprobado por el Pleno municipal el 26 de julio de 2006, según diligencia de la Secretaría de la Corporación.

**TERCERO.-** El 28 de febrero de 2007, dentro del mes estipulado para el levantamiento del acta de comprobación de replanteo, se formaliza ésta por el representante de la Administración (arquitecto municipal), por la contratista y por la dirección facultativa, haciendo constar que *“no existe disponibilidad real y efectiva de los terrenos hasta que no concluyan las obras de desvío de la acequia que atraviesa los mismos, se decide **No dar comienzo a las obras.**”*

Ejecutados los trabajos de desvío de la acequia que impedían el inicio de las obras, se suscribe nueva acta de comprobación de replanteo el 2 de mayo de 2007, en la que se refleja que *“se dan comienzo los trabajos de construcción del citado Proyecto”,* en tanto se ajusta a la parcela que el Ayuntamiento ha dispuesto a tal fin.

**CUARTO.-** Tres meses después (el 8 de agosto), el Jefe de Edificación de --, S.A., una de las mercantiles integradas en la UTE, dirige escrito al arquitecto municipal del Ayuntamiento de Las Torres de Cotillas, en el que solicita la paralización temporal de las obras hasta que esté redactado y aprobado un proyecto modificado, que englobe todas las unidades de obras nuevas y modificadas, ya que *“a fecha de hoy todavía no disponemos de planos de estructura, distribución y superficies o incluso instalaciones, así como la ejecución de unidades no contempladas en el*

*proyecto original, pudiendo resultar de esta situación anomalías de difícil o nula solución a posteriori de la obra”.*

**QUINTO.-** Consta la solicitud de autorización para la redacción del modificado del proyecto básico y de ejecución de la nueva Casa Consistorial de Las Torres de Cotillas, suscrita por la dirección facultativa de la obra, fechada en julio de 2008, en la que se expone que las obras se encuentran en un estado de ejecución que permite conocer con precisión y seguridad todas las incidencias naturales de su desarrollo, hasta poder cuantificar y valorar las modificaciones necesarias al contrato, asumiendo las incidencias registradas, así como las previsibles en el tiempo necesario hasta su efectiva finalización.

En consecuencia, se proponen una serie de modificaciones que afectan a los trabajos previos (retirada del telón anunciador de la obra, demolición de la fachada y de la estructura metálica, etc.), a la conservación de la chimenea existente, al refuerzo estructural, cubiertas, albañilería e instalaciones, en atención a las necesidades futuras del Ayuntamiento, a la fachada y a la urbanización, según la justificación que consta en el expediente. Por último, se incluye un cuadro económico del modificado, así como la parte correspondiente a los honorarios de la redacción del mismo, que supone en su conjunto un incremento del precio del contrato de 1.078.920,83 euros (un 19,99 %).

Asimismo consta un escrito, suscrito por la dirección facultativa del proyecto (se supone en la misma fecha), que propone aumentar el plazo de ejecución de 16 meses establecido en el contrato, a 22 meses (6 meses más).

**SEXTO.-** Respecto a la modificación propuesta del contrato suscrito, el Pleno municipal, en su sesión de 14 de octubre de 2008, aprueba la redacción del modificado del proyecto básico y de ejecución de la nueva Casa Consistorial, aprobando el gasto correspondiente, notificándose a la contratista y a la dirección facultativa el acuerdo. La elaboración del citado modificado, cuya versión definitiva lleva fecha de junio de 2009, propone finalmente una ampliación del plazo de ejecución de tres meses, haciendo la observación de que esta documentación sustituye a las anteriores, de manera que se realice una única modificación del contrato original en los términos que ahora se plantea.

**SÉPTIMO.-** Con fecha 30 de julio de 2009, previos los informes correspondientes, el Pleno del Ayuntamiento de Las Torres de Cotillas acuerda aprobar el proyecto modificado, sin que proceda la revisión de precios, notificándolo a la dirección facultativa de la obra (empresa--, S.L.) y



a la contratista. El contrato modificado se formaliza el 11 de septiembre de 2009 -previo aumento de la garantía definitiva depositada por la adjudicataria-, por el Alcalde, en representación del Ayuntamiento, y por la contratista, y supone un incremento del coste total del contrato de 1.078.920,83 euros, incluido IVA, así como una prórroga del plazo de ejecución de tres meses, manteniéndose el resto del clausulado que contenía el contrato inicial.

Consta un acta de replanteo correspondiente al contrato modificado, de 14 de septiembre de 2009.

**OCTAVO.-** El 21 de diciembre de 2009, el arquitecto municipal emite informe en el que señala:

*“Las obras de construcción de la Casa Consistorial de Las Torres de Cotillas, situada en la calle D´Stoup de Las Torres de Cotillas, se encuentran en fase de ejecución desde el día 2 de mayo de 2007 (fecha de la firma del acta de comprobación de replanteo), siendo su plazo de ejecución 16 meses.*

*Con fecha 31 de julio de 2009 se aprueba el Modificado núm. 1 del Proyecto Básico y de Ejecución, el cual amplía el plazo de la obra en 3 meses más, firmándose el Acta de Comprobación de Replanteo y Comienzo de Obras el día 14 de septiembre de 2009.*

*Visitada la obra el día de hoy, el técnico municipal que suscribe informa que habiendo transcurrido el plazo de ejecución, la edificación no está terminada.”*

**NOVENO.-** El mismo arquitecto municipal emite un segundo informe el 14 de enero de 2010, en el que expone:

*“1.- Que habiendo transcurrido el plazo de ejecución de obra, la edificación no está terminada.*

*2. Que aún queda por ejecutar en un porcentaje aproximado del 7%, según presupuesto certificado.*

*3. Que se continúa trabajando en la obra, pero a un ritmo muy lento y sin casi personal (se observan dos pintores realizando trabajos de pintura en el exterior del edificio, dos peones de*

*albañilería rejuntado pavimento de adoquín y otro fratansando el canto del forjado junto a la rampa de bajada a la plaza)."*

El tercer informe del técnico municipal data de 28 de enero siguiente, en el que expone que se continúa trabajando en la obra, pero a un ritmo muy lento y sin casi personal (se observan dos peones de albañilería haciendo repasos de acabado y limpieza de la obra).

**DÉCIMO.-** Con fecha 2 de febrero de 2010 se acuerda por el Pleno municipal el inicio del expediente de resolución contractual, por la demora de la contratista en el cumplimiento del plazo total, en aplicación de lo dispuesto en los artículos 111,e) y 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), siendo notificado a la contratista y a la avalista, de acuerdo con lo establecido en el artículo 109.1 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (RCAP).

**UNDÉCIMO.-** Se incorpora al procedimiento un certificado de la Secretaria de la Corporación municipal, con el visto bueno de la Alcaldía, de 25 de enero de 2010, que detalla las certificaciones aprobadas hasta entonces (un número total de 28), la última de 4 de diciembre de 2009 (correspondiente al mes de noviembre) y con fecha de aprobación de 17 de diciembre, por un montante de 2.125.456,63 euros.

**DUODÉCIMO.-** Con fecha 12 de febrero de 2010, x., en representación de la contratista, presenta escrito de oposición a la causa de resolución culpable del contrato, solicitando el archivo del procedimiento, en virtud de las siguientes alegaciones:

1ª) La ejecución de las obras ha estado suspendida por un plazo superior a 23 meses, dada la importante demora producida entre la remisión del escrito de solicitud de suspensión de las obras, que fue presentada por la contratista el 8 de agosto de 2007 -por la grave indefinición que presentaba el proyecto de ejecución de la obra-, hasta la aprobación del proyecto modificado, por causas ajenas a aquélla, dado que la autorización para la redacción del citado modificado no fue otorgada por el Pleno municipal hasta el 14 de octubre de 2008, siendo aprobado el 30 de julio de 2009.

2ª) Dada la falta de contestación a la solicitud de suspensión de la contratista, ha de entenderse tácitamente prorrogado, de acuerdo con lo previsto en el artículo 96.2 TRLCAP, al no

ser imputable a la misma las causas de la paralización de las obras, pendientes de la aprobación del modificado, y no haber podido ejecutar las obras.

3ª) Se interpreta erróneamente por el Ayuntamiento la prórroga de tres meses recogida en la cláusula segunda del contrato modificado, por cuanto dicha prórroga, al encontrarse motivada como consecuencia del aumento de las unidades de obra, debe entenderse como acumulativa, y no sustitutiva del plazo inicialmente contemplado para la ejecución, resultando ilógico que se pretenda realizar en tres meses el mismo volumen de obra que el previsto para 13 meses.

4ª) Se alegan vicios procedimentales, en tanto no se ha dado traslado a la contratista del informe del arquitecto municipal, que ha servido de base para la incoación del presente procedimiento de resolución contractual.

5ª) La demora alegada no es imputable en ningún caso a la UTE, sin que haya probado el Ayuntamiento una voluntad rebelde de la contratista a su cumplimiento, ni el abandono definitivo de la obra (artículo 1.124 del Código Civil).

6ª) A la fecha de la presentación del escrito, se ha certificado la cantidad de 5.974.364,20 euros, lo que equivale al 92,24 % del presupuesto del contrato con fecha diciembre de 2009, quedando pendiente de certificar los trabajos realizados con fecha 10 de febrero de 2010, cuyo importe completa el presupuesto vigente de 6.476.680,83 euros.

7ª) La obra se encuentra prácticamente finalizada, por lo que el presente expediente de resolución contractual debe ser archivado, al no encontrarse fundado en causa de interés público, siendo firme y patente nuestra voluntad de proceder con carácter inmediato a la finalización de las obras.

8ª) La suspensión de las obras ha provocado unos daños a la contratista, que se reserva el derecho a una indemnización en concepto de todos los perjuicios causados.

**DECIMOTERCERO.-** Previo informe de la Secretaria de la Corporación Municipal de 26 de febrero de 2010, que examina en detalle las alegaciones presentadas por la contratista, se formula propuesta por la Concejalía correspondiente en la misma fecha, desestimando las mismas, por cuanto la contratista conocía en profundidad las características del proyecto, aceptando la obra sin manifestar oposición y suscribiendo los documentos contractuales sin reserva. Tampoco admite la supuesta concesión tácita de la paralización de las obras, sostenida por aquélla, a la vista de las

certificaciones aprobadas durante el supuesto plazo de suspensión, ni la alegada indefensión, habiéndose constatado, por otra parte, el práctico abandono de la obra.

Finalmente, concluye que ha quedado probado que la contratista ha incumplido el plazo total previsto en el contrato de ejecución de la referida obra, y el de las sucesivas prórrogas, por lo que concurre la causa de resolución prevista en el artículo 111,e) TRLCAP, resultando procedente la incautación de la fianza, en los términos previstos en el artículo 113, 4 y 5 del mismo Texto Refundido, que asciende a un montante de 259.067,23 euros.

**DECIMOCUARTO.-** Con fecha 1 de marzo de 2010 (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 presente Dictamen se emite con carácter preceptivo.

En cuanto a los requisitos formales que ha de cumplir la consulta a este Órgano Consultivo, si bien se incluye un índice con los documentos que integran el expediente, la copia remitida no se encuentra foliada, como exige el artículo 46.2,c) de su Reglamento de Organización y Funcionamiento (Decreto 15/1998, de 2 de abril), lo que hubiera facilitado la cita de las actuaciones en el presente Dictamen. Tampoco se han remitido los documentos que se acompañan al escrito de oposición de la contratista, si bien ello no es motivo para requerir que se complete el expediente, en tanto constan ya incorporados al mismo (contrato de obra, acta de comprobación de replanteo, escrito de solicitud de paralización de obras, acuerdos del Pleno municipal sobre el contrato modificado y su formalización).

#### **SEGUNDA.- Normativa de aplicación y cuestiones procedimentales.**

1. Dentro de las prerrogativas que ostenta el órgano contratante (Pleno municipal) 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 los citados Texto Refundido y RCAP, de conformidad con 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. El procedimiento seguido se ha ajustado a lo dispuesto en el artículo 109 RCAP, quedando pendiente de cumplimentar el último trámite, que es la emisión del presente Dictamen, al haber formulado oposición la contratista.

De otra parte, no se sustentan los alegatos de la contratista de indefensión por defectos procedimentales, concretamente por la falta de notificación del informe del Arquitecto Municipal (no forma parte de la dirección facultativa de la obra), que se limita a constatar que las obras no se encuentran finalizadas dentro del plazo previsto, puesto que, tras el otorgamiento del trámite de audiencia, la UTE podría haber solicitado copia de la documentación existente en el procedimiento de resolución, de acuerdo con lo previsto en el artículo 35. 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, sin que exista constancia de que hiciera uso de tal derecho. De otra parte, los informes del arquitecto municipal, como se ha indicado, se limitan a comprobar el estado en que se encuentran las obras, lo que es conocido por la contratista, en tanto su representante manifiesta que *“a la fecha en que se formula el presente escrito de alegaciones, se han certificado 5.974.364,20 euros, lo que equivale a 92,24 % del presupuesto del contrato con fecha diciembre de 2009”*; por tanto, se viene a reconocer que a la citada fecha no habían concluido totalmente las obras, que es lo que únicamente constata el técnico municipal.

No obstante, llama la atención que en el procedimiento no conste el informe de la dirección facultativa de la obra, contratada por el Ayuntamiento a la empresa --, S.L (arquitectos x. y.), a su vez redactores del proyecto, que fue aprobado por el Pleno municipal el 28 de junio de 2006.

3. En lo que se refiere al plazo para adoptar la resolución del contrato, conforme a nuestra doctrina contenida, entre otros, en el Dictamen 90/2009, 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 LPAC), plazo que cumpliría el próximo 2 de mayo de 2010, en atención a que fue incoado el procedimiento el 2 de febrero anterior, y 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).

**TERCERA.- Cuestiones previas: plazo para la ejecución de las obras y estado de las mismas.**

1. Plazo para la ejecución de las obras.

Dado que el plazo de ejecución de las obras, cuyo incumplimiento se alega por el Ayuntamiento para la resolución del presente contrato, es una cuestión discutida por la contratista en el presente procedimiento, este Órgano Consultivo considera que procede examinar el requisito temporal del contrato, teniendo en cuenta las incidencias acontecidas durante su desarrollo:

a) El plazo de ejecución de la obra “Casa Consistorial de Las Torres de Cotillas”, según el contrato formalizado el 29 de enero de 2007, era de 16 meses, contado desde el día siguiente a la firma del acta de comprobación del replanteo. Dicha acta se formalizó finalmente, sin reservas por la contratista, el 2 de mayo de 2007, reflejando que han concluido los trabajos de desvío de la acequia que impedía el inicio de las obras, dando comienzo a los trabajos de construcción. Conforme a este plazo estipulado en el contrato inicial, la obra debería haber finalizado el 3 de septiembre de 2008.

b) Con posterioridad, no consta en el expediente que las obras se paralizaran temporalmente por el órgano de contratación durante el citado plazo, pese a que se solicitó por el Jefe de Edificación de --, S.A., una de las empresas de la UTE (no por el representante de la contratista), tres meses después de la formalización del acta de replanteo, mediante escrito de 8 de agosto de 2007, hasta tanto se redactara y aprobara el proyecto modificado. Tampoco consta una petición en tal sentido por la dirección facultativa al órgano de contratación.

c) Aun cuando la solicitud de la dirección facultativa para la redacción del proyecto modificado data de julio de 2008 (en la carátula también figura la empresa contratista), la autorización para redactar el modificado fue concedida por el Pleno municipal el 14 de octubre de 2008 (ya había finalizado el plazo inicial de 16 meses), siendo finalmente aprobado el proyecto modificado el 30 de julio de 2009, es decir, 10 meses después de la finalización del plazo del contrato inicial, si bien ha de reiterarse que durante la tramitación del modificado no se adoptó por

el órgano de contratación la suspensión de las obras, sin que conste en el expediente el pronunciamiento de la dirección facultativa a este respecto, y la aclaración, en su caso, de que la tramitación del modificado no exigía la suspensión parcial de la ejecución de la obra (nada se indica en este sentido en el expediente), al amparo de lo dispuesto en el artículo 146.4 TRLCAP.

Durante este tiempo tampoco consta que se prorrogara expresamente el plazo por el órgano de contratación (artículo 67.1 TRLCAP), como parece sostener el informe de la Secretaria de la Corporación, al hacer referencia a los seis meses que se solicitaron por la dirección facultativa con la primera documentación presentada para la autorización de la redacción del modificado, pues no consta ningún acuerdo adoptado en tal sentido por el órgano de contratación, siendo luego sustituida tal documentación por la versión definitiva, en la que figuran 3 meses de prórroga, que sí fueron acordados como más adelante se expresa; sin género de dudas, puede afirmarse que durante el citado periodo (desde la finalización de los 16 meses, hasta el otorgamiento de la prórroga de 3 meses) se produjo una tolerancia de la Administración al cumplimiento en mora de la contratista, pues continuaron la ejecución de las obras por aquélla, pese a que ahora sostenga lo contrario en el escrito de oposición; prueba de ello son las certificaciones aprobadas durante aquel periodo, como refiere el informe de la Secretaria de la Corporación. Sin duda alguna, la dirección facultativa hubiera aclarado todas estas cuestiones, si se hubiera solicitado su informe por el órgano instructor del presente procedimiento.

d) Con la aprobación de la modificación del contrato, suscrito por el representante de la Administración y la contratista el 11 de septiembre de 2009, se otorga una prórroga del plazo de ejecución de tres meses, según la estipulación segunda, contado desde el día siguiente al acta de comprobación del replanteo del modificado, formalizada el 14 de septiembre de 2009, sin reservas por parte de la contratista. Claro está que difícilmente puede prorrogarse un plazo que ya había ya fenecido, habiéndose adoptado por el órgano de contratación, por tanto, sin el cumplimiento de los requisitos temporales previstos en el artículo 100 RCAP.

Así pues, el plazo total de ejecución se encontraba cumplido en la indicada fecha (diciembre de 2009), superadas en exceso las previsiones iniciales del contrato suscrito (32 meses reales).

## 2. Estado de las obras.

A fecha 28 de enero de 2010, según el último informe del arquitecto municipal, quedaba por ejecutar obra en un porcentaje aproximado del 7%, según presupuesto certificado, observando que continuaban los trabajos, aunque a un ritmo muy lento y casi sin personal.

En fecha posterior, sin que el Ayuntamiento haya acordado ninguna medida cautelar respecto a la ejecución de la obra durante la tramitación del presente procedimiento de resolución contractual, se dispone de la siguiente información aportada por la contratista, correspondiente a la fecha de la presentación del escrito de alegaciones (12 de febrero de 2010), en la que se expresa que *“se han certificado 5.974.364,20 euros, lo que equivale a 92,24 % del presupuesto del contrato con fecha diciembre de 2009, quedando pendiente de certificar los trabajos realizados con fecha 10 de febrero de 2010, cuyo importe completa el presupuesto vigente.”*

De los datos anteriores se desprende que durante este tiempo han continuado ejecutándose los trabajos pendientes (se desconoce el grado de terminación de las obras en la actualidad), citando la contratista los realizados con fecha 10 de febrero de 2010 (fecha posterior al último informe del arquitecto municipal), por lo que este Consejo Jurídico ha de considerar también la alternativa de que la obra se encuentre terminada actualmente, en cuyo caso ha de plantearse si procede la causa de resolución contractual invocada, con independencia de que pudieran concurrir otras causas no alegadas en el presente procedimiento.

### 3. Incidencia del modificado en el plazo de ejecución.

Un aspecto no aclarado en el procedimiento, sobre lo que también sustenta la oposición a la resolución contractual la UTE, es la incidencia que tuvo el modificado en la duración y ejecución de la obra.

La respuesta a la solicitud del Jefe de Edificación de --, S.A., dirigida al arquitecto municipal el 8 de agosto de 2007 (tres meses después del acta de replanteo), por la que se solicita la paralización de las obras hasta tanto esté redactado y aprobado un proyecto modificado que englobe todas las unidades de obras nuevas y modificadas, ya que a esa fecha no disponían de planos de estructura, distribución y superficiales, así como la ejecución de unidades no contempladas en el proyecto inicial, no se encuentra documentada en el expediente, si bien, en contraste con la justificación del proyecto modificado presentado por la dirección facultativa un año después (en julio de 2008), responde al recálculo de la cimentación y de la estructura para admitir las cargas correspondientes a la futura ampliación de dos plantas más, que requería, por un lado, cambiar la tipología de cimentación en la zona de la torre, de zapatas aisladas a losa, y por otro lado el aumento de secciones y cuantías en general del resto de la estructura, al igual que un aumento de la superficie de tabiquería de ladrillo, y una revisión completa de las instalaciones del edificio para aumentar su capacidad; otro tipo de modificaciones atañen a la impermeabilización perimetral y de la plaza en nivel 1, conservación de la chimenea existente, así como un cambio en



la solución de la fachada, por las dificultades de la contratista para garantizar la prevista en el proyecto inicial. Por último, se propone un cambio de pavimento en la urbanización exterior.

De ahí, que resulte singularmente importante recabar el parecer de la dirección facultativa sobre si, ante estos cambios, se autorizó (aunque no se formalizara) la paralización parcial de la ejecución de las obras durante la tramitación del modificado, o si se consideró que los cambios no demandaban tal suspensión parcial de su ejecución, a la vista del escrito presentado inicialmente por un técnico de la mercantil.

#### **CUARTA.- Estado del contrato y posibilidad de resolver.**

Conforme a lo señalado en la Consideración anterior, este Consejo Jurídico considera, en función de si se han terminado o no las obras actualmente, las siguientes alternativas del órgano de contratación.

1. En la hipótesis de que las obras hubieran terminado en la actualidad, según sostiene la contratista en el escrito de oposición, que hace referencia a los trabajos realizados en febrero (posterior a la emisión del último informe del arquitecto municipal), siempre y cuando fueran recepcionadas, a cuyo fin debería recabarse el informe de la dirección facultativa, 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.

A este respecto, en nuestro Dictamen 27/2004 se indicó:

*“El modo normal y deseable de terminación de los contratos administrativos es el cumplimiento de lo pactado. El Consejo de Estado tiene declarado que “el contrato de obras está concluso y terminado en el momento en que termina la realización de las obras y, por parte de la Administración, en el momento que las recibe y asume la contraprestación de satisfacer el precio definitivo que le corresponde. Estos dos momentos coinciden en la llamada recepción y liquidación provisionales. Cualquier reclamación formulada después debe considerarse extemporánea, por haberse concluido la relación contractual” (Dictamen 51.612, de 25 de febrero de 1988); que la recepción “pone fin a la relación sinalagmática establecida, en cuanto a prestaciones contractuales” (Dictamen 51.614, de 25 de febrero de 1988).y que “la resolución sólo es procedente antes de que*

*se haya producido la extinción por otras causas” (Dictamen 2.205, de 20 de julio de 2000). En el mismo sentido se expresa la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, en sentencia de 21 de septiembre de 1999, cuando afirma que recibidas provisionalmente las obras, si con posterioridad aparecen defectos en lo construido, la resolución del contrato resulta improcedente pues las obras habían sido terminadas y el contrato ejecutado, aun cuando lo fuera defectuosamente.”*

La doctrina jurisprudencial (por todas, SSTS, Sala de lo Contencioso Administrativo, de 29 de diciembre de 1988 y de 25 de enero de 1994), afirma que la resolución exige, como condición básica para su ejercicio, que el contrato se encuentre pendiente en cuanto a las prestaciones de una de las partes contratantes.

Son, también, muy numerosos los Dictámenes del Consejo de Estado, que supeditan la acción de resolución a la existencia de un contrato pendiente de cumplimiento, pues, como señala el Dictamen de 25 de noviembre de 1993, *“la resolución supone la extinción del vínculo contractual por cualquier causa distinta de su conclusión y cumplimiento”*.

Al igual que este Consejo Jurídico, en la Memoria correspondiente al año 2009 (pág. 50), señala que si la obra se hubiera ejecutado y recibido resultaría improcedente la resolución de un contrato ya extinguido.

En tal sentido, el artículo 110 TRLCAP establece que el contrato administrativo se entenderá cumplido por el contratista cuando éste haya realizado, de acuerdo con los términos del mismo y a satisfacción de la Administración, la totalidad de su objeto. En todo caso, su constatación exigirá por parte de la Administración *“un acto formal y positivo”* de recepción o conformidad dentro del mes siguiente de haberse producido la entrega o realización del objeto del contrato (cláusula 34 PCAP).

No obstante, podría ocurrir que las obras no se hallen en estado de ser recibidas, en cuyo caso la dirección facultativa ha de señalar los defectos observados y detallar las instrucciones precisas fijando un plazo. Si transcurrido dicho plazo el contratista no lo hubiese efectuado, podrá procederse a la resolución del contrato (cláusula 34.5 PCAP), pero ya no por la causa invocada en el presente procedimiento (demora en el cumplimiento del plazo total de ejecución).

2. De mantenerse el presupuesto de partida del presente procedimiento, en cuanto que las obras no se hubieren terminado en la actualidad, para lo que, igualmente, se requiere un informe

de la dirección facultativa que aclare tales extremos, habiendo incurrido en mora la contratista, el órgano de contratación está facultado (artículo 95.2 TRLCAP) para la resolución del contrato o para la imposición de penalidades, como se especifica en la cláusula 37 PCAP.

Con carácter general, cuando queda pendiente de ejecutar un porcentaje tan pequeño, la vía de resolución, en lugar de forzar su terminación con imposición de penalidades, puede no ser la que mejor satisfaga el interés de la Administración (complejidad del procedimiento de resolución, nueva contratación, aplazamiento de la terminación de la obra, etc.), si bien esta última opción (imposición de penalidades) ha sido rechazada implícitamente por el órgano de contratación en el presente caso, a tenor de las consideraciones que se recogen en el informe de la Secretaria de la Corporación, de 26 de febrero de 2010, sobre la posibilidad de la contratista de terminar las obras, en el que señala que “con fecha 23 de febrero de 2010 la mercantil --, S.A. ha presentado concurso voluntario de acreedores ante el Juzgado de lo Mercantil núm. 9 de Madrid”, si bien ha de realizarse la matización de que no sólo dicha mercantil integra la UTE adjudicataria.

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

### **CONCLUSIONES**

**PRIMERA.**- Con carácter previo al pronunciamiento de este Órgano Consultivo sobre la procedencia de resolver el contrato por incumplimiento del plazo total para su ejecución por parte de la contratista (con incautación de fianza), se requiere que por el órgano instructor del presente procedimiento se recabe el informe de la dirección facultativa sobre el grado de terminación de las obras actualmente y, en el caso de haber finalizado, si éstas han de ser recibidas, en los términos expresados en la Consideración Cuarta, I.

También debería clarificarse por la citada dirección facultativa, si en la ejecución de las obras se acordó la paralización parcial de la mismas, aun cuando no se formalizara, mientras tanto se tramitara y aprobara el modificado, en el caso de que fuera exigible (artículo 146.4 TRCAP).

**SEGUNDA.**- Una vez completadas las actuaciones indicadas, en el caso de que el órgano instructor ratifique la propuesta elevada, que deberá ser sometida de nuevo al Dictamen preceptivo de este Consejo Jurídico, acompañando los trámites ulteriores, el órgano de contratación habrá de tener en cuenta el plazo de caducidad para la resolución y notificación del presente procedimiento, citado en la Consideración Segunda, 3), sin perjuicio de la posibilidad de iniciar uno nuevo conforme a nuestra doctrina.

No obstante, V.S. resolverá.



**DICTAMEN 68/2010**

**Asunto** Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en accidente de circulación.

**Consultante** Consejero de Obras Públicas y Ordenación del Territorio

**Fecha** 12/04/2010

**Extracto de Doctrina**

En relación con la eficacia interruptiva del plazo de que se trata, por causa de la presentación de reclamaciones de responsabilidad ante Administraciones Públicas distintas de la que resulta responsable del servicio público en cuestión, este Consejo Jurídico abordó la cuestión en su Dictamen nº 131/07, de 1 de octubre, del que ha de partirse. La doctrina de las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia no ofrece una posición uniforme sobre la cuestión, aunque se decanta por negar eficacia interruptora a los requerimientos y reclamaciones de cualquier naturaleza que no vayan dirigidos contra la Administración a la que finalmente se considere responsable del daño (al margen de los supuestos relativos a la existencia de actuaciones penales), aunque existen pronunciamientos que permiten particularizar el análisis en atención a las especiales circunstancias del caso concreto.

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** En fecha 23 de agosto de 2006, x., en nombre y representación de x., presentó escrito de reclamación de responsabilidad patrimonial dirigido a la Consejería de Obras Públicas, Vivienda y Transportes. En síntesis, en ella expresa que sobre las 16,20 horas del día 7 de febrero de 2004 su representado circulaba con su ciclomotor por la Avenida de La Basca, de Beniel, de titularidad autonómica, cuando colisionó con un badén existente en la calzada que tenía una excesiva altura y deficiente señalización, por lo que perdió el control de su ciclomotor, no pudiendo evitar colisionar contra la reja de la fachada de un inmueble colindante, sufriendo importantes daños físicos y materiales. Considera que las deficiencias del badén se demuestran por el hecho de que fue reparado posteriormente.

Señala que por tales hechos se siguieron diligencias penales, que terminaron mediante Auto del Juzgado de Instrucción nº 3 de Murcia de fecha 28 de julio de 2005, de sobreseimiento libre y archivo de las mismas.

Reclama una indemnización total de 298.900,42 euros, correspondiente a la valoración de los siguientes conceptos: 5 días de hospitalización, 504 de incapacidad impeditiva, secuelas padecidas (73 puntos), y gastos por asistencia en la sanidad privada.

Adjunta a su escrito diversa documentación, entre la que destaca un informe de 1 de julio de 2004 de la Policía Local de Beniel, relativo al accidente, el citado Auto de sobreseimiento de las diligencias penales, dos informes del Médico Forense, de valoración del daño corporal y del período de incapacidad, facturas sobre gastos en la sanidad privada y una resolución del Ayuntamiento de Beniel denegando la previa reclamación presentada por el interesado el 17 de julio de 2006, por no ser de su competencia la vía en la que ocurrió el accidente.

**SEGUNDO.-** Mediante oficios de 18 de octubre de 2006, la instrucción pone en conocimiento del reclamante la tramitación del correspondiente procedimiento de responsabilidad patrimonial, requiriéndole la presentación de diversa documentación; asimismo, se solicita al Juzgado de Instrucción y Policía Local antes citados una copia de la documentación que posean sobre los hechos de que se trata, e informe de esta última.

**TERCERO.-** Con fecha de 3 de noviembre de 2006, el reclamante presenta escrito al que adjunta diversa documentación, entre la que destaca un informe médico particular de 30 de octubre de 2006, sobre las lesiones y secuelas padecidas. Además, solicita la práctica de prueba testifical y que se requiera a la Dirección General de Carreteras para que informe si posteriormente a la fecha del accidente se han realizado obras de reparación o mejora en la Avenida de La Basca, de Beniel, frente al nº 73.

**CUARTO.-** Mediante escrito de 29 de noviembre de 2006, uno de los Policías Locales de Beniel que emitieron el informe de 1 de julio de 2004, aportado por el reclamante, procede a adjuntar este último, que expresa lo siguiente:

*“Sobre las 16:30 horas del día 7 de febrero de 2004, a través de llamada telefónica recibimos aviso del servicio de emergencias 112 de haberse producido un accidente de circulación en Avenida de La Basca, frente al número 73, encontrándose una persona herida. Desplazados al lugar encontramos a la persona herida, procediendo a comprobar su estado y comunicando al servicio de Emergencias su gravedad y la confirmación de la asistencia médica; una vez desplazados al lugar el equipo médico del Centro de Salud de Beniel, procedimos a la identificación del único implicado, así como del vehículo, resultando ser x, vecino de El Raal, el cual conducía el*

*ciclomotor marca Aprilia 50, con matrícula “—”. Tras la asistencia del personal medico de Beniel es trasladado en ambulancia al Centro Hospitalario.*

*A juicio de los que suscriben, el accidente se pudo producir al perder el conductor del ciclomotor, por causas desconocidas, el control del vehículo, saltando un muro de obra de aproximadamente 0,50 metros que delimita el atrio de la vivienda número 73 de Avenida de la Basca con dicha carretera, colisionando ciclomotor y conductor con la reja de la fachada del inmueble”.*

Además, en el escrito de noviembre de 2006, el mencionado agente informa lo siguiente:

*“Que el día 7 de febrero de 2004, en la Av. La Basca, hubo un accidente de circulación donde x., que conducía el ciclomotor matrícula “—”, colisionó contra una reja de la vivienda número 73.*

*A.- La señalización del lugar del accidente era y es actualmente la siguiente:*

- .- Un disco de limitación de velocidad a 30 km/h.*
- .- Tres señales verticales anunciando un paso sobreelevado.*
- .- Una señal vertical de paso de peatones.*
- Un paso de peatones pintado sobre el paso sobreelevado.*

*B.- Las posibles causas del accidente fueron desconocidas.*

*C.- El paso sobreelevado, en el momento del accidente era más pronunciado que en la actualidad, debido a que después se ha asfaltado la avenida y no se ha añadido más altura al paso sobreelevado.”*

**QUINTO.-** Requerido en su momento informe a la Dirección General de Carreteras, es emitido con fecha de 28 de marzo de 2008, en el que se expresa lo siguiente:

*“1.- En este servicio no se tiene constancia alguna del siniestro reseñado hasta el momento de su reclamación ante la Dirección General de Carreteras.*

*2.- La realidad y certeza del accidente aparece reflejada en un informe de la Policía Local de Beniel de 1 de Julio de 2004.*

3.- Como queda reflejado en el informe citado, “el accidente se pudo producir al perder el conductor del ciclomotor el control del vehículo saltando un muro de obra de aproximadamente 0,50 m. que delimita el atrio de la vivienda nº 73 de la Avenida de la Basca con dicha carretera, colisionando ciclomotor y conductor con la reja de la fachada del inmueble”.

4.- En la reclamación se manifiesta que el accidente se produce por la excesiva altura del badén existente sobre la calzada, a lo que informamos que se trata de un paso de peatones sobreelevado, construido de acuerdo con las condiciones técnicas de la Orden de 11 de Octubre de 2002 de la Consejería de Obras Públicas, Vivienda y Transportes sobre condiciones de autorización para la instalación de pasos de peatones sobreelevados (Ralentizadores de velocidad) en las Travesías de la Red Regional de Carreteras de la Región de Murcia.

5.- En relación a lo manifestado en la reclamación sobre que el badén fue reparado ante la existencia de bastantes accidentes en el mismo lugar, manifestamos que no se tiene constancia de accidentes en ese lugar y que la reparación aludida no es tal, ya que se trata de refuerzos de firme efectuados con posterioridad en dicha travesía, sin que se haya actuado en ningún caso sobre la sobreelevación citada.

6.- Estimamos que no existe relación alguna entre el siniestro y el funcionamiento del servicio público de carreteras.

7.- La señalización del paso sobreelevado es la reglamentaria de acuerdo con la orden citada.

8.- Lamentando las consecuencias del accidente producido, tenemos que indicar según nuestro parecer que fue debido a un exceso de velocidad por encima de los 50 km./hora establecido genéricamente en la travesía y de 30 km./hora en la aproximación al paso sobreelevado, el vehículo se desestabilizó y saltó por encima de la valla de la vivienda nº 73, con las desgraciadas consecuencias producidas”.

**SEXTO.-** Según diligencias extendidas al efecto, los días 23 y 25 de septiembre de 2008 se practica la prueba testifical solicitada por el reclamante, de posterior comentario.

**SÉPTIMO.-** Otorgado al reclamante el preceptivo trámite de audiencia final, el 21 de noviembre de 2008 presentó alegaciones en las que se ratifica en lo expresado en su escrito inicial,



indicando, en síntesis, que de la testifical practicada se desprende la excesiva altura y deficiente señalación del badén en cuestión que, en contra de lo informado por la citada Dirección General, no se ajustaba a las condiciones reglamentarias, habiendo sido modificada la calzada después del accidente por diversas reparaciones hechas en el firme, lo que ha provocado que la altura del badén se haya suavizado.

**OCTAVO.**- El 7 de octubre de 2009 se formula propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación; en síntesis, por considerar, a la vista de los informes emitidos, que no quedan acreditadas las deficiencias constructivas y de señalización imputadas al badén de que se trata.

**NOVENO.**- En la fecha y por el órgano expresados en el encabezamiento del presente se solicitó el preceptivo Dictamen de este Consejo Jurídico, 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 así el supuesto previsto en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia.

#### **SEGUNDA.- Legitimación, plazo y procedimiento de la reclamación.**

I. El reclamante ostenta legitimación activa para deducir la reclamación indemnizatoria objeto de Dictamen, en cuanto es la persona que sufrió los daños cuyo resarcimiento solicita.

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. En lo que se refiere a si la misma 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), debe partirse del hecho de que la presentación de la reclamación dirigida a la Administración regional se produjo el 23 de agosto de 2006, y la fecha del Auto mediante el que concluyen las actuaciones penales de referencia seguidas por los mismos hechos (actuaciones que interrumpen el plazo de prescripción de la acción de reclamación, según reiterada y conocida jurisprudencia) es de 28 de julio de 2005, y no consta en el expediente la notificación de tal Auto al reclamante, a los efectos de considerar la fecha de su firmeza para determinar el “*dies a quo*” de la acción administrativa de reclamación (SSTS, Sala 3ª, de 8 de junio de 1989 y de 1 de diciembre de 2008).

No obstante, en el presente caso no es necesario requerir al Juzgado para que remita la documentación relativa a dichas actuaciones penales pues, aun considerando en este caso como “*dies a quo*” la fecha del referido Auto (28 de julio de 2005), ha de entenderse que la reclamación es temporánea, si se tiene en cuenta que el interesado formuló una primera reclamación por estos mismos hechos ante el Ayuntamiento de Beniel en una fecha (17 de julio de 2006) en la que aún no había transcurrido un año desde el dictado del mencionado Auto de archivo; reclamación que, en este concreto caso, interrumpe el plazo de un año establecido al efecto, por las razones que seguidamente se exponen.

En relación con la eficacia interruptiva del plazo de que se trata, por causa de la presentación de reclamaciones de responsabilidad ante Administraciones Públicas distintas de la que resulta responsable del servicio público en cuestión, este Consejo Jurídico abordó la cuestión en su Dictamen nº 131/07, de 1 de octubre, del que ha de partirse.

Dicho Dictamen advertía que la doctrina de las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia no ofrece una posición uniforme sobre la cuestión, aunque se decanta por negar eficacia interruptora a los requerimientos y reclamaciones de cualquier naturaleza que no vayan dirigidos contra la Administración a la que finalmente se considere responsable del daño (al margen de los supuestos relativos a la existencia de actuaciones penales). Ello viene fundamentado, en unos casos, en la exigencia a estos efectos de la triple identidad de elementos (sujeto, objeto y fundamento) en la acción de reclamación, como en la STSJ del País Vasco de 28 de enero de 1998 (y, en parecida línea, las SSTSJ de Castilla-La Mancha de 23 de enero de 2002 y de Murcia de 28 de enero de 2004). Otras sentencias fundan tal postura en considerar que es una carga u obligación del reclamante averiguar la identidad de la Administración titular de la carretera en cuestión, para lo cual tiene la posibilidad de dirigir el oportuno requerimiento de información a las que pudiese considerar responsables (SSTSJ de Cantabria de 4 de febrero de 1999 y de Extremadura de 28 de Septiembre de 2001), actuación ésta

que tiene plena eficacia interruptora del plazo prescriptivo frente a la Administración requerida (STSJ de Aragón de 21 de noviembre de 2003); o bien se estima necesario que en la reclamación presentada en plazo contra una Administración que finalmente resultase no ser la competente sobre el servicio público en cuestión, se hubiese planteado, al menos, la duda sobre tal extremo (STSJ de Asturias de 4 de marzo de 2004). En un sentido análogo, tampoco se reconoce virtualidad interruptora del plazo prescriptivo a la formulación de reclamaciones o requerimientos dirigidos a un concesionario de la Administración, pero no a ésta (SSTSJ de la Rioja de 24 de mayo de 2001, de Andalucía-Sevilla de 13 de febrero de 2002, y de Murcia de 31 de enero de 2006).

Por su parte, el Dictamen nº 378/98, de 18 de marzo, del Consejo de Estado, señala que *“una actuación, para que tenga efecto interruptivo (del plazo de prescripción de que tratamos) tiene que tener carácter recepticio, es decir, tiene que dirigirse hacia el supuesto “deudor”.*

En la misma línea, su Dictamen nº 579/08, de 24 de abril, expresa lo siguiente:

*“No puede entenderse que el citado plazo quedara interrumpido por las acciones ejercidas por la solicitante contra el Ayuntamiento de Padrón. Y ello por cuanto ninguna de dichas acciones se dirigió contra la Administración General del Estado, lo que es presupuesto imprescindible para que se produzca el efecto interruptivo de la prescripción conforme al artículo 1973 del Código Civil.*

*Tampoco puede apreciarse en el caso presente que el plazo para reclamar frente a la Administración General del Estado quedara interrumpido por aplicación de lo dispuesto en el artículo 1974 del Código Civil, que previene que “la interrupción de la prescripción de acciones en las obligaciones solidarias aprovecha o perjudica por igual a todos los acreedores y deudores”. Y es que, aun cuando se afirmare que hay solidaridad entre el Ayuntamiento de Padrón y la Administración General del Estado con relación al hecho causante de los daños, se trataría de una solidaridad impropia. La doctrina y la jurisprudencia han reconocido, junto a la denominada solidaridad propia, regulada en nuestro ordenamiento jurídico en los artículos 1137 y siguientes del Código Civil, la existencia de otra modalidad de solidaridad, llamada impropia, vinculada a la responsabilidad extracontractual. Esta dimana de un ilícito, liga a los sujetos que han concurrido a su producción y surge cuando no es posible individualizar las respectivas responsabilidades. La misma doctrina y jurisprudencia han declarado que a esta última especie de solidaridad no le son aplicables todas las reglas prevenidas para la solidaridad propia y, en especial, no lo es el artículo 1974 del Código Civil, según el criterio sentado con carácter general por el Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo en Sentencia de 14 de marzo de 2003.”*

Sin perjuicio de lo expuesto, que debe considerarse el criterio general sobre la cuestión, existen pronunciamientos que permiten particularizar el análisis en atención a las especiales circunstancias del caso concreto. Así, en el de la STSJ de Andalucía-Sevilla, de 29 de noviembre de 2002, que considera que como el interesado creía razonablemente que la Administración inicialmente reclamada era la responsable del servicio cuestionado, dicha actuación es apta para interrumpir el plazo de prescripción. Y el Tribunal Supremo, aun cuando no puede considerarse que tenga sentada doctrina al respecto, en su Sentencia de 15 de noviembre de 2002, Sala 3ª, se inclina por dar eficacia interruptora a la formulación de reclamaciones a Administraciones no competentes si concurre alguna circunstancia excepcional que así lo justifique, como en el caso allí planteado, en que la actuación de la Administración responsable llevó a confusión sobre la titularidad del servicio público; y ello en aplicación del principio general que postula una interpretación del instituto de la prescripción de acciones favorable al ejercicio de éstas, por estar fundado dicho instituto en razones de seguridad jurídica y no de justicia intrínseca, lo que se entiende especialmente aplicable en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración.

En este sentido parece ir el Dictamen del Consejo de Estado nº 1616/08, de 13 de noviembre, que expresa que *“ante todo debe destacarse que, en principio y de modo general, las actuaciones hechas ante una Administración que no es la competente no tienen, por sí, virtualidad suficiente para interrumpir el plazo de prescripción. En este caso, sin embargo, debe destacarse que la interesada se dirige ante la Administración gallega porque el atestado de la Guardia Civil considera que la carretera es autonómica y la propia Administración gallega la tramita inicialmente al confundir la vía AC-12 con la AC-211. El error viene de la denominación del tramo, que es en realidad el de la antigua N-VI, de titularidad estatal. Siendo así, debe entenderse que la duda acerca de cuál fuere la titularidad de la vía solo se desvanece a efectos de interponer la correspondiente reclamación cuando consta efectivamente así, al manifestarlo la Administración gallega”*.

Nuestro citado Dictamen 131/07, dando un paso más en la interpretación favorable a la temporaneidad de la acción, expresaba que *“en el presente caso, y aunque en rigor no puede decirse que la Administración haya inducido a error al reclamante a la hora de determinar la titularidad del tramo de carretera en cuestión (como hubiese podido suceder, por ejemplo, si en dicho tramo se hubiera mantenido -indebidamente- una señalización indicativa del carácter estatal de la carretera, lo que no consta en el expediente), existen circunstancias que justifican que no haya de estimarse prescrita la acción dirigida contra la Administración regional, como el hecho de estar ante un singular y aislado tramo de la carretera (la travesía) que no pertenece al Estado, que, sin embargo, sigue conservando su titularidad sobre el resto de la vía; travesía que tampoco es de*

*responsabilidad del Ayuntamiento (no consta que se le haya cedido su conservación, como sucede en otros casos), sino que fue transferida a la Comunidad Autónoma en el año 1984, como señala el informe de la Demarcación de Carreteras del Estado reseñado en el Antecedente Segundo. Dichas circunstancias, es decir, el carácter de travesía del tramo y su plena inserción en el núcleo urbano, según las fotografías obrantes en el expediente, suscitaban la razonable apariencia de que la Administración responsable de la conservación de la vía pública podía ser la municipal o la estatal, pero no la autonómica; y ello sin perjuicio de que no exista norma jurídica que obligue a las Administraciones Públicas a instalar señalización sobre la titularidad de sus vías públicas.”*

En el caso que ahora nos ocupa, aunque no parece que exista la misma dificultad que en el del citado Dictamen para determinar la titularidad del tramo de vía en que ocurrió el accidente, ni tampoco puede decirse que la actuación de la Administración regional haya motivado el error del interesado, existen ciertas semejanzas que permiten acudir, no sin dudas (que deben decantarse en favor del reclamante) a la misma conclusión allí sostenida sobre la temporaneidad de la reclamación. Así, el hecho de que el accidente se produjera en un tramo de características urbanas (la carretera se denomina “Avenida de La Basca” y ocurrió frente a su número 73) y que acudiera e informara la Policía Local de Beniel (informe de 1 de julio de 2004, que el interesado conoció en el seno de las actuaciones penales), cuya intervención, unida a lo anterior, induce a pensar en la competencia municipal de la vía. Ello permite considerar que existía una apariencia razonable al respecto y explica que el interesado se dirigiera al Ayuntamiento en reclamación de responsabilidad, lo que en este caso determina la interrupción del correspondiente plazo prescriptivo, haciendo con ello temporánea la posterior reclamación dirigida a la Administración regional.

III. En lo que se refiere al procedimiento tramitado, se han seguido las formalidades sustanciales establecidas para esta clase de reclamaciones.

### **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 efectivos y evaluables económicamente causados a los particulares por el 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 jurídico), daños que, por tal motivo, 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 los daños sufridos a una actuación y a una omisión, ambas indebidas, de la Administración regional, en cuanto considera que el badén con el que colisionó tenía una altura excesiva y que, en todo caso, debía haberse señalado adecuadamente, lo que no sucedía. Todo ello porque a dicha Administración le corresponde el deber de mantenimiento y vigilancia de la referida vía pública. Por tanto, estima que no tiene el deber jurídico de soportar los daños causados por el accidente, que imputa al anormal funcionamiento de los servicios públicos regionales de conservación de carreteras.

Sin embargo, la reclamación no puede estimarse porque el interesado no acredita los hechos en que la funda. Así, y por lo que atañe a que la causa del accidente fuese (o siquiera que pudiese ser) el mencionado badén, resulta especialmente significativo que el informe de los agentes personados en el lugar de los hechos no indicase nada a ese respecto, manifestando éstos que se debió a causas desconocidas (vid. informes reseñados en el Antecedente Cuarto); por otra parte, los dos presuntos testigos que han declarado manifiestan que no estaban presentes en el momento del accidente.

En este sentido, una prueba al menos indiciaria de que la causa del accidente pudiera haber sido la colisión del vehículo con el citado badén podría haber consistido en la cumplida acreditación de que sus características constructivas podían propiciar tales accidentes. Sin embargo, frente al silencio en este punto de los citados informes y lo expresado en el de la Dirección General de Carreteras, en el sentido de que dicho badén se ajustaba a los requisitos constructivos establecidos en la normativa aplicable (vid. Antecedente Quinto), el reclamante se limita a invocar el testimonio de los dos testigos, en el sentido de que había un paso *“sobreelevado más de la cuenta a mi parecer, mucho más alto que el bordillo de la carretera”*, según uno de ellos, o *“demasiado alto. Al menos 40 cm. sobre el suelo”*, según el otro, lo que resulta manifiestamente insuficiente a los efectos pretendidos. En este punto, el reclamante debió haber procurado la pronta realización de un acta notarial de presencia en el lugar de los hechos, para que un técnico hubiese procedido a la precisa determinación de las características de dicho badén, pues el que sus características hubieran variado posteriormente por haberse asfaltado la carretera, no justifica que las que tuviera dicho obstáculo en la fecha del accidente fuesen contrarias a las condiciones técnicas exigibles. Tampoco se ha acreditado que otros badenes próximos al lugar de los hechos

fuesen disconformes con dichos requisitos, lo que al menos hubiese podido suscitar dudas al respecto.

Por otra parte, y en el mismo sentido tendente a acreditar indiciariamente que el badén y, específicamente, sus inadecuadas características constructivas, fueran la causa del accidente, se advierte que tampoco se ha acreditado la existencia de previos accidentes por tal causa, a pesar de que uno de los testigos declara haberlos habido.

No obstante no haberse acreditado que el badén fuera la causa del accidente, y en lo que se refiere a la alegada deficiente señalización del mismo, conviene añadir, en todo caso, que deben prevalecer las manifestaciones contenidas en el segundo informe de la Policía Local sobre la señalización existente (que no se ha demostrado que fuera inadecuada), frente a las meras manifestaciones de los testigos, relativas a dicha señalización, que niegan veracidad a lo expresado en dicho informe policial.

Así, la acreditada existencia de señalización en el lugar de los hechos y la falta de acreditación de la inadecuación del badén a los requisitos constructivos exigibles inducen a pensar en un exceso de velocidad del conductor como causa a la que imputar el accidente de que se trata.

En consecuencia, al no acreditarse la existencia del necesario y adecuado nexo de causalidad entre el funcionamiento de los servicios públicos regionales y los daños por los que se reclama indemnización, procede desestimar la reclamación interpuesta.

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

### **CONCLUSIONES**

**PRIMERA.-** No se ha acreditado la existencia de la necesaria y adecuada relación de causalidad entre el funcionamiento de los servicios públicos regionales y los daños por los que se reclama indemnización, por las razones expresadas en la Consideración Tercera del presente Dictamen.

**SEGUNDA.-** En consecuencia, la propuesta de resolución objeto de Dictamen, desestimatoria de la reclamación interpuesta, se informa favorablemente.

No obstante, V.E. resolverá.







**DICTAMEN 69/2010**

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

**Consultante** Consejera de Sanidad y Consumo

**Fecha** 12/04/2010

**Extracto de Doctrina**

Nota: igual doctrina que la expresada en el Dictamen 2/2010.



**DICTAMEN 70/2010**

**Asunto** 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

**Fecha** 12/04/2010

**Extracto de Doctrina**

Nota: igual doctrina que la expresada en el Dictamen 53/2010.



**DICTAMEN 71/2010**

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

**Consultante** Consejera de Sanidad y Consumo

**Fecha** 14/04/2010

**Extracto de Doctrina**

Nota: igual doctrina que la expresada en el Dictamen 2 /2010.



## DICTAMEN 72/2010

<b>Asunto</b>	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sociales.
<b>Consultante</b>	Consejero de Política Social, Mujer e Inmigración (2007)
<b>Fecha</b>	14/04/2010

### Extracto de Doctrina

Procede recordar la doctrina del Consejo Jurídico (Memoria correspondiente al año 2005) sobre la indemnización de los daños morales, que ha sentado los siguientes criterios para su estimación:

- No constituye daño moral la mera situación de malestar o incertidumbre (STS, Sala 3ª, de 9 de mayo de 2005), que no alcanza a ser más que un cierto factor de frustración. Tampoco las meras situaciones de enojo, enfado o malestar.

-A través del instituto de la responsabilidad patrimonial extracontractual no se resarce cualquier padecimiento, sino aquellos que sean consecuencia de la privación de un bien jurídico reconocible en el ordenamiento jurídico sobre el cual la víctima tenía un interés protegido. El simple padecimiento encajaría dentro de las cargas que la vida social impone, ya que, como es doctrina reiterada del Consejo de Estado, no son indemnizables los daños causados por el normal funcionamiento de los servicios públicos, que constituyen cargas que los ciudadanos tienen el deber jurídico de soportar.

- La existencia de un posible daño moral no siempre ni necesariamente puede resarcirse económicamente (STS, Sala 3ª, de 3 de marzo de 1999).

### ANTECEDENTES

**PRIMERO.-** El 26 de mayo de 2009, x. presenta reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración, en solicitud de una indemnización de 25.000 euros, por la muerte de su madre, x., acaecida el 14 de julio de 2006 en la Residencia de Ancianos de San Basilio, “*como consecuencia de la negligente actuación administrativa a la hora de aplicar las medidas de contención*”. Según el reclamante, si se hubieran adoptado tales medidas (barreras), su madre todavía estaría viva. Se remite, “*para mayor precisión*”, a sentencias que acompaña a la solicitud.

En la del Juzgado de Instrucción nº 8 de Murcia, se contienen los siguientes hechos probados:

*“Se consideran hechos probados que sobre las 22 horas del día 13 de julio de 2006, x., de 83 años de edad, paciente de Alzheimer, se encontraba en su habitación de la planta primera, pasillo B, de la Residencia de Mayores de San Basilio, calle Rey Pedro (sic) de Murcia, entidad dependiente del ISSORM (Consejería de Trabajo y Política Social de la Región de Murcia), con seguro en el ramo con x., después de haber sido acostada por el personal sanitario tiempo antes. Se había producido el cambio de turno, ocupándose dos auxiliares por cada una de las tres plantas del edificio. Sobre las 23 horas las empleadas x... y... pasaron a la habitación de x., que estaba prácticamente sentada en el suelo, sangrando por la nariz, sujeta por el tronco por unas correas utilizadas por prescripción médica, que le produjeron asfixia abdominal y por ende la muerte. A los lados de la cama existían unas barandillas que no estaban colocadas por no funcionar correctamente (no se sujetaban). Las auxiliares avisaron al resto de responsables, en concreto a x..., encargada de enfermería esa noche, y siguieron el protocolo, avisando también al Forense de guardia. También emitieron un informe de incidencias que obra al folio 47. La Directora de la Residencia, x..., coordinaba todo el servicio de la institución, incluido el mantenimiento, a través de su labor diaria y unas sesiones de coordinación con el personal”.*

La sentencia condena a la Directora de la Residencia como autora de una falta del artículo 619 del Código Penal (dejar de prestar asistencia o, en su caso, el auxilio que las circunstancias requieran a una persona de edad avanzada o discapacitada que se encuentre desvalida y dependa de sus cuidados), sin pronunciamientos en el orden civil.

Aporta el reclamante, asimismo, la sentencia 129/2009, de 29 de mayo, de la Audiencia Provincial de Murcia, que acepta los hechos probados de la de instancia y, con estimación del recurso de apelación interpuesto contra la del juzgado, absuelve a la Directora de la Residencia.

**SEGUNDO.-** Por Orden de la Consejería consultante, de 11 de junio de 2009, se admite a trámite la reclamación y se designa instructora del procedimiento, que procede a notificar dicha admisión a la aseguradora del Instituto Murciano de Acción Social (IMAS) -organismo autónomo que ha sucedido al hoy extinto ISSORM en la titularidad del centro donde tuvo lugar el accidente- y al interesado, a quien requiere para que acredite tanto su legitimación activa para reclamar como la existencia de otros descendientes de la finada, mediante la aportación de copia del Libro de Familia y copia compulsada del DNI.

En contestación al requerimiento, el reclamante aporta copia del DNI y declaración como heredero *ab intestato* de su madre. Consta en el referido acto notarial que el interesado es el único

descendiente vivo de la x., viuda, quien tuvo otros dos hijos, ya fallecidos. Así se acredita, asimismo, con las certificaciones y copias de las inscripciones registrales que aporta al procedimiento.

**TERCERO.-** Recabado de la Directora de la Residencia de Ancianos "San Basilio" el preceptivo informe, se emite con el siguiente tenor literal:

*"X., ingresó en esta Residencia de Personas Mayores "San Basilio", el día 10 de junio de 2004.*

*El ingreso se realizó por autorización judicial, sentencia nº 360 del Juzgado de 1ª instancia numero nueve (Familia), de Murcia, declarándosele incapaz y nombrando tutora a la Fundación para la Tutela y Defensa Judicial de Adultos, quien acepta el cargo en fecha 8 de julio de 2004. Acompaño la sentencia y la aceptación del cargo, como anexo I.*

*La realización del ingreso en la Residencia fue complicado por la inexistencia de apoyo familiar, a pesar de tener constancia de que tenía un hijo, x. En el ingreso, la x. es acompañada por la trabajadora social de su UTS de referencia, a través de la cual se solicitó el ingreso por encontrarse en un estado de necesidad de atención y abandono familiar. Acompaño como Anexo II el informe social emitido en su momento y que recoge que su hijo x. "se negó a asumir ningún tipo de responsabilidad", siendo éste el titular de la reclamación presentada.*

*La situación de carencia de atención familiar indicada en el informe social, se mantuvo durante toda su estancia en este Centro, hasta el 13 de julio de 2006, en que se produce el fallecimiento, reflejado en los partes de incidencias de las auxiliares de enfermería y de los enfermeros, que acompaño como anexo III".*

El indicado informe se acompaña de la siguiente documentación:

a) Sentencia del Juzgado de Familia, de 25 de mayo de 2004, por la que se declara la plena incapacidad de la madre del reclamante, que queda sujeta a tutela de la Fundación para la Tutela y Defensa Judicial de Adultos, y se autoriza su internamiento en una Residencia para personas mayores.

b) Informe de Servicios Sociales del Ayuntamiento de Murcia, de 2 de febrero de 2004, que fundamenta la solicitud de ingreso en la Residencia. De él se destacan los siguientes extremos:

- La x., viuda, vive sola y padece poliartrrosis severa, osteoporosis senil, depresión y alteraciones cognitivas, *“siendo incapaz de realizar las actividades más elementales de la vida diaria, hay que asearla, vestirla, supervisar su alimentación, no puede hacer las labores del hogar”*. Es beneficiaria del Servicio de Ayuda a Domicilio, que le da el desayuno, la asea y lleva a la parada del autobús, que la recoge para llevarla al Centro de Estancias Diurnas, donde permanece entre las 9 y las 18 horas. A partir de ese momento, *“una persona contratada de forma temporal por Cáritas del Barrio del Carmen la lleva al domicilio, le da la cena, la acuesta y la acompaña por las noches”*. Según el informe, *“con estos servicios públicos y privados, se encuentra atendida adecuadamente, pero el servicio nocturno privado no se puede mantener por más tiempo porque Cáritas se surte de donativos, llevan gastados más de 12.000 euros y los parroquianos están reprochando a los responsables de Cáritas el elevado gasto que llevan para atender a una sola persona, habiendo otros miembros de la comunidad con las mismas necesidades”*.

- En cuanto a las relaciones familiares, el informe expresa que x. ha tenido un carácter dominante que ha generado numerosos conflictos con su familia extensa, que progresivamente se ha ido alejando de ella. El hijo se casó en primeras nupcias con una marroquí, a la que la interesada nunca aceptó, finalmente se separó y, años después, volvió a casarse y surgieron nuevos conflictos que supusieron la ruptura de las relaciones. En septiembre de 2001, x. sufrió tres ingresos hospitalarios, negándose el hijo a asumir ningún tipo de responsabilidad y ni siquiera acudió a visitarla.

- Los ingresos mensuales de la x. son de 279,27 euros, en concepto de pensión.

- El diagnóstico social que concluye el informe es el de *“Solicitante de 81 años que vive sola, precisa atención continuada, carece de apoyo por parte de sus familiares, encontrándose en situación de riesgo. Se considera procedente el ingreso en residencia por situación de emergencia social”*.

**CUARTO.-** Requerido el interesado para que explicita en qué concepto reclama la indemnización pretendida, contesta éste que lo hace por *“daños morales sufridos por el fallecimiento de mi madre”*.

**QUINTO.-** Conferido trámite de audiencia al reclamante y a la compañía aseguradora, ninguno de ellos hace uso del trámite, al dejar transcurrir el plazo concedido al efecto sin presentar alegación o documentación alguna.

**SEXTO.-** Con fecha 2 de diciembre de 2009, el órgano instructor formula propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación al considerar que el actor carece de legitimación activa para reclamar.

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 18 de diciembre 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 de la Región de Murcia.

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

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

1. La propuesta de resolución funda la desestimación de la solicitud en la falta de legitimación activa del hijo de la fallecida para reclamar por la muerte de ésta, con fundamento en las circunstancias concurrentes que muestran una relación materno-filial marcada por la ausencia de convivencia, de afecto, de recíproca asistencia e incluso de abandono.

No comparte el Consejo Jurídico esta conclusión. La legitimación para el ejercicio de la acción de indemnización parte de la legitimación general contenida en el artículo 31 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), referido a la condición de interesado, matizada por la



necesaria concurrencia de la condición de perjudicado o dañado por el funcionamiento del servicio público (139.1 LPAC).

Que el actor, hijo de la fallecida, tiene la condición de interesado en los términos del artículo 31 LPAC está fuera de toda duda, pues promueve el procedimiento de responsabilidad para hacer efectivo el derecho que manifiesta poseer, a ser indemnizado por la muerte de su madre. La relación materno-filial, a su vez, y con independencia de cuál fuera su intensidad o los términos concretos en los que se desarrollara, permite presumir que el fallecimiento de la progenitora pudo ser fuente de aflicción para su hijo, lo que le otorgaría la condición de perjudicado, completando así el binomio interés-perjuicio que sustenta la legitimación para reclamar por responsabilidad patrimonial de la Administración.

Todo ello, por supuesto, sin perjuicio de la necesaria determinación de la existencia o inexistencia del daño y, en su caso, de su alcance, para establecer si, efectivamente, el actor resultó perjudicado por la muerte de x. o no; pero este extremo forma parte de la cuestión de fondo, en función de la prueba que se haya practicado en el expediente (Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Región de Murcia, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 28 de octubre de 2004) y es objeto de la Consideración Cuarta de este Dictamen.

Resulta especialmente clarificadora la STS de 9 de febrero de 1999, cuando establece que *“para que en el ejercicio de la acción de responsabilidad pueda considerarse concurrente la condición de legitimado, no es menester acreditar la plena titularidad del bien o interés dañado, sino que basta, por lo general, con la afirmación o inicial justificación de la condición de perjudicado. Sin perjuicio de que la titularidad de los bienes respecto de los cuales se acreditan dichos daños o perjuicios causados puedan ser objeto de alegación y prueba plena en relación con el fondo del asunto (sentencia, entre otras, de 18 de octubre de 1988)”*.

2. En cuanto a la legitimación pasiva, corresponde a la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia; la actual Consejería de Política Social, Mujer e Inmigración es competente para resolver el presente procedimiento, al tratarse de unos daños imputados al funcionamiento del servicio público regional de atención a las personas mayores en el que se integra la Residencia de Ancianos “San Basilio” de Murcia, donde ocurrió el accidente.

3. El examen conjunto de la documentación remitida permite afirmar que, en términos generales, se han cumplido los trámites legales y reglamentarios que integran esta clase de procedimientos, sin que se aprecien carencias formales esenciales.

**TERCERA.- Plazo para reclamar.**

El artículo 142.5 LPAC, que establece el plazo anual para el ejercicio de la acción de responsabilidad patrimonial de la Administración, ha sido interpretado de manera flexible por los tribunales permitiendo adecuar el cómputo a cada supuesto según las posibilidades de determinación del daño o, en su caso, de la aparición de las secuelas; es decir, a partir del momento en que era una realidad la posibilidad del ejercicio de la acción. El principio general de la *actio nata* significa que el cómputo del plazo para ejercer la acción sólo puede comenzar cuando ello es posible, y esta coyuntura se perfecciona cuando se unen los dos elementos del concepto de lesión, es decir, el daño y la comprobación de su ilegitimidad, dice la STS, Sala de lo Contencioso Administrativo, de 4 de abril de 1998. Los fundamentos de tan difundida postura son no sólo el principio *pro actione*, que obliga a ser flexible en cuanto al rigor en la estimación de los defectos procesales o formales, sino también el reflejo del artículo 24 CE y la necesidad de evitar que se produzcan situaciones de desamparo.

El artículo 146 LPAC, por su parte, dispone que la responsabilidad penal del personal al servicio de las Administraciones Públicas, así como la responsabilidad civil derivada del delito, se exigirá de acuerdo con lo previsto en la legislación correspondiente, añadiendo además que *“la exigencia de responsabilidad penal del personal al servicio de las Administraciones Públicas no suspenderá los procedimientos de reconocimiento de responsabilidad patrimonial que se instruyan, salvo que la determinación de los hechos en el orden jurisdiccional penal sea necesaria para la fijación de la responsabilidad patrimonial”*

Reiteradamente ha declarado la jurisprudencia que la interrupción del plazo de prescripción de un año se produce no sólo por la iniciación de un proceso penal que verse sobre la posible comisión de hechos delictivos a los que pueda estar ligada la apreciación de responsabilidad civil dimanante de la infracción penal, sino incluso por la pendencia de una acción civil encaminada a exigir la responsabilidad patrimonial de la Administración, salvo que sea manifiestamente inadecuada (sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 26 de mayo de 1998, que invoca la doctrina de la sentencia de la misma Sala de 4 de julio de 1980, ambas citadas por la de 23 de julio de 2002).

De esta jurisprudencia se deduce que la prescripción se interrumpe en virtud de cualquier reclamación, salvo que manifiestamente aparezca como no idónea o improcedente en cuanto al objetivo de lograr el resarcimiento del daño o perjuicio frente a la Administración responsable,

siempre que comporte una manifestación de la voluntad del accionante de hacer efectiva la responsabilidad patrimonial de la Administración por alguna de las vías posibles para ello. En concreto, la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 16 mayo 2002, reconoció que la jurisprudencia de dicha Sala (por todas sentencias de 23 de enero de 2001) afirma la eficacia interruptiva del plazo anual de un proceso penal sobre los mismos hechos determinantes de la responsabilidad administrativa, ello en aplicación de la doctrina sentada por la jurisprudencia consistente en que el cómputo del plazo para el ejercicio de la responsabilidad patrimonial no puede ejercitarse sino desde el momento en que ello resulta posible por conocerse en sus dimensiones fácticas y jurídicas el alcance de los perjuicios producidos (sentencias de la Sala 3ª de 19 de septiembre 1989, de 4 de julio 1990 y de 21 de enero 1991). Así, la pendency de un proceso penal encaminado a la fijación de los hechos o del alcance de la responsabilidad subsidiaria de la Administración, comporta dicha eficacia interruptiva del plazo de prescripción de un año establecido por el artículo 142.5 LPAC.

Por tanto, añade la Sentencia anteriormente citada, la interrupción de la prescripción por iniciación del proceso penal se produce en todos aquellos casos en los cuales dicho proceso penal versa sobre hechos susceptibles de ser fijados en el mismo que tengan trascendencia, al menos aparentemente, para la concreción de la responsabilidad patrimonial de la Administración, pues otra interpretación colocaría al ciudadano en una situación de inseguridad jurídica derivada de la incertidumbre sobre el futuro desenlace del proceso penal iniciado.

Por ello, continúa la repetida sentencia, parece imponerse la interpretación de que, cuando no se ha renunciado en el proceso penal al ejercicio de la acción de responsabilidad civil subsidiaria de la Administración, la pendency de dicho proceso penal abre un interrogante sobre el alcance de la responsabilidad susceptible de condicionar la reclamación ante la Administración y, consiguientemente, de interrumpir la prescripción con arreglo a una interpretación extensiva del precepto legal.

En el caso sometido a Dictamen se aprecia que, si bien el proceso penal finaliza sin pronunciamiento alguno en el orden civil, pues el Ministerio Fiscal, único acusador, no ejercitó, ex artículo 108 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la acción civil juntamente con la penal; y que el hoy reclamante no fue parte en dicho proceso penal, lo cierto es que las actuaciones penales sí resultan determinantes en la fijación de los hechos en que se basa la reclamación, pues si en él se persigue determinar las causas de la muerte de la x., es claro que la conclusión a la que en él se llega (existencia de nexo causal entre el funcionamiento de la Residencia de San Basilio, aun sin poder individualizar al sujeto penalmente responsable, y la muerte de la madre del interesado) es

de suma relevancia a efectos de determinar la responsabilidad patrimonial de la Administración de la que dependían las personas denunciadas penalmente.

En este sentido, la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, de 21 de diciembre de 2005, señala *“lo determinante es que, en el supuesto de incoación de diligencias penales, hasta que las mismas no terminen definitivamente, no se determina ese real alcance de los daños y perjuicios que luego se quieren reclamar por la vía administrativa, lo cual es totalmente ajeno a la coincidencia o no de los elementos personales intervinientes en las relaciones jurídicas objeto de discusión”*.

En atención a lo expuesto y a una elemental aplicación del principio *pro actione*, se coincide con la instructora en la eficacia interruptiva del plazo anual de prescripción del derecho a reclamar, que cabe reconocer al proceso penal incoado por los mismos hechos sobre los que se basa la actual pretensión indemnizatoria.

Comoquiera que las actuaciones penales finalizan por sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia de 29 de mayo de 2009, es evidente que la reclamación presentada tres días antes, el 26 de mayo, es temporánea.

**CUARTA.- Elementos de la responsabilidad patrimonial. El daño: inexistencia.**

1. Los presupuestos de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública son, como reiteradamente ha expuesto la jurisprudencia en interpretación de los artículos 139 y siguientes LPAC y 106 de la Constitución Española (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.

## 2. El daño.

Afirma el reclamante que la muerte de su madre le ha producido un daño moral, sin mayor concreción, que valora en 25.000 euros.

Atendida dicha calificación del daño como moral, procede recordar la doctrina del Consejo Jurídico (Memoria correspondiente al año 2005) sobre la indemnización de este tipo de daños, que ha sentado los siguientes criterios para su estimación:

- No constituye daño moral la mera situación de malestar o incertidumbre (STS, Sala 3ª, de 9 de mayo de 2005), que no alcanza a ser más que un cierto factor de frustración. Tampoco las meras situaciones de enojo, enfado o malestar.

- A través del instituto de la responsabilidad patrimonial extracontractual no se resarce cualquier padecimiento, sino aquellos que sean consecuencia de la privación de un bien jurídico reconocible en el ordenamiento jurídico sobre el cual la víctima tenía un interés protegido. El simple padecimiento encajaría dentro de las cargas que la vida social impone, ya que, como es doctrina reiterada del Consejo de Estado, no son indemnizables los daños causados por el normal funcionamiento de los servicios públicos, que constituyen cargas que los ciudadanos tienen el deber jurídico de soportar.

- La existencia de un posible daño moral no siempre ni necesariamente puede resarcirse económicamente (STS, Sala 3ª, de 3 de marzo de 1999).

Veamos, pues, su aplicación al presente caso:

En él existen elementos de prueba suficientes para afirmar que no se ha causado daño indemnizable al reclamante. En efecto, conforme a la jurisprudencia del Tribunal Supremo y como bien recuerda la propuesta de resolución, 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).

La relación materno-filial que unía al reclamante con su progenitora era poco menos que inexistente, como demuestra el abandono y la falta de asunción de responsabilidades y obligaciones que, como hijo, le incumbían (artículos 142 y 143 del Código Civil) y que determinaron que la subsistencia de la finada dependiera de la beneficencia y de los servicios sociales municipales, hasta su ingreso en la Residencia en la que falleció. Hasta tal punto llegaba el distanciamiento entre ambos familiares que fue el Ministerio Fiscal quien tuvo que instar la declaración judicial de incapaz de la x., ante la situación vital de ésta, debiendo ser otorgada su tutela a una Fundación, en lugar de al hijo, a quien debería haber correspondido preferentemente en virtud del artículo 234 CC.

El incumplimiento de tales obligaciones, sin que conste en el expediente excusa alguna por parte del interesado, así como la pertinaz resistencia de éste a dar a su madre las atenciones que demandaba su deteriorada situación física (poliartrosis severa y osteoporosis senil), psíquica (depresión y alteraciones cognitivas, Alzheimer) y económica (su único ingreso lo constituye una pensión mensual de 279,27 euros) y que, incluso, le fueron reclamadas por los servicios sociales, dada la situación de emergencia social en que aquélla se encontraba, revelan no ya una mera falta de afecto hacia la fallecida, sino una voluntad abiertamente negativa al mantenimiento de la relación madre-hijo, como demuestra, además, el hecho de que éste se negara a acompañarla y visitarla con ocasión de los tres ingresos hospitalarios que sufrió.

En principio, los vínculos de parentesco actúan como presunción de existencia de perjuicios morales derivados de la muerte de un allegado, como señala la STS, Sala 3ª, de 4 de octubre de 1999, pues *“los vínculos de afecto y económicos propios de la unidad familiar existen en tanto no se produzca prueba en contrario, la cual corresponde a la Administración”*. Incidiendo en la posibilidad de prueba en contrario de la aludida presunción, la STS, Sala 2ª, de 19 de octubre de 2001, establece que *“para no indemnizar a los hermanos por daño moral, y en defecto de otros familiares más cercanos, no hay que probar la falta de dependencia económica, sino la rotura del afecto familiar, pues el ser humano, en un orden natural, genera aquel afecto, tradicionalmente reconocido por el Código Penal y el Código Civil”*. Del mismo modo, la STS, Sala 2ª, de 27 de noviembre de 2003, afirma que *“en el supuesto enjuiciado no parece legalmente acertada la decisión de indemnizar a los hermanos del fallecido por daños morales, siendo así que la propia sentencia del Tribunal del Jurado deja manifiesta y explícita constancia de la frialdad de relaciones con aquéllos y el distanciamiento afectivo entre el fallecido y sus hermanos que (...) reflejan más*

*bien una prolongada relación de enemistad. El artículo 113 CP habla como receptores de la indemnización de quienes hubieren sufrido daños materiales o morales, debiéndose reservar esta segunda eventualidad a quienes, efectiva y realmente, hayan padecido una severa aflicción por el fallecimiento de la víctima derivada de unas especiales relaciones previas de afectividad con ésta y, desde luego, cabe advertir que la mera circunstancia de la consanguinidad no es elemento suficiente para determinar automáticamente la realidad de esa significada afectividad, en ocasiones inexistente”.*

En esta misma línea jurisprudencial, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Salamanca, de 12 de enero de 1976, señala, para denegar la pretensión indemnizatoria formulada por el actor, que *“quien siendo marido de la víctima no se preocupó para nada de ella durante largos años de su vida, no sería justo ni equitativo, ni lo es, como se ha dicho, legal, que en estos momentos se le concediera un premio a la más absoluta despreocupación y abandono respecto a la que fue su esposa”.*

En el supuesto sometido a consulta, la presunción de daño moral favorable al hijo por la muerte de su ascendiente -en la medida en que el parentesco tan cercano, de ordinario, permite presumir que la pérdida de la madre genera en el hijo el dolor, pena, sufrimiento o padecimiento psíquico en que consiste el daño moral, atendido el bagaje afectivo consustancial a la relación parental-, cede ante la prueba practicada en el procedimiento por la Administración, que desvela la ausencia total de relaciones de afectividad materno-filial, lo que determina la improcedencia de reconocer la generación del daño alegado. En el mismo sentido se pronunció este Consejo Jurídico en Dictamen 17/2003, en supuesto que guarda cierta similitud con el actual.

La destrucción de la presunción obliga al interesado a acreditar, mediante prueba suficiente, el daño moral sufrido, por así exigirlo el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, lo que no ha logrado, ni siquiera intentado.

En consecuencia, la ausencia de daño indemnizable en el interesado, determina la no concurrencia de uno de los requisitos imprescindibles de la responsabilidad patrimonial de la Administración, lo que impide su declaración, excusando el análisis del resto de los elementos de aquélla, procediendo desestimar la pretensión indemnizatoria contenida en la reclamación.

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

## **CONCLUSIONES**

**PRIMERA.**- De conformidad con lo indicado en la Consideración Segunda de este Dictamen, se informa desfavorablemente la propuesta de resolución, en la medida en que no considera legitimado al interesado para ejercitar la acción de indemnización.

**SEGUNDA.**- Procede, no obstante, desestimar la reclamación, pues no cabe considerar acreditado el daño moral, único alegado por el interesado, lo que determina la no concurrencia de uno de los requisitos necesarios para la declaración de la responsabilidad patrimonial, conforme se indica en la Consideración Cuarta de este Dictamen.

No obstante, V.E. resolverá.





**DICTAMEN 73/2010**

**Asunto** Responsabilidad patrimonial instada por x., en nombre y representación de su hijo, debida a accidente escolar.

**Consultante** Consejero de Educación, Formación y Empleo

**Fecha** 14/04/2010

**Extracto de Doctrina**

Nota: igual doctrina que la expresada en el Dictamen 1/2010.



**DICTAMEN 74/2010**

**Asunto** Resolución de contrato formalizado con la mercantil - -, S.L., por las obras de construcción y explotación del aparcamiento en el subsuelo de la plaza Doctor Fortún, en el municipio de Águilas.

**Consultante** Ayuntamiento de Águilas

**Fecha** 14/04/2010

**Extracto de Doctrina**

Ha de considerarse en primer lugar la especificidad del contrato de concesión de obra pública , pues la previsión por el ordenamiento de causas de resolución propias del mismo (artículo 264 TRLCAP) motiva que los alegados incumplimientos hayan de reconducirse a este peculiar régimen de resolución contractual, en lugar de hacerlo al artículo 111 del mismo texto legal. Así, el artículo 264, letra j) establece como causa de resolución del contrato de concesión de obras públicas, “el abandono, la renuncia unilateral, así como el incumplimiento por el concesionario de sus obligaciones contractuales esenciales”.

**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 (en adelante PCAP), 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 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 concesión 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 de la concesionaria el suelo sobre el que radica la concesión. Hasta que no se dé esta circunstancia no es exigible de la concesionaria 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 tendentes 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 tendentes 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.

**VIGESIMOSEGUNDO.-** Por Dictamen 212/2009, el Consejo Jurídico advierte al Ayuntamiento de Águilas que el procedimiento de resolución contractual está incurso en caducidad, por lo que procede declararlo así e incoar uno nuevo.

**VIGESIMOTERCERO.-** Por Acuerdo del Pleno de la Corporación Municipal de 26 de enero de 2010, se declara caducado el procedimiento de resolución contractual y se inicia nuevo expediente resolutorio por incumplimiento culpable del contratista, que se residencia en las causas establecidas en los artículos 111, letras e), g) y h), y 264, letras j) y k) TRLCAP, concretadas en los siguientes incumplimientos:

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.

e) Abandono implícito de la ejecución del contrato y del cumplimiento de las obligaciones contractuales.

En el mismo acto, se pone en conocimiento del interesado que la Plaza Dr. Fortún ha sido inscrita en el Registro de la Propiedad a favor del Ayuntamiento de Águilas.

**VIGESIMOCUARTO.-** El 12 de febrero, el contratista presenta escrito de alegaciones en el que reitera las formuladas en el procedimiento caducado, que cabe sintetizar en que no le es exigible el cumplimiento de sus obligaciones en tanto que la Administración no ha llegado a poner a

su disposición los terrenos sobre los que debía ejecutarse la obra, pues la plaza no estaba inscrita a favor del Ayuntamiento y existían titularidades contradictorias. Ello imposibilitaba, a su vez, la inscripción registral tanto de la concesión como de las cesiones de uso a los particulares adquirentes de las plazas de garaje, alterando con ello las condiciones que la empresa toma en cuenta a la hora de valorar su concurrencia a la licitación. Considera el contratista que el silencio del pliego sobre la no inscripción registral y la imposibilidad de inscribir la concesión lo desvirtúa totalmente, hace imposible la ejecución de la obra y la normal explotación de la concesión, por lo que no cabe exigir del contratista el cumplimiento de sus obligaciones. Afirma, asimismo, que la inscripción registral recientemente conseguida no altera los hechos y consideraciones expuestos, pues no puede ser extrapolada la situación actual a la existente en el momento de formalizar el contrato.

Propone, por el contrario, una resolución contractual por mutuo acuerdo con renuncia por el contratista a los gastos originados por el contrato (que cuantifica en 483.039,55 euros) y la liberación de los avales presentados en garantía tanto de la ejecución de la obra como de la explotación de la concesión. Por otra parte, la difícil situación económica de la empresa ha provocado que *“el metálico pignorado en dichos avales sea la garantía de cobro de los adquirentes de los derechos sobre las plazas de aparcamiento, en un último pago pendiente para la verificación de la total deuda”*.

**VIGESIMOQUINTO.-** El 17 de febrero, por el Secretario del Ayuntamiento se emite informe favorable a la resolución contractual por las causas enumeradas en el acuerdo de incoación del procedimiento.

**VIGESIMOSEXTO.-** Con la misma fecha, la Jefa de Patrimonio y Contratación del Ayuntamiento consultante, elabora propuesta de resolución contractual por incumplimiento culpable de la contratista, por las causas enumeradas en el acuerdo de iniciación del procedimiento, con incautación de las garantías y con propuesta de suspender el plazo de tramitación del procedimiento como consecuencia de la solicitud del presente Dictamen.

En relación con las alegaciones del contratista:

a) Se rechaza la liquidación presentada, remitiéndose aquélla a un ulterior procedimiento contradictorio.

b) Se ponen de manifiesto los continuos incumplimientos del contratista, ya desde el momento mismo de iniciarse la fase de ejecución del contrato, que revelan un implícito abandono de éste.

c) Se indica que la empresa no expresó en el estudio económico-financiero, ni en ninguna otra documentación del expediente, su intención de financiar la concesión con una hipoteca, única vía que exige la previa inscripción de aquélla.

d) Sobre la titularidad de la plaza, se afirma que es bien de dominio público municipal, respecto de la que no constan reclamaciones de titularidad de terceros. Se ha procedido a su inscripción registral en cumplimiento de la obligación establecida en el año 2003 por la LPAP respecto de los bienes demaniales de las entidades locales.

En cualquier caso, la falta de inscripción del bien en el momento de formalizar el contrato no hacía inaplicables las características propias de los bienes demaniales de inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad, por lo que el Ayuntamiento podía disponer de la misma y ponerla a disposición del contratista, como de facto hizo, pues el propio contratista dispuso de la Plaza para iniciar las obras, aun sin autorización municipal. Por ello, la falta de inscripción registral en modo alguno imposibilitaba la ejecución de la obra.

El contratista, al presentarse a la licitación, acepta la situación física y jurídica de la parcela sobre la que se asienta la obra, resaltando el informe que la excusa de cumplimiento consistente en la falta de inscripción de la plaza sólo la pone de manifiesto el contratista el 12 de mayo de 2009, cuando el contrato fue adjudicado el 17 de octubre de 2006.

Sobre la vinculación que el contratista pretende establecer entre los avales y la garantía de cobro de los adquirentes de las plazas, se recuerda que aquél las enajenó irregularmente, sin conocimiento ni autorización municipal.

**VIGESIMOSÉPTIMO.-** La Comisión de Bienes, Obras Municipales y Cementerio hace suya la antedicha propuesta de resolución, elevándola al Pleno que, en sesión de 23 de febrero de 2010, acuerda remitir al Consejo Jurídico propuesta de resolución en los términos expuestos en el Antecedente Vigésimosexto.

En tal estado de tramitación y una vez incorporados los preceptivos extracto de secretaría e índice de documentos, se remitió el expediente en solicitud de Dictamen, mediante escrito recibido en el Consejo Jurídico el pasado 4 de marzo de 2010.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

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

En presencia de un procedimiento de resolución de un contrato de concesión de obras públicas 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 y 249.2 TRLCAP, por lo que el Dictamen se emite con carácter preceptivo.

#### **SEGUNDA.- Procedimiento y cuestiones formales.**

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), constando en el expediente el informe del Secretario del Ayuntamiento, la audiencia del contratista y su avalista, así como la propuesta de resolución que se eleva al Pleno de la Corporación. La solicitud del presente Dictamen persigue cumplimentar la preceptiva intervención de este Órgano Consultivo en el procedimiento.

Suspendido el plazo máximo de tres meses para la resolución del presente procedimiento, a virtud de la fecha de salida del Ayuntamiento de su escrito de solicitud de Dictamen de este Consejo Jurídico (registrada el 3 de marzo de 2010, vid. Dictámenes nº 51/2007 y 181/2009), una vez recibido el presente por el Ayuntamiento se reanuda dicho plazo máximo, lo que deberá ser tenido en cuenta a los efectos pertinentes.

Como ya se puso de manifiesto en nuestro anterior Dictamen 212/2009, el expediente no se acompaña del preceptivo extracto de secretaría, según exige 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).

#### **TERCERA.- Sobre el fondo: existencia de causa de resolución.**

I. Vista la fecha de adjudicación del contrato cuya resolución se pretende (17 de octubre de 2006), 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. Las causas de resolución invocadas. Existencia y reconducción.

Para la Corporación Local actuante, las causas de resolución concurrentes en el supuesto sometido a consulta son las establecidas en los artículos 111, letras e), g) y h), y 264, letras j) y k) TRLCAP, concretadas en los siguientes incumplimientos:

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.

e) Abandono implícito de la ejecución del contrato y del cumplimiento de las obligaciones contractuales.

1. La especificidad de las causas de resolución del contrato de concesión de obras públicas.

Atendida la multiplicidad de incumplimientos imputados al concesionario y los diferentes fundamentos jurídicos en que aquéllos se basan, con alegación de causas de resolución aplicables a todo tipo de contratos (art. 111 TRLCAP) y otras particulares del contrato de concesión de obras públicas, ha de considerarse en primer lugar la especificidad de esta modalidad contractual, pues la previsión por el ordenamiento de causas de resolución propias del mismo (artículo 264 TRLCAP)

motiva que los alegados incumplimientos hayan de reconducirse a este peculiar régimen de resolución contractual, en lugar de hacerlo al artículo 111 del mismo texto legal.

Así, el artículo 264, letra j) establece como causa de resolución del contrato de concesión de obras públicas, *“el abandono, la renuncia unilateral, así como el incumplimiento por el concesionario de sus obligaciones contractuales esenciales”*.

La determinación de qué haya de entenderse por obligaciones esenciales en este tipo de contratos nos obliga a acudir a la doctrina general de la contratación administrativa, emanada de la exégesis del artículo 111, letra g) TRLCAP, que también utiliza el indicado concepto jurídico indeterminado de “obligaciones contractuales esenciales” para comenzar señalando que no todo incumplimiento de los deberes del contratista puede amparar la resolución del vínculo contractual, sino sólo las infracciones más significativas y relevantes, aquéllas que son capaces de frustrar el fin del contrato (STS, 3ª, de 21 de junio de 2004).

Partiendo de esta doctrina general -manifestación en este ámbito del principio general de proporcionalidad-, y para dotar de una mayor objetividad a la interpretación de la esencialidad de las obligaciones contractuales a cuyo incumplimiento o inobservancia se vinculan efectos resolutorios de la concesión puede acudirse al artículo 252 TRLCAP, que se remite a los pliegos para la determinación de qué graves incumplimientos darán lugar a la resolución del contrato (apartado 3).

Se analizan a continuación los incumplimientos alegados por el Ayuntamiento en relación a los efectos que el PCAP anuda a cada uno de ellos.

2. El incumplimiento del plazo de ejecución de las obras como obligación esencial del contratista.

La Cláusula 5 PCAP establece que las obras de construcción del aparcamiento deberán comenzar en el plazo de 30 días desde el siguiente al de la comprobación del replanteo, que se llevó a efecto el 28 de julio de 2008. El plazo de ejecución de las obras se fijó inicialmente en 9 meses (Cláusula 5.1.6), si bien, tras la modificación del contrato para ampliar el aparcamiento con una nueva planta, el plazo quedó fijado en 11 meses, que llegó a su fin el 28 de junio de 2009.

De conformidad con la Cláusula 5.1.11, si la contrata no hubiese cumplido, se declarará resuelto el contrato con pérdida de la garantía, por no terminar la obra en el plazo estipulado, a no



ser que la Administración crea procedente concederle un nuevo plazo. Respecto a este último extremo, no cabe considerar que exista prórroga alguna, pues si bien el concesionario la solicita el 10 de febrero de 2009, tras recibir el requerimiento del Ayuntamiento para que inicie las obras que todavía no habían comenzado a tal fecha, la Administración contesta a tal solicitud con la incoación del procedimiento resolutorio del contrato.

Cabe considerar, por tanto, que existe un incumplimiento de las obligaciones esenciales del contratista, consistente en la no terminación de las obras en plazo, aunque más bien y dado que ha finalizado el plazo de ejecución de aquéllas sin que haya comenzado siquiera su construcción -más allá de la ocupación de los terrenos, la instalación de una grúa-torre y la demolición del pavimento de la plaza para preparar la excavación y facilitar los sondeos arqueológicos-, ha de estimarse que el concesionario incurre en un incumplimiento de su esencialísima obligación de proceder a la ejecución de la obra contratada, concurriendo la causa de resolución de la concesión de obra pública prevista en el artículo 264, j) TRLCAP.

Este último incumplimiento, que podríamos calificar de global en la medida en que afecta al objeto mismo del contrato, engloba también el más específico de no presentación de los planos visados por el Colegio de Arquitectos de correcta ejecución material de la excavación, cimentación especial y muros, que el Ayuntamiento considera necesarios para poder iniciar la construcción de las obras.

### 3. La falta de abono del canon concesional.

Del mismo modo, cabe considerar como esencial la obligación del contratista de abonar el canon concesional, conforme a lo establecido en la Cláusula 4 PCAP. En efecto, se establece allí un *“canon único mínimo de 900 euros por plaza a satisfacer por el concesionario al Ayuntamiento en cuatro plazos iguales, a abonar transcurridos 3, 6 meses 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”*. Asimismo se estipula que el incumplimiento injustificado a juicio de la Administración de esta obligación podrá ser causa de resolución del contrato. La determinación de si la falta de abono del canon se encontraba justificada en el supuesto sometido a consulta será objeto de análisis ulterior al considerar las alegaciones del concesionario; no obstante, cabe anticipar ya que el Consejo Jurídico coincide con el Ayuntamiento consultante en el carácter injustificado de dicho incumplimiento.

La adjudicación del contrato se produjo en fecha 17 de octubre de 2006, y su formalización en escritura pública data de 7 de febrero de 2007, por lo que es evidente que cuando el Ayuntamiento, el 26 de enero de 2009, insta al concesionario que le abone el 50% del canon correspondiente a los dos primeros plazos, éstos ya habían vencido. Concorre en consecuencia otro incumplimiento de una obligación esencial, incardinable en la causa de resolución contemplada en el artículo 264, letra j) TRLCAP.

En este sentido, la calificación como esencial de la obligación de abonar el canon concesional, a efectos resolutorios del contrato, ha sido reconocida por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Murcia en su sentencia 36/2002, de 23 de enero.

#### 4. La no presentación del Reglamento de Régimen Interior.

Dispone la Cláusula 5.2 PCAP que en el plazo máximo de 2 meses desde la adjudicación del contrato, el concesionario someterá a aprobación municipal un Reglamento de Régimen Interior del aparcamiento. Si bien esta exigencia parece desplegar sus efectos en la fase de explotación de la concesión, en la medida en que el citado documento debe establecer el régimen de uso, vehículos autorizados, horario, administración, gestión, mantenimiento y conservación del aparcamiento, lo cierto es que también debe contemplarse como contenido mínimo del reglamento el siguiente: “*titulares, transmisiones y figura jurídica a constituir frente al Ayuntamiento*”. De hecho, el PCAP exige de forma expresa que este reglamento forme parte de los contratos que se formalicen para la cesión de uso de las plazas de aparcamiento.

Esta última previsión determina que el indicado Reglamento aprobado por el Ayuntamiento, había de existir con carácter previo a la formalización de los indicados contratos, lo que no ha respetado la empresa, toda vez que consta en el expediente que ha suscrito contratos de cesión de uso de plazas de garaje con particulares (al menos en número de 14), sin haber presentado el Reglamento de Régimen Interior al Ayuntamiento ni haber obtenido su aprobación.

Acreditado el incumplimiento de la obligación del contratista, sin embargo no cabe calificarla como esencial, pues, al margen de las relaciones jurídicas que el concesionario haya podido hacer nacer con los particulares adquirentes del derecho de uso del aparcamiento y de los efectos *inter privados* que pueda generar la resolución de tales relaciones contractuales, no parece que, por sí sola, la omisión del deber de presentar el Reglamento de Régimen Interior revista una esencialidad o importancia tal que pueda frustrar el fin del contrato de concesión de obra pública, sino que, antes bien, aquélla parece una obligación complementaria o accesoria, incluso instrumental,

respecto a la principal de gestión y explotación del aparcamiento en las condiciones establecidas por los Pliegos, en los que no se cita este incumplimiento como grave ni se le anudan expresamente consecuencias resolutorias del contrato.

#### **CUARTA.- Las alegaciones del contratista**

Para el concesionario, no le son exigibles las obligaciones nacidas del contrato de concesión de obra pública suscrito con el Ayuntamiento, porque éste no puso a su total disposición los terrenos sobre los que había de construirse el aparcamiento y ello porque, al no estar aquéllos inscritos en el Registro de la Propiedad a favor del Ayuntamiento, se impedía a su vez la inscripción de la concesión, lo que determina una modificación radical del pliego de condiciones, pues este extremo no estaba contemplado en el mismo ni se hacía expresa advertencia de él. Considera, asimismo, que existen titularidades contradictorias sobre dichos bienes.

Para el concesionario, la imposibilidad de inscribir la concesión determina no sólo dificultades de financiación, tanto en la fase de construcción de la obra como posteriormente, sino también dificultades para acceder al Registro de los “posibles adquirentes de concesión sobre plazas de aparcamiento individualizadas”, lo que incide en la valoración de la concesión como negocio que hace la empresa con carácter previo a presentarse al concurso.

La alegada vinculación entre inscripción de la plaza en el Registro de la Propiedad inmobiliaria a favor del Ayuntamiento y la disponibilidad de los terrenos merece las siguientes observaciones.

La alegación alude a la cuestión del acceso de los bienes de dominio público local al Registro de la Propiedad y al carácter de tal inscripción. En este sentido, la calificación de la plaza en cuyo subsuelo había de construirse el aparcamiento objeto del contrato, como bien de dominio público, deriva de los artículos 2 y 3 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales (RBEL), aprobado por Real Decreto 1372/1986, de 13 de junio, en cuya virtud los bienes de tales Administraciones se clasifican en bienes de dominio público y patrimoniales. Los primeros, a su vez, serán de uso o servicio público, calificándose expresamente como bienes de uso público local los caminos, plazas, calles, paseos, parques, aguas de fuentes y estanques, puentes y demás obras públicas de aprovechamiento o utilización generales cuya conservación y policía sean de la competencia de la Entidad local (art. 3.1 RBEL).

Siendo la plaza de dominio público local por así establecerlo la normativa patrimonial de las entidades locales, cabe preguntarse ahora si era necesaria su inscripción en el Registro de la Propiedad para considerar titular de la misma al Ayuntamiento de Águilas y para determinar si podía ponerla a disposición del concesionario. Como hemos dicho, la demanialidad del bien y la titularidad municipal sobre el mismo no depende de tal inscripción, pues salvo los contados casos en los que el ordenamiento establece el carácter constitutivo de la inscripción registral, el efecto de ésta es estrictamente declarativo y se vincula al reforzamiento de las funciones administrativas de protección y defensa del patrimonio de las Administraciones públicas (art. 28 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas, LPAP). Y es que los bienes son de dominio público y del Ayuntamiento, aun no constando como tales en el Registro de la Propiedad, de ahí que su no inscripción no sea obstáculo, por ejemplo, para al ejercicio por la Administración de sus potestades de recuperación posesoria (STS 11 de noviembre de 1997 y STSJ, Castilla y León, 1039/2004, de 29 junio).

Desde la perspectiva de la normativa contractual, la obligación cuyo incumplimiento imputa la concesionaria al Ayuntamiento no es otra que la de poner a su disposición los terrenos sobre los que ha de ejecutarse el aparcamiento objeto de concesión. La interpretación que de dicho deber ha realizado la jurisprudencia es la de que la normativa impone a la Administración el deber ineludible de *“tener a la plena, libre y real posesión y disposición, los terrenos para la normal ejecución de la obra”* (STS, 3ª, de 12 de febrero de 1988). Esta interpretación se hace a la luz del ya derogado Reglamento General de Contratación del Estado, cuyo artículo 81 identificaba la disponibilidad de los terrenos con la posesión real y disposición de los terrenos, que permite su ocupación y la normal ejecución de las obras.

Comoquiera que entre la documentación remitida a este Consejo Jurídico no obra la referida al expediente de contratación, en cuyo seno los artículos 229 y 129 TRLCAP, y 138.2 RCAP exigen la realización del replanteo previo del proyecto, momento en el que para precisar el objeto del contrato y su viabilidad se comprueba la realidad geométrica de la obra y la disponibilidad de los terrenos, ha de atenderse a otros documentos, que sí han sido unidos al expediente enviado junto a la consulta, para determinar si la plaza en la que había de ejecutarse la obra quedaba a disposición del concesionario en condiciones que permitieran la adecuada ejecución del aparcamiento y su posterior explotación.

A tal efecto, el PCAP (Claúsula 1.1) establece expresamente que la finca municipal en la que se ejecutará el aparcamiento pertenece al dominio público municipal y en la escritura de

formalización del contrato (7 de febrero de 2007) se manifiesta expresamente que el Ayuntamiento pone la plaza a disposición de la concesionaria, que acepta.

En la certificación de dominio expedida el 4 de mayo de 2009 por la Secretaria Municipal, en orden a proceder a la inscripción de la Plaza Dr. Fortún en el Registro de la Propiedad a favor del Ayuntamiento, por medio del procedimiento establecido en los artículos 206 de la Ley Hipotecaria, 303 de su Reglamento y 37 LPAP, se hace constar que:

- La plaza se halla dada de alta en el Inventario Municipal de Bienes y Derechos, como bien de dominio público adscrito al uso público.

- La finca viene siendo utilizada como plaza pública desde tiempo inveterado por el Ayuntamiento, por lo que se considera que habría sido adquirida por su posesión pacífica, pública e ininterrumpida durante más de 30 años.

- La finca se halla libre de cargas, gravámenes y limitaciones.

En la propuesta de resolución remitida a este Consejo Jurídico para Dictamen, se manifiesta que dicha inscripción ya se ha producido y que no consta en los archivos municipales reclamación de titularidad alguna por parte de terceros sobre la plaza.

En este sentido, las alegaciones presentadas por algunos vecinos de la plaza durante el trámite de información pública a que fue sometido el proyecto de construcción, no inciden en cuestiones relativas a la titularidad de la plaza, sino que se refieren en esencia a las molestias e inquietudes que el desarrollo de las obras pueden generar en los vecinos. En absoluto pueden ser calificadas como manifestación de "titularidades contradictorias" sobre la plaza, como parece afirmar el concesionario.

Del mismo modo, la propia actuación del concesionario evidencia que tuvo los terrenos a su disposición, pues en octubre de 2007 procedió a levantar el pavimento de la plaza, talar los árboles que allí existían y a instalar una torre-grúa, antes incluso de la comprobación del replanteo y de la aprobación del proyecto por parte del Ayuntamiento. Si hubo de cesar en dicha ocupación anticipada fue por requerimiento del propio Ayuntamiento, dada la necesidad de cumplir determinadas obligaciones por parte del concesionario antes de iniciar las obras (adaptación del proyecto a las observaciones del Ayuntamiento, obtención de licencias, presentación de empresas encargadas de la construcción, comprobación del replanteo, etc.). No consta que con ocasión de

esta ocupación de la plaza hubiera oposición de vecinos que esgrimieran eventuales titularidades contradictorias.

Del mismo modo, cuando se procede a la comprobación del replanteo prevista en el artículo 142 TRLCAP, se levanta acta en la que se hace constar que se comprueba la disponibilidad de los terrenos, sin que el concesionario formule reserva alguna. El acto es de fecha 28 de julio de 2008.

Tampoco pone el concesionario en cuestión su disponibilidad sobre los terrenos cuando propone la modificación del contrato para ampliar el aparcamiento en una planta más (23 de febrero de 2007), ni cuando procede a ceder el uso de plazas individualizadas de garaje a particulares (consta en el expediente copia de uno de dichos contratos, de fecha 15 de diciembre de 2007).

En consecuencia, la no inscripción de la plaza en el Registro de la Propiedad al momento en que se formalizó el contrato no impide considerar que los terrenos en los que aquélla se asienta y sobre los que había de ejecutarse la obra objeto del contrato, habían sido puestos a disposición del contratista, pues éste gozaba de su posesión real y plena, y, en consecuencia, venía obligado a construir la obra en los plazos a que se comprometió al suscribir el contrato.

Tampoco ha acreditado el concesionario que haya sido perturbado o inquietado en su posesión por hipotéticos titulares contradictorios de la plaza o que de alguna forma se le haya impedido o limitado el desenvolvimiento de la actividad concesional.

Alega el concesionario, además, que la imposibilidad de inscribir la concesión y las cesiones de uso a particulares incide en la valoración de la concesión como negocio que hace la empresa con carácter previo a presentarse al concurso.

Debe recordarse que esa valoración inicial de la concesión, como negocio, entra dentro del conocido como áleas empresarial y que, en el ámbito de la contratación administrativa, se plasma en el principio de riesgo y ventura del contratista. Por ello es exigible de éste que al momento de efectuar su oferta haga gala de una mediana diligencia en la comprobación de aquellas circunstancias y situaciones que, en la medida en que puedan afectar al desarrollo de la concesión, han de formar parte de los elementos de juicio de que el empresario dispone para asumir el riesgo que todo negocio conlleva.

Por otra parte, para valorar la incidencia que sobre la concesión pudo tener la imposibilidad de su inscripción en el Registro de la Propiedad, habría sido necesario conocer el estudio de viabilidad económico-financiera que el concesionario presentó conforme a la Cláusula 1.2 PCAP, el cual no ha sido incluido en el expediente remitido al Consejo Jurídico. No obstante, sí consta en la propuesta de resolución que en dicho estudio el concesionario no había previsto la financiación externa de la concesión. En cualquier caso, el concesionario no liga esta dificultad al aspecto económico del contrato -*“la dificultad no radica por tanto en la falta de financiación hipotecaria (...) sino en la preceptiva ausencia de inscripción y en las inscripciones contradictorias aun existentes en la actualidad”*-, sin que se llegue a advertir, entonces, en qué medida la imposibilidad de inscribir la concesión impedía la ejecución de la obra y la pervivencia de la concesión durante sus 40 años de duración, máxime cuando se advierte que tales hipotéticas dificultades, de haber existido realmente, se habrían eliminado tras la inmatriculación de la plaza en el Registro de la Propiedad, la cual se ha producido apenas unos meses después de las alegaciones efectuadas por el concesionario.

Del mismo modo, en cuanto a la imposibilidad de inscribir las cesiones de uso de plazas de garaje individualizadas a favor de particulares, la determinación de en qué medida dicha dificultad de acceso al Registro incidía en la concesión, impidiendo la construcción de la obra, corresponde desarrollarla y acreditarla a quien la alega, siendo insuficiente su mera invocación en términos estrictamente hipotéticos, máxime cuando consta en el expediente que tal imposibilidad de inscripción no supuso un obstáculo para que diversos particulares se interesaran por las plazas de garaje reservadas a residentes y que, al menos 14, suscribieran contrato de cesión de uso con el concesionario y abonaran su precio.

Por otra parte, no puede esgrimir el concesionario esa dificultad meramente hipotética y huérfana de acreditación, cuando con carácter previo a la celebración de dichos contratos venía obligado a presentar al Ayuntamiento el Reglamento de Régimen Interior del aparcamiento, el cual, previa aprobación municipal, debía incorporarse necesariamente a los contratos de cesión de uso (Cláusula 5.2 PCAP). Incumplida dicha obligación por el concesionario, y hasta tanto la observara, no podía celebrar contrato alguno de cesión de uso, por lo que la principal dificultad para poder suscribir tales contratos, sólo a su falta de diligencia le era imputable.

#### IV. Recapitulación.

Procede la resolución del contrato de concesión de obra pública sometido a consulta por incumplimiento imputable al contratista, al quedar acreditada en el expediente la inobservancia por

aquél de las obligaciones contractuales esenciales, consistentes en la ejecución de las obras y el abono de la parte del canon concesional que le resultaba exigible conforme al PCAP, siendo incardinables tales incumplimientos en la causa de resolución regulada en el artículo 264, letra j) TRLCAP, específica de este tipo de contratos.

Las alegaciones del contratista, referidas a un incumplimiento por la Administración de la obligación que le incumbía de poner a disposición del concesionario los terrenos sobre los que había de ejecutarse la obra, no pueden ser admitidas, pues la no inscripción de la plaza en el Registro de la Propiedad a favor del Ayuntamiento no afecta a la demanialidad del bien, a la titularidad local sobre aquél ni a la puesta del concesionario en la posesión real y plena de los terrenos, respecto de los que no consta ni ha acreditado el concesionario que existan las alegadas titularidades contradictorias frente a la del Ayuntamiento.

#### **QUINTA.- Incautación de la garantía.**

La consideración de los incumplimientos contractuales expuestos como causa de resolución del contrato imputable al contratista, con base en el artículo 264, j) TRLCAP, determina la aplicación de su artículo 266.4, procediendo la incautación y pérdida de la garantía prestada y, además, la obligación de indemnizar a la Administración por los daños y perjuicios causados en lo que excediesen del importe de dicha garantía. Debe repararse que este último precepto legal, aplicable específicamente a esta clase de contratos, prevé dicha incautación en el caso de resolución contractual por causa “*imputable*” al contratista, y no necesariamente por incumplimiento “*culpable*” del mismo, como sin embargo establece el artículo 113.4 TRLCAP, aplicable sólo en defecto de precepto específico para una determinada clase de contratos administrativos.

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

### **CONCLUSIONES**

**PRIMERA.-** Procede resolver el contrato de referencia, con incautación y pérdida de la garantía prestada, por causa del incumplimiento imputable a la contratista de su obligación esencial de ejecutar las obras contratadas y abonar el canon concesional, por las razones expresadas en las Consideraciones Tercera y Cuarta del presente Dictamen.



**SEGUNDA.**- En consecuencia, la propuesta objeto de Dictamen se informa favorablemente, si bien deberá adaptarse en sus fundamentos jurídicos a lo expresado en las reseñadas Consideraciones.

No obstante, V.S. resolverá.



## DICTAMEN 75/2010

<b>Asunto</b>	Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hijo, debida a accidente escolar.
<b>Consultante</b>	Consejero de Educación, Formación y Empleo
<b>Fecha</b>	19/04/2010

### Extracto de Doctrina

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 cita en su propuesta de resolución, el 147/2002 de este Consejo Jurídico.

### ANTECEDENTES

**PRIMERO.-** Con fecha 1 de abril de 2009, tiene entrada en el Registro General de la Consejería consultante escrito de la Directora del Colegio de Educación Infantil y Primaria de Prácticas “María Maroto” de Murcia, sobre la reclamación suscrita por x., en nombre y representación de su hijo y alumno de dicho centro escolar, x., en solicitud de indemnización fundamentada en la responsabilidad patrimonial que a la Administración incumbe según los preceptos de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en lo sucesivo, LPAC), por los daños sufridos por el menor como consecuencia de un accidente escolar ocurrido el día 2 de octubre de 2006, cuando, durante el desarrollo del recreo posterior al servicio de comedor, su hijo *“fue sujetado por detrás por un niño y lanzado bruscamente contra el suelo, partiéndose, en el impacto, los dos incisivos superiores definitivos a ras de las encías. Son continuos los controles y reconstrucciones, hasta que se puedan adaptar coronas (sobre 16 años). Hemos mantenido la interrupción legal de la prescripción al no atenderse la indemnización de gastos”*.

A la reclamación se acompaña la siguiente documentación:

a) Informes y facturas correspondientes a la asistencia odontológica recibida por el menor.

b) Informe de la Coordinadora del Comedor Escolar, con el visto bueno de la Directora del CEIP, del siguiente tenor:

*“El pasado lunes día dos, sobre las 16:07, el niño x., matriculado en este Centro en 2º curso, grupo B, sufrió una caída en el patio en horario de comedor, cuando se encontraban vigilando tanto la coordinadora, como la mayoría de monitores. El incidente se produjo durante el desarrollo de un juego en el patio, al chocar contra el suelo por haberlo sujetado otro niño por detrás y soltarlo bruscamente.*

*Las consecuencias de este golpe fueron la rotura de los dos incisivos superiores. No fue necesario avisar a la familia del alumno, porque en ese justo momento llegó el padre a recogerlo”.*

c) Telegramas enviados por el reclamante el día 4 de octubre de 2007 al CEIP; a la concesionaria del servicio de comedor, --, S.L; y a la aseguradora de este último, mediante los cuales el interesado hace constar que reclama por las lesiones sufridas por su hijo, al tiempo que manifiesta su intención de que el telegrama *“sirva para interrumpir la prescripción”*.

d) Fotocopia del Libro de Familia acreditativo del parentesco entre el menor y el reclamante.

La Directora del centro en su escrito de remisión solicita que se tenga *“a bien estudiar este caso ya que la Compañía Aseguradora no ha asumido responsabilidad alguna, ni a petición de los tutores respondió, así como en el Acto de Conciliación que tuvo lugar en el Juzgado de 1ª Instancia nº 4”*.

**SEGUNDO.-** Admitida a trámite la reclamación y designado instructor mediante Resolución de la Secretaría General de la Consejería de Educación, Formación y Empleo de fecha 27 de abril de 2009, se dirige escrito a la Dirección del Colegio solicitando informe acerca de las circunstancias en que se produjo el accidente.

El requerimiento es cumplimentado por la Directora que remite, el siguiente día 14 de mayo, informe en el que se hace constar lo siguiente:

*“Que en los hechos ocurridos el 2 de octubre de 2006 no hubo negligencia ni descuido por parte de los cuidadores ni de la Coordinadora del servicio de comedor, como así consta en el informe presentado en su momento por ésta y comprobado por la Dirección del Centro. En el momento del suceso la atención era la adecuada.*

*En el momento de los hechos los dientes se depositaron en leche para que se conservaran mejor, no se dio aviso a los padres porque en ese instante venían a recoger al niño, luego por parte de los cuidadores se obró de forma correcta en relación a lo sucedido.*

*En relación a la caída que ocasionó daños al niño los comensales estaban inmersos en juegos propios de su edad, con la mala fortuna que al caer el menor ocasionó esta lesión de forma accidental, no habiendo por parte del compañero de juegos un comportamiento fuera de lo normal así como en el niño accidentado.*

*En cuanto a las instalaciones, no hubo en su momento ningún tipo de modificación y son las mismas que se revisan por parte de la Administración de forma periódica”.*

**TERCERO.-** Conferido trámite de audiencia al interesado, éste, mediante escrito fechado el día 9 de julio de 2009, formula alegaciones en las que, en síntesis, se afirma lo siguiente:

a) Existe una contradicción entre el primer informe (de la coordinadora del comedor) en el que se afirma *“al chocar (el menor) contra el suelo al haberlo sujetado otro niño por detrás y soltarlo bruscamente”*, y el segundo informe (de la directora del centro educativo) donde se vierten manifestaciones exculpatorias, tales como "no hubo negligencia"; "no hubo descuido"; "se obró de forma correcta", así como la afirmación (que contradice el informe anterior): *“con la mala fortuna que al caer el menor se ocasionó de forma accidental”*.

b) El golpe no fue accidental; se produjo porque uno de los niños, de forma intencionada, levantó y sujetó a x. soltándolo después de forma brusca.

c) El Centro debía estar acondicionado y vigilado para evitar que se produjeran sucesos como el padecido por el hijo del reclamante.

d) Se reitera la existencia de responsabilidad de la Administración al haberse producido el accidente en un Centro dependiente de ella, en horario y actividad reglados y tutelados por aquélla.

**CUARTO.-** Tras haber realizado un primer cómputo de los plazos preceptivos para efectuar la reclamación por Responsabilidad Patrimonial, y desprendiéndose de las actuaciones la existencia de actuaciones judiciales y contactos con la aseguradora del concesionario del servicio de comedor, la instructora, el día 1 de septiembre de 2009, requiere al interesado para que aporte documentación acreditativas de tales actuaciones y contactos, todo ello con el fin de estudiar su eficacia en orden a interrumpir el plazo de prescripción de la acción.

**QUINTO.-** El interesado atiende lo solicitando mediante escrito de fecha 11 de noviembre de 2009, al que adjunta, entre otra documentación, la copia del Acta de conciliación sin avenencia del acto celebrado el día 17 de marzo de 2009, entre el reclamante, el representante de la mercantil --, SL y el representante del CEIP "María Maroto".

Manifiesta, además, el x. que

a) La falta de adecuación del lugar en el que se encontraban los niños en el momento del accidente: una reducida zona vallada.

b) Insuficiencia del número de personas fijadas por el convenio de la Consejería con la empresa de "Catering" para atender adecuadamente a los niños.

c) Incumplimiento de la relación monitores/alumnos establecidos en el contrato.

d) Inadecuada atención a los niños por parte de los monitores.

**SEXTO.-** Seguidamente se formula propuesta de resolución desestimatoria al considerar el instructor en primer lugar que la acción ha prescrito, pero aún admitiendo que hubiese sido deducida en plazo, no podría atenderse al estimar que no existe nexo causal entre los daños sufridos por el alumno y el funcionamiento del servicio público prestado por el centro público donde se produjo el incidente.

Tras incorporar un extracto de Secretaría y un índice de documentos, se remite el expediente en solicitud de Dictamen, mediante escrito que tuvo entrada en el Consejo Jurídico el pasado 30 de octubre 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.- Procedimiento, legitimación y plazo.**

#### I. 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. No obstante, se observa que a tenor de lo establecido en los artículo 1.3 *in fine* RRP y 97 del Texto Refundido de la Ley de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (artículo 198 de la vigente Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público), se hacía preciso el emplazamiento a la concesionaria del servicio de comedor, "--, S.L.", actuación que no se ha llevado a cabo. Ahora bien, atendiendo a los principios de eficacia, economía procedimental y salvaguarda de los derechos de los interesados, entre ellos el de recibir en un tiempo razonable una resolución expresa y motivada, unido al hecho de que la falta de audiencia como interesado no ha causado, en este caso, indefensión para el contratista que ha tenido la oportunidad de conocer en reiteradas ocasiones, incluido un acto de conciliación judicial, las pretensiones del reclamante, el Consejo considera oportuno examinar el fondo de la reclamación.

#### II. Legitimación.

La legitimación activa corresponde, a tenor de lo establecido en el artículo 162 del Código Civil, a las personas que ostenten y acrediten la representación legal del menor, circunstancia que, respecto del reclamante, se constata con la fotocopia compulsada del Libro de Familia.

En lo que atañe a la legitimación pasiva, corresponde a la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, siendo la Consejería consultante competente para resolver el presente

procedimiento, al tratarse de unos presuntos daños imputados al funcionamiento del servicio público regional de educación en el que se integra el Centro en el que ocurrió el accidente.

### III. Plazo para reclamar.

Dos son las cuestiones que han de dilucidarse con carácter previo a la determinación de si la reclamación se formuló dentro del plazo de un año establecido por el artículo 142.5 LPAC:

#### a) *Dies a quo* del plazo para reclamar.

Dispone la LPAC en el artículo antes citado que en caso de daños a las personas, de carácter físico o psíquico, el plazo empezará a computarse desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas. El instructor, en su propuesta, considera, aunque lo hace con ciertas reservas, que esa estabilización se habría producido el día 20 de marzo de 2007, fecha del informe de la clínica odontológica “x” (folio 33). No comparte este Consejo tal apreciación, pues del tenor de este mismo informe se desprende que el menor no concluirá el tratamiento hasta el momento en el que, según la evolución de las lesiones, se proceda bien a una implantación de carilla estética de porcelana o de coronas cerámicas o, en el supuesto de que surgiesen complicaciones en la evolución, a un tratamiento endodóncico con la posterior rehabilitación protésica (perno muñón, corona cerámica), siendo necesarias, hasta que ese momento llegue (cuando cumpla 16 años), revisiones “*imprescindibles para prevenir complicaciones*”. El hecho mismo de admitir dos posibilidades distintas, según evolución de las lesiones, en el tratamiento futuro, corroboran que aún no puede determinarse el alcance de las secuelas; y la existencia de facturas por atenciones odontológicas con fecha posterior al citado informe (folios 7 y 12) evidencian que el paciente no ha dejado de precisar asistencia médica. No puede ignorarse, como ya ha señalado este Órgano Consultivo en anteriores Dictámenes emitidos en supuestos de lesiones similares a la presente (por todos, Dictamen 55/2006), que la propia naturaleza de este daño, sujeto a evolución, no permite conocer la incidencia dañosa futura hasta la conclusión del tratamiento, lo que permite calificarlo de daño continuado. Este carácter no obsta, como también ha señalado este Consejo en múltiples ocasiones (por todos, Dictamen 73/2002) para admitir la viabilidad de reclamar antes de que se produzca la estabilización total de las lesiones, aunque sólo pueda hacerse por los daños efectivamente acreditados (aquí, el importe de las facturas abonadas); en lo que atañe a los daños futuros (gastos de posibles revisiones y tratamiento final, sobre el que se acompaña presupuesto), se consideran daños desprovistos de certeza, lo que no excluye que sean reclamados en su momento si fueran efectivos, pues la acción queda abierta, hasta que se concrete el alcance de la

secuela. De esta forma, procede que la propuesta de resolución reconozca que el interesado ha ejercitado la acción de forma temporánea.

b) Eficacia del telegrama para interrumpir el transcurso del plazo de prescripción.

Las conclusiones alcanzadas en el punto anterior harían innecesario analizar tal eficacia interruptiva. No obstante, el Consejo considera conveniente recordar que, cuando ha analizado supuestos en los que la reclamación se interpone por vía telegráfica con la finalidad de interrumpir la prescripción, es su doctrina, recogida entre otros, en los Dictámenes números 37/1999, 10/2000 y 81/2003, que el telegrama únicamente puede producir efectos interruptivos de la prescripción cuando reúne todos los requisitos para ser considerado escrito de iniciación del procedimiento de responsabilidad. En el supuesto que se analiza, si se examina el tenor del telegrama enviado a la Administración por el interesado, 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 resarcitoria, 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 telegrama es comunicar a la Administración su futura intención de reclamar, entendiendo el interesado 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”* ante la Administración competente. 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”*; añadiendo en su Dictamen 4.649/1997, que *“la virtualidad del telegrama en orden a producir los efectos interruptivos del plazo de prescripción pretendidos debe interpretarse conforme a las exigencias de la buena fe y de interdicción del abuso de derecho (artículo 7 del Código Civil), de forma que el telegrama preceda a una reclamación inminente o, por lo menos, deducida en tiempo razonable; sin que pueda resultar admisible que el telegrama pueda conceptuarse como instrumento para tener permanentemente abierta la vía para*



*reclamar. De lo contrario, los plazos para reclamar por esta vía serán susceptibles de uso fraudulento”.*

**TERCERA.- Sobre el fondo del asunto.**

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

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

Por otra parte, el Tribunal Supremo, en sentencia de 26 de febrero de 1998, indicó que “durante el desarrollo de las actividades escolares, extraescolares y complementarias el profesorado tiene el deber de observar la diligencia propia de los padres de familia”. En el supuesto examinado puede afirmarse que ese grado de diligencia no demandaba mayores medidas de prevención y protección que las adoptadas, ya que el evento se produjo dentro del riesgo que supone el desarrollo de juegos y actividades libres durante el recreo que se desarrolla después de finalizado el servicio de comedor y no por la falta de vigilancia exigible a los profesores, puesto que resulta imposible evitar las consecuencias que estas actividades lúdicas conllevan, salvo que las mismas se prohibiesen totalmente, lo que llevaría al absurdo de impedir la libre expansión de los alumnos en el tiempo pensado y dedicado precisamente a esta finalidad. En este mismo sentido, la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de julio de 2001 declara que no cabe imputar lesión alguna a la Administración docente, cuando exclusivamente deriva y trae causa directa e inmediata del golpe fortuito recibido de un compañero del juego en un lance del mismo, *“sin que, por ende, pueda,*

*desde luego, afirmarse que la lesión fue consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos docentes, so pretexto de encontrarse los alumnos en el recreo, en el interior del patio, dedicados a la práctica de los habituales juegos, pues tales circunstancias, sobre no denotar falta del debido control por el profesorado del Colegio, ya que la lesión se habría producido, cualquiera que hubiera sido la vigilancia”, es de tener en cuenta que la forma puramente fortuita en que se causó la lesión “en sí misma es insuficiente para anudar el daño a la gestión pública”, que resultaría ajena a su generación.*

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”. Doctrina también compartida por este Consejo Jurídico en numerosos dictámenes similares al presente, como el 179/2002, entre otros muchos.

Así definida la uniforme y pacífica doctrina, de índole tanto jurisprudencial como consultiva, en relación a los daños sufridos por escolares en centros docentes públicos durante el desarrollo de juegos en el tiempo específicamente destinado a ellos, será preciso analizar la divergencia que se aprecia en los relatos fácticos realizados por la coordinadora del comedor escolar y por la Directora del Colegio, de una parte, y por el reclamante, de otra. Según las primeras, el accidente se produce cuando el alumno, mientras que jugaba con sus compañeros, es sujetado por uno de ellos y después soltado con fuerza, pero sin que existiese ánimo de agresión, pues, se afirma, que la lesión se produjo *“de forma accidental, no habiendo por parte del compañero de juegos un comportamiento fuera de lo normal”*. Según el padre del menor, sin embargo, el accidente no habría sido tan fortuito, sino que se habría producido como consecuencia de que un compañero que no participaba en el juego, *“llegó por detrás, lo levantó en peso, anduvo varios pasos y lo lanzó al suelo”*. Esta segunda versión, que no ha sido probada por el reclamante, obliga a considerar la relevancia de la actitud de los alumnos en el nacimiento de la responsabilidad patrimonial de la Administración docente.

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 cita en su propuesta de resolución, el 147/2002 de este Consejo Jurídico.

Así pues, para que resulte viable la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, es preciso que concurra el necesario nexo causal entre el funcionamiento del servicio público y el daño irrogado al particular y, en el supuesto que nos ocupa, si bien es cierto que el daño existe y se acredita y, además, se produce con ocasión de la prestación del servicio público educativo, no lo fue como consecuencia de su funcionamiento y, por tanto, la falta de antijuridicidad y la inexistencia de nexo causal entre el daño y el funcionamiento del centro educativo, impiden que los hechos aquí examinados desencadenen la responsabilidad patrimonial de la Administración educativa. En este mismo sentido se pronuncia el Tribunal Supremo en sentencias de 27 de julio y 13 de septiembre de 2002, esta última dictada en unificación de doctrina.

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

### **CONCLUSIONES**

**PRIMERA.-** La reclamación ha de considerarse temporánea en los términos que se indican en la Consideración Segunda, III. a), y de ese modo se ha de recoger en la Resolución que ponga fin al procedimiento.

**SEGUNDA.-** Se dictamina favorablemente la propuesta de resolución, en lo que al fondo se refiere, que desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial, por no quedar acreditada la relación de causalidad entre el daño sufrido por el alumno y la prestación del servicio público docente.

No obstante, V.E. resolverá.



---

**DICTAMEN 76/2010**

**Asunto** Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hija, debida a accidente escolar.

**Consultante** Consejero de Educación, Formación y Empleo

**Fecha** 19/04/2010

**Extracto de Doctrina**

Nota: igual doctrina que la expresada en el Dictamen 14/2010.



**DICTAMEN 77/2010**

**Asunto** Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en accidente de circulación.

**Consultante** Consejero de Obras Públicas y Ordenación del Territorio

**Fecha** 19/04/2010

**Extracto de Doctrina**

Debe apreciarse un anormal funcionamiento de los servicios de vigilancia de carreteras de titularidad regional, en tanto no se ha acreditado que la Administración regional haya obrado conforme con el estándar exigible al respecto (admitiendo a tal fin, a efectos puramente dialécticos, que el estándar pudiera ser, en el caso, el de la inspección semanal de la vía, como informa la Administración), pues consta que el obstáculo de referencia no se había retirado aún transcurridos veinte días desde el accidente, lo que no se explica si en las fechas en cuestión se hubieran realizado inspecciones semanales, como alega aquélla.

**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 nº 69/2004 y las diligencias previas nº 513/04 en el Juzgado de Instrucción nº 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 nº 69/04, en las que consta que el 20 de enero de 2004 x. comparece ante la Guardia Civil de Cartagena y 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, circulando por su 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 en dicha comparecencia lo manifestado por su padre en la reclamación 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 en cuestión 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, personados tal día 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 nº 513/2004, seguidas en el Juzgado de Instrucción nº 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 “x”, 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 nº 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 su respectivo informe.

**TERCERO.-** Con fecha de 27 de mayo de 2004 tiene entrada en la Consejería un escrito del interesado de mejora o subsanación de la reclamación, 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 el Servicio de la posible existencia de un bloque de hormigón en la carretera MU 312, ni fue comunicado en su día por la Guardia Civil de Tráfico para ser retirado. 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 expresa lo siguiente:

*“El valor de los daños reclamados y que asciende a la cantidad de 889,40 euros por reparación de los daños materiales se considera en principio elevado, por las siguientes razones:*

*1-El tipo de neumático y llanta no parece que se correspondan con los de serie del vehículo y, por el precio, estaríamos hablando de llanta especial para neumáticos de perfil bajo 40 o 45, por lo que entiendo (que) el reclamante deberá demostrar de forma fehaciente que el vehículo está equipado con ese tipo llanta y neumático.*

*2-En las diligencias de la Guardia civil número 69/04, al final del folio tercero, indican que se les muestra 20 días después del accidente en el maletero del coche, como prueba, la llanta y el neumático afectado, pero no hace mención alguna a la existencia de otras piezas que sí aparecen en el presupuesto, como el brazo de suspensión, la rótula y la biela de dirección, que perfectamente se podrían mostrar, por lo que ponemos en duda que dichas piezas fuesen realmente sustituidas y, por tanto, la necesidad de alineado de dirección y, por consiguiente, el importe total de la mano de obra.*

*3-Por ultimo, está fuera de toda lógica que, dicho lo anterior, el presupuesto de daños esté emitido con fecha 05/03/2004, cuando se supone que el coche debería estar reparado, dado que por los daños que se reclaman, no podría circular.*

### 3-OTRAS CUESTIONES DE INTERES

*Cuando se nos aclaren las dudas planteadas nos podríamos pronunciar con respecto de la reclamación”.*



**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 consta 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 en la persona del hijo del reclamante, conductor del vehículo, que ratifica lo alegado por su padre.

**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, comunicándole a tal efecto los reparos advertidos por el Parque Móvil.

**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, conforme con el presupuesto aportado, solicitando la prueba testifical del representante del taller emisor del mismo, para que lo ratifique; además, se remite a lo que expresó la Guardia Civil en su diligencia de inspección ocular de la llanta y la rueda que les fueron mostradas en su día, añadiendo que no fue requerido por dicha autoridad para que les mostrara las demás piezas por las que se reclama, ni es requisito indispensable hacerlo para presentar la denuncia.

**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.

**DECIMOCUARTO.-** Dicha propuesta fue sometida al Consejo Jurídico, que en el Dictamen 148/09, de 26 de agosto, expresó, entre otras consideraciones, lo siguiente:

*“El supuesto planteado es análogo al que fue objeto de nuestro Dictamen 94/08, de 14 de mayo (presencia en la carretera de calzados 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 expedito.*

*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”.*

**DECIMOQUINTO.-** El 22 de septiembre de 2009, el servicio competente de la Dirección General de Carreteras informa que ya no se dispone de los partes de salida o de incidencias relativos a las fechas en que se produjo el accidente. Añade que *“no obstante, por ser la carretera de la que se trata, que en aquellas fechas tenía la clasificación de Vía Rápida, la Brigada de*

*Conservación de Cartagena vigilaba o actuaba, según la necesidad, como norma general todos los viernes en esta carretera, por la importancia de la misma, ya sea reparando señales, balizamiento o para detectar y solucionar cualquier anomalía que pudiera aparecer en la calzada. Y además, y también como norma general y antes de cualquier periodo de vacaciones, como es el caso, se realizaba esta misma actuación para dejar la vía en buenas condiciones de circulación. Por otra parte, y dado que la ubicación del cuartel de la Guardia Civil está situado en la salida de Cabo de Palos, cuando se ha presentado alguna anomalía en la carretera han colaborado comunicando su existencia, por lo que la carretera suele estar bastante vigilada”.*

**DECIMOSEXTO.-** Otorgado al reclamante un nuevo trámite de audiencia y vista del expediente, no consta que compareciese ni formulase alegaciones.

**DECIMOSÉPTIMO.-** El 2 de noviembre de 2009 se formula propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación; en síntesis, por considerar, de acuerdo con los informe emitidos por la Dirección General de Carreteras, que en el caso no hubo infracción del estándar del deber de vigilancia exigible, por lo que no existió un anormal funcionamiento de los servicios públicos regionales competentes.

**DECIMOCTAVO.-** En la fecha y por el órgano citados en el encabezamiento del presente se solicitó el preceptivo Dictamen de este Consejo Jurídico, acompañando el expediente y su extracto e índice reglamentarios.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

**PRIMERA.- Carácter del Dictamen.**

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, al versar sobre una propuesta de resolución de un procedimiento de responsabilidad patrimonial tramitado por la Administración regional, concurriendo con ello el supuesto previsto en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia.

**SEGUNDA.- Legitimación 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 la de la presentación de la reclamación, según se desprende de los Antecedentes.

III. En cuanto al procedimiento, del examen de las actuaciones obrantes en el expediente remitido se desprende que se ha seguido, en lo sustancial, lo establecido al respecto en la LPAC y reglamentos de desarrollo en la materia, sin perjuicio de señalar la paralización del mismo en algunas de sus fases.

**TERCERA.- Relación de causalidad entre el funcionamiento de los servicios públicos regionales y los daños por los que se reclama indemnización: existencia.**

I. De los artículos 139.1 y 141.1 LPAC se desprende que la Administración debe responder por los daños y perjuicios causados a los particulares con ocasión del funcionamiento de los servicios públicos, siempre que se trate de daños que el particular no tenga el deber jurídico de soportar (en cuyo caso se habla de “*lesión*”, en sentido estricto) y que, por ello, son indemnizables. A pesar de que el tenor literal del citado artículo 139.1 se refiere exclusivamente al “*funcionamiento*” de los servicios públicos, la doctrina y la jurisprudencia vienen admitiendo que a tal supuesto debe añadirse el de las lesiones causadas por el “*no funcionamiento*” de los servicios públicos, esto es, por omisión administrativa, cuando el dañado tuviera el derecho a que la Administración actuase positivamente para, en la medida de lo posible, prevenir y evitar el daño.

A partir de este planteamiento, 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 en cuestión, 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 un anormal funcionamiento de los servicios públicos competentes.

En lo que atañe específicamente a supuestos de presencia de obstáculos en la calzada, la STSJ de Murcia, Sala de lo Contencioso- Administrativo de Murcia, de 20 de noviembre de 2009 realiza una adecuada síntesis de la doctrina jurisprudencial al respecto:

*“La citada doctrina, contenida entre otras en las sentencias del Tribunal Supremo que se citan en la apelada, parte de que el presupuesto necesario en estos casos es que el funcionamiento del servicio público opere, de forma mediata, como un nexo causal eficiente. Por tanto, se habrá de examinar en el caso no sólo el contenido de las obligaciones explícita o implícitamente impuestas a la Administración competente por las normas reguladoras del servicio, sino que también ha de realizarse una valoración del rendimiento exigible en función del principio de eficacia que impone la Constitución a la actuación administrativa. (Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de octubre de 1997, entre otras). Y corresponde al reclamante, cuando de este tipo de daños se trata, acreditar los hechos determinantes de la existencia, de la antijuridicidad, del alcance y de la valoración económica de la lesión, así como del sustrato fáctico de la relación de causalidad que permita la imputación de la responsabilidad a la Administración. Y ésta, como titular del servicio, ha de probar la incidencia, como causa eficiente, de la acción de terceros, salvo que se trate de hechos notorios, y, en el caso de ser controvertidos, la acreditación de las circunstancias de hecho que definan el estándar de rendimiento ofrecido por el servicio público para evitar las situaciones de riesgo de lesión patrimonial a los usuarios del servicio derivadas de la acción de terceros y para reparar los efectos dañosos”.*

II. A este último fin iba dirigida la actuación instructora indicada en nuestro Dictamen nº 148/09, para este concreto procedimiento, resultado de lo cual, como se desprende del Antecedente Decimoquinto, la Dirección General de Carreteras informó que ya no disponía de los partes de salida e incidencias acreditativos de las inspecciones realizadas en dicha carretera en las fechas del accidente, indicando no obstante que se suele realizar una inspección semanal (los viernes) e incidiendo, tal y como había señalado en su primer informe, en la cercanía a dicho lugar (a 1 km. aproximadamente) del cuartel de la Guardia Civil de Cabo de Palos, para sugerir con ello que el obstáculo en cuestión no debió haber estado en la calzada mucho tiempo antes del accidente, pues en tal caso tales autoridades lo habrían advertido y avisado para su retirada. En ello se ampara la propuesta de resolución para postular la desestimación de la reclamación.

Sin embargo, no puede compartirse tal conclusión, por las siguientes razones:

a) En lo que se refiere a la manifestación del servicio competente sobre la realización de inspecciones semanales, y sin necesidad de valorar ahora la adecuación de este proceder al estándar de rendimiento exigible al respecto, la reconocida ausencia de los partes de salida e incidencias de tales fechas, que son el instrumento utilizado para documentar tal actividad, no permite tener por acreditado que tal inspección se realizara en las fechas del accidente.

b) En lo que se refiere a la cercanía al lugar de los hechos del cuartel de la Guardia Civil de Cabo de Palos, existe una circunstancia en el expediente que permite dudar fundadamente de que, por tal motivo, dicha autoridad hubiera advertido el obstáculo y avisado para su retirada, de no ser porque su presencia en la calzada fue inmediatamente anterior al accidente, como pretende sugerir la Administración. Partiendo de que el accidente se produjo sobre las 20 horas del 31 diciembre de 2003 (hechos que, acertadamente, no cuestiona la propuesta, a la vista de la señalada fecha y la documentada llamada telefónica realizada poco después ese día por el hijo del reclamante al cuartel de la Guardia Civil de Cartagena para denunciar el accidente), resulta que, según diligencia extendida por la Guardia Civil de Cartagena el 20 de enero de 2004 (ante la que el reclamante compareció después para denunciar personalmente el hecho, f. 46 exp.), en esta última fecha, es decir, veinte días después del accidente, personada dicha autoridad en el lugar en cuestión, comprueba que el denunciado bloque de hormigón (grande) aún permanece allí, en la mediana de la carretera, debajo de la valla de ésta, presentando daños dicho bloque. Quiere decirse que, frente a lo alegado por la Dirección General de Carreteras, en este caso la cercanía del citado cuartel no sirvió para que, veinte días después del suceso, se retirase dicho bloque, siendo un elemento que, aún en la mediana de la carretera, es ajeno al servicio y representa un riesgo para la seguridad del tráfico.

Ello implica que, al menos por lo que hace a este caso, la alegada cercanía del cuartel no puede considerarse un indicio lo suficientemente concluyente como para llevar a la convicción de la inmediatez en la aparición del obstáculo respecto del accidente en cuestión, como pretende la Administración. Por el contrario, en el caso planteado debe apreciarse un anormal funcionamiento de los servicios de vigilancia de carreteras de titularidad regional, en tanto no se ha acreditado que la Administración regional haya obrado conforme con el estándar exigible al respecto (admitiendo a tal fin, a efectos puramente dialécticos, que el estándar pudiera ser, en el caso, el de la inspección semanal de la vía, como informa la Administración), pues consta que el obstáculo de referencia no se había retirado aún transcurridos veinte días desde el accidente, lo que no se explica si en las fechas en cuestión se hubieran realizado inspecciones semanales, como alega aquélla.

**CUARTA.- Los daños indemnizables.**

Por lo que se refiere a los daños que deben ser resarcidos, del informe emitido por el Parque Móvil, reseñado en el Antecedente Séptimo, se desprende que se suscitan dudas acerca de los que deben ser indemnizables y de su importe.

Como hemos apuntado anteriormente, el hecho de que no exista atestado o informe policial que reflejara en su momento el accidente no obsta para que, a la vista de otras circunstancias concurrentes, pueda concluirse en la existencia del mismo. Ahora bien, en lo tocante a la determinación de los daños producidos, la ausencia de atestado justifica que se actúe con especiales cautelas, no siendo en este caso concluyente la aportación de un presupuesto, debiendo otorgarse mayor relevancia a la presentación del neumático y llanta dañados ante la Guardia Civil en la comparecencia realizada por el reclamante en enero de 2004. A la vista de lo ya informado por el Parque Móvil, y ante la ausencia de mayores justificaciones por parte del interesado, no obstante habérselas requerido, procede indemnizar las indicadas partidas en la cantidad que dicho Parque Móvil establezca como adecuada, en atención a la clase de vehículo en cuestión, a cuyo efecto debe solicitársele el oportuno informe. No procede indemnizar las demás partidas reclamadas, por no haberse acreditado los correspondientes daños, no siendo admisible en este punto las alegaciones del reclamante, pues del citado informe del Parque Móvil se desprende que no había un serio obstáculo para que las piezas en cuestión pudieran haber sido mostradas a la Guardia Civil en la citada comparecencia, lo que no se hizo, constituyendo ello una carga del interesado para intentar demostrar la realidad de los daños a reclamar.

La cuantía indemnizatoria resultante deberá actualizarse conforme con lo establecido en el artículo 141.3 LPAC.

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

**CONCLUSIONES**

**PRIMERA.-** Existe la necesaria y adecuada relación de causalidad entre el funcionamiento de los servicios públicos regionales y los daños por los que se reclama indemnización, por las razones expresadas en la Consideración Tercera del presente Dictamen, sin perjuicio de lo expresado en su Consideración Cuarta sobre el alcance de los daños indemnizables, a cuyos criterios deberá ajustarse la indemnización a reconocer al interesado.

**SEGUNDA.**- En consecuencia, la propuesta de resolución objeto de Dictamen, desestimatoria de la reclamación, se informa desfavorablemente.

No obstante, V.E. resolverá.





---

**DICTAMEN 78/2010**

**Asunto** Revisión de oficio del acto administrativo por el que se concede plaza en la Universidad de Murcia, para cursar los estudios del primer curso de Grado en Enfermería, a x.

**Consultante** Consejero de Universidades, Empresa e Investigación

**Fecha** 19/04/2010

**Extracto de Doctrina**

Nota: igual doctrina que la expresada en el Dictamen 104/2010.



**DICTAMEN 79/2010**

**Asunto** Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hijo, debida a accidente escolar.

**Consultante** Consejero de Educación, Formación y Empleo

**Fecha** 21/04/2010

**Extracto de Doctrina**

Nota: igual doctrina que la expresada en el Dictamen 1/2010.



**DICTAMEN 80/2010**

**Asunto** 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

**Fecha** 21/04/2010

**Extracto de Doctrina**

Nota: igual doctrina que la expresada en el Dictamen 53/2010.



## DICTAMEN 81/2010

<b>Asunto</b>	Responsabilidad Patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.
<b>Consultante</b>	Consejero de Educación, Formación y Empleo
<b>Fecha</b>	21/04/2010

### Extracto de Doctrina

El daño sufrido ha de ser reputado como antijurídico, porque no existe un deber jurídico por parte de la afectada de soportarlo, de acuerdo con el principio de indemnidad a favor de los empleados públicos por aquellos daños y perjuicios que puedan sufrir en su persona, o en sus bienes, por el desempeño de funciones o tareas, al que nos hemos referido en numerosos Dictámenes.

### ANTECEDENTES

**PRIMERO.-** Con fecha 26 de enero de 2009 se registra de entrada el escrito de reclamación de responsabilidad patrimonial presentado por x., profesora en el Instituto de Enseñanza Secundaria (IES) “Monte Miravete” de Torreagüera, por los daños ocasionados al vehículo de su propiedad (Citroën, modelo C3, matrícula “—”) el 19 anterior, cuando se encontraba estacionado en el aparcamiento del citado Instituto, relatando lo siguiente:

*“Que el pasado 19 de enero de 2009, siendo las 12:20 horas, al disponerse a coger el vehículo del aparcamiento del Centro para dirigirse a su domicilio, una vez terminada su jornada laboral, observó que unos alumnos estaban jugando al fútbol durante el recreo en la pista deportiva.*

*Que mientras jugaban al balón sobrepasó la valla, golpeando el coche y provocando una abolladura en el portón del maletero del mismo.*

*Estos hechos fueron presenciados por la también profesora del Centro x..”*

Solicita que se le indemnice con la cantidad de 323,64 euros, debidamente actualizada, acompañando un presupuesto de la empresa x., servicio oficial de Citroen, de 20 de enero de 2009, por el importe reclamado, adjuntando posteriormente la factura por el mismo importe.

Con la reclamación también se acompaña el informe del Director del IES sobre el accidente escolar, de 21 de enero de 2009, que lo describe del mismo modo que la reclamante.

**SEGUNDO.-** Mediante resolución de 9 de marzo de 2009, el Secretario General de la Consejería de Educación, Formación y Empleo resuelve admitir a trámite la reclamación de responsabilidad patrimonial y nombrar instructor del procedimiento, siendo notificada a la reclamante el 20 del mismo mes, según el acuse de recibo que obra en el expediente.

**TERCERO.-** Recabado el informe del Director del IES “Monte Miravete” de Torreagüera, sobre las circunstancias que concurrieron, es evacuado el 17 de marzo de 2009 en el siguiente sentido:

*“-Que el aparcamiento que dispone el Centro donde se encontraba aparcado el turismo de la profesora x. es de uso exclusivo para profesores y personal P.A.S. del Instituto.*

*-Que dicho aparcamiento está situado inmediato a la pista polideportiva del patio inferior del IES y cuenta con una valla de cinco metros de altura aproximadamente.*

*-Que no ha sucedido hasta ahora suceso similar comunicado a este Equipo Directivo.*

*-Que las circunstancias que ocurrieron fueron las siguientes como ya describimos en informe de daños en su poder:*

*"Estando jugando al fútbol durante el recreo en la pista deportiva, resultando que mientras jugaban, el balón sobrepasó la valla de la pista golpeando el coche de la profesora x. provocando una abolladura en el portón trasero del mismo".*

*-Que dicho accidente tuvo carácter fortuito pues no hubo intencionalidad alguna en producir daño alguno."*

**CUARTO.-** El órgano instructor del procedimiento solicitó informe a la Unidad Técnica de Centros Educativos de la Consejería consultante mediante comunicación interior de 22 de julio de 2009, sobre la altura de la valla de separación, si estaba correctamente colocada y si reunía las características adecuadas al fin perseguido, siendo evacuado finalmente por la citada Unidad Técnica el 27 de octubre del mismo año con el siguiente contenido:

*"En esta visita se aprecia que la valla que posee el centro en este punto, es una valla de simple torsión, en algunos puntos reforzada y que en su momento fue ampliada en altura.*

*Consideramos que está correctamente colocada y es adecuada al fin propuesto".*

**QUINTO.-** Por escrito de 3 de noviembre de 2009, se otorga un nuevo trámite de audiencia a la reclamante para la presentación de alegaciones, al mismo tiempo que se le requiere para que aporte la siguiente documentación:

- Documento Nacional de Identidad.
- Permiso de circulación del vehículo siniestrado.
- Permiso de conducción.
- Condiciones generales y particulares de la póliza del contrato de seguro del vehículo siniestrado, así como del último recibo pagado.

El 16 de noviembre siguiente comparece la reclamante para aportar la documentación exigida, manifestando estar de acuerdo con los antecedentes e informes obrantes en el expediente, según el acta de comparecencia (folio 26).

**SEXTO.-** A petición del órgano instructor, se emite informe el 30 de noviembre de 2009 por el Jefe de Taller del Parque Móvil Regional, dependiente de la Dirección General de Patrimonio, en el que señala que existe relación de causalidad entre los hechos y los daños alegados y que los conceptos que se detallan en la factura que se acompaña se ajustan, aproximadamente, a los precios reales de mercado.

**SÉPTIMO.-** La propuesta de resolución, de 3 de diciembre de 2009, estima la reclamación de responsabilidad patrimonial, por cuanto el daño ha sido ocasionado por un alumno del centro escolar, que se encontraba jugando al fútbol en la pista deportiva, en horario del recreo; el balón sobrepasó la valla de protección e impactó sobre el vehículo, según presenciaron la reclamante y otra profesora, produciendo unos daños que aquella no está obligada a soportar, sin que sirva de circunstancia exoneradora la existencia de una valla en adecuadas condiciones para su finalidad.

**OCTAVO.-** Con fecha 14 de diciembre 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 de reclamación y procedimiento.**

1. La reclamación se ha interpuesto por quien goza de legitimación activa para ello, la titular del vehículo dañado por la actuación administrativa, a la que se imputa el daño por el que se solicita indemnización.

La condición de profesora de la perjudicada suscita la cuestión de la aplicación a los empleados públicos del instituto de la responsabilidad. En Dictámenes anteriores de este Consejo Jurídico, como los números 75/1999 y 99/2006, se ha recogido la doctrina del Consejo de Estado y la jurisprudencia del Tribunal Supremo que sostiene que no es admisible excluir del concepto de “*particulares*” a que se refiere el artículo 139 de la Ley 30/1992, de 26 noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), a los funcionarios que reclamen indemnización a título de responsabilidad patrimonial de la Administración; derecho indemnizatorio proveniente, en primera instancia, del reconocimiento realizado en el artículo 106 de la Constitución acerca de la responsabilidad patrimonial de la Administración pública. Ello no obsta para señalar, asimismo, que la relación especial de sujeción que une al funcionario reclamante puede influir, en ocasiones, en la apreciación de la concurrencia de los requisitos generales configuradores de dicha institución necesarios para admitir el resarcimiento por este concreto título jurídico o causa de pedir, y ello tanto en lo que atañe a la adecuada relación de causalidad entre el daño y el funcionamiento del servicio público como, especialmente, al requisito relativo al deber jurídico de soportar dicho daño. Por otra parte, dicho título de resarcimiento opera en un plano distinto al específico relativo a las indemnizaciones a funcionarios por razón del servicio, por tener cada uno de ellos un fundamento y un alcance distinto, así como un régimen jurídico propio.

La legitimación pasiva la ostenta la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, al tratarse de unos daños imputados al funcionamiento del servicio público regional de educación en el que se integra el IES 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.

2. En cuanto al cumplimiento del plazo para su ejercicio, la acción se ha ejercitado dentro del año desde el hecho que motiva la indemnización, según preceptúa el artículo 142.5 LPAC.

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

Del sistema común de responsabilidad patrimonial que instaura la LPAC, se desprende el derecho de los particulares a ser indemnizados por la Administración correspondiente de toda lesión que sufran en cualesquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, que el daño sea real, efectivo, evaluable económicamente en relación con una persona o grupo de personas, y que no tengan el deber jurídico de soportarlo de acuerdo con ley.

Del análisis del expediente que nos ocupa se deriva la existencia de un daño efectivo (abolladura en el maletero del vehículo), que se acredita con la factura aportada por la interesada, y que asciende a la cantidad de 324,64 euros.

Por otra parte, el daño sufrido ha de ser reputado como antijurídico, porque no existe un deber jurídico por parte de la afectada de soportarlo, de acuerdo con el principio de indemnidad a favor de los empleados públicos por aquellos daños y perjuicios que puedan sufrir en su persona, o en sus bienes, por el desempeño de funciones o tareas, al que nos hemos referido en numerosos Dictámenes; singularmente, en lo que atañe a los daños sufridos por el profesorado en el desempeño de sus funciones docentes, este Consejo Jurídico ha sintetizado su doctrina en el Dictamen 175/2009, a cuyas consideraciones se remite.

Sentado lo anterior, cabe ahora analizar si concurre la necesaria relación de causalidad entre el evento dañoso y la actuación administrativa. Pues bien, el examen de los hechos que sirven de base a la presente reclamación permite apreciar la existencia de un título de imputación al servicio público educativo para declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración. En efecto, en el presente caso el suceso se produjo durante las horas lectivas, mientras los alumnos



se encuentran bajo la dependencia del centro escolar y vigilancia de los profesores en el horario del recreo, en ejercicio de las actividades escolares propias del mismo. De otra parte, se ha comprobado que el lanzamiento del balón procedió del alumno del IES, mientras jugaba al fútbol en la pista polideportiva.

Además, el alumno causante del daño no puede ser considerado como un tercero, ejercitándose 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, por lo que basta que exista relación de causalidad entre el daño alegado y el funcionamiento del servicio público docente.

En suma, las circunstancias que concurren en el supuesto determinan el nacimiento de la responsabilidad patrimonial de la Administración regional, desde el momento en que concurren todos los elementos necesarios para ello. Así, ha quedado acreditado en el expediente un daño o perjuicio patrimonial efectivo, individualizado en la reclamante y que ha derivado del funcionamiento del servicio público docente, dado que se produjo en el transcurso de las actividades escolares propias del mismo.

Sobre asuntos similares al presente, este Órgano Consultivo alcanzó la misma conclusión, entre otros, en sus Dictámenes 29/2007 y 175/2009.

#### **CUARTA.- La cuantía de la indemnización.**

Verificado por el Parque Móvil Regional el importe de los daños reclamados, de acuerdo con la factura correspondiente y con la descripción de los hechos que realiza la reclamante y corrobora la Dirección del IES, no hay reparo que formular en este extremo. La cantidad de 324,64 euros habrá de ser actualizada conforme con lo establecido en el artículo 141.3 LPAC, como recoge la parte dispositiva de la propuesta de resolución.

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

## **CONCLUSIONES**

**PRIMERA.**- Se dictamina favorablemente la propuesta de resolución sometida a consulta, al concurrir los requisitos determinantes de la responsabilidad patrimonial.

**SEGUNDA.**- No obstante, la instructora deberá dirigirse a la Compañía aseguradora de la interesada para comprobar que no ha sido resarcida de los daños reclamados.

No obstante, V.E. resolverá.



**DICTAMEN 82/2010**

**Asunto** Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hijo, debida a accidente escolar.

**Consultante** Consejero de Educación, Formación y Empleo

**Fecha** 21/04/2010

**Extracto de Doctrina**

Nota: igual doctrina que la expresada en el Dictamen 1/2010.



## DICTAMEN 83/2010

<b>Asunto</b>	Proyecto de Orden por la que se establecen los criterios para calificar de modalidad o especialidad deportiva a una determinada actividad, así como el procedimiento para su reconocimiento en el ámbito de la CARM.
<b>Consultante</b>	Consejero de Cultura y Turismo
<b>Fecha</b>	28/04/2010

### 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”.

Ya desde los primeros Dictámenes de este Consejo Jurídico se indicó que el adverbio “específicamente” reclama “fijación precisa que así lo distinga y apartarse de generalizaciones, en cuanto la atribución específica es la excepción de la regla general que confiere originariamente al Consejo de Gobierno la potestad reglamentaria” (por todos, Dictamen 17/1998).

Lo expuesto tiene relevancia respecto a la actividad normativa que el Consejero puede llevar a cabo en ejercicio de la citada habilitación, pues ésta tiene una doble dimensión: una positiva, en tanto que permite el desempeño de la potestad reglamentaria, que fuera del ámbito doméstico de su Departamento es meramente derivada y no originaria; y otra negativa, en tanto que límite material del contenido normativo.

### ANTECEDENTES

**PRIMERO.-** El 15 de septiembre de 2009, la Dirección General de Deportes, de la Consejería de Cultura y Turismo, elabora un primer borrador de Orden por la que se establecen los criterios y condiciones necesarios para calificar de modalidad deportiva o especialidad deportiva a una determinada actividad, así como el procedimiento para su reconocimiento en el ámbito de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.

El texto se acompaña de la siguiente documentación:

- Memoria justificativa de la oportunidad de la futura norma, que expone el marco jurídico en que se inserta la nueva norma y los motivos que la hacen oportuna y necesaria.

- Estudio sobre la incidencia económica de la futura Orden, según el cual su promulgación no tendrá efecto alguno sobre los gastos e ingresos de la Comunidad Autónoma ni incidirá *“en ninguna variable económica relevante para la economía de la Región”*.

- Informe sobre el impacto por razón de género de las medidas que se establecen en el borrador de Orden, que concluye afirmando que *“la promulgación de la norma tendrá una incidencia muy positiva en la consecución del objetivo perseguido de eliminar las desigualdades entre hombres y mujeres y conseguir la efectiva igualdad entre ambos”*.

- Propuesta que el Director General de Deportes eleva al Consejero de Cultura y Turismo, para la aprobación del texto como Orden.

- Informe sobre el sometimiento del borrador al trámite de audiencia, que se ha llevado a efecto a través de las federaciones deportivas. Se ha consultado, asimismo, con los Ayuntamientos de la Región y con el resto de Consejerías de la Comunidad Autónoma. Únicamente han presentado sugerencias algunas de estas últimas, centradas en la técnica normativa, mediante los correspondientes informes de sus respectivos Servicios Jurídicos, que se incorporan al expediente.

Se razona, asimismo, la entrada en vigor inmediata, sin *vacatio*, de la nueva norma, por la urgencia derivada de la existencia de tres solicitudes de reconocimiento de modalidades deportivas que no podrán ser tramitadas hasta tanto aquélla entre en vigor.

Se acompaña a dicho informe la relación de Federaciones Deportivas a las que se ha dado traslado del borrador normativo. No consta, sin embargo, documentación acreditativa de la efectiva recepción de la comunicación por dichas entidades.

**SEGUNDO.-** Consta en el expediente la certificación expedida por el Secretario del Consejo Asesor Regional del Deporte de la Región de Murcia, acreditativa del informe favorable de dicho órgano al Proyecto sometido a consulta.

**TERCERO.-** Sometido el Proyecto al preceptivo informe del Servicio Jurídico de la Consejería de Cultura y Turismo, se emite el 15 de diciembre de 2009, formulando observaciones de índole procedimental y de técnica normativa, así como atinentes a la titularidad y límites de la potestad reglamentaria de Consejeros y Directores Generales.

**CUARTO.-** Como consecuencia de las observaciones formuladas por el Servicio Jurídico de la Consejería proponente, se incorpora al expediente un nuevo estudio sobre la incidencia económica de la promulgación de la futura Orden y se redacta un nuevo texto que, en copia autorizada por la Secretaria General de la indicada Consejería, constituye el objeto del presente Dictamen.

En tal estado de tramitación y tras incorporar el preceptivo índice de documentos, se remite el expediente en solicitud de Dictamen, mediante escrito recibido en el Consejo Jurídico el pasado 1 de febrero de 2010.

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 se dicta en desarrollo de una Ley de la Asamblea Regional, concretamente del artículo 41 de la Ley 2/2000, de 12 de julio, del Deporte de la Región de Murcia (LDRM), concurriendo así uno de 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 y contenido.**

I. Como en ocasiones anteriores ha indicado este Consejo Jurídico (por todos, Dictamen 203/2008), 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.

Consecuencia de lo expuesto sobre el procedimiento para la elaboración del Proyecto de Orden, son las siguientes observaciones:

a) De conformidad con el artículo 53.1 de la Ley 6/2004, la memoria que justifique la oportunidad de la norma debe incluir la motivación técnica y jurídica, con el grado de detalle suficiente que requiera el caso, de las concretas determinaciones normativas propuestas, lo que no cabe apreciar que efectúe el documento que, en las páginas 10 y siguientes del expediente, pretende cumplimentar esta exigencia, toda vez que se limita a justificar la procedencia de dictar la norma en su conjunto, sin detenerse en el análisis concreto de las prescripciones que contiene, siquiera de las esenciales o de mayor trascendencia.

Es de resaltar, además, que los términos de la habilitación reglamentaria que posibilita al Consejero de Cultura y Turismo dictar la futura norma habrían exigido una mayor diligencia en la exposición de los motivos que amparan las concretas determinaciones normativas propuestas, cuando el artículo 41 LDRM establece que la fijación de los criterios y condiciones necesarios para calificar de modalidad o especialidad deportiva a una determinada actividad y la determinación de las especialidades que integren una modalidad deportiva, habrá de realizarse “*en coordinación con lo establecido a nivel nacional e internacional*”. Nada se contiene en el expediente acerca de cuáles son los criterios imperantes en tales ámbitos para reconocer las modalidades deportivas ni sobre qué especialidades existen en el seno de cada modalidad, ni siquiera una genérica alusión a la toma en consideración de aquéllos al definir los propios.

Del mismo modo, cabe destacar que no se ha motivado qué concretas sugerencias y observaciones de las efectuadas durante la elaboración de la futura norma se han admitido y cuáles han sido rechazadas en el texto definitivo del Proyecto de Orden, salvo la relativa a la inmediata entrada en vigor tras su publicación.

b) En el expediente remitido al Consejo Jurídico no constan los acuses de recibo de las comunicaciones efectuadas a las federaciones deportivas de la Región de Murcia, por las que se les da traslado del texto con ocasión del trámite de audiencia, documentación que debe incorporarse al expediente con anterioridad a la aprobación de la Orden.

No obstante, la presencia de representantes de las federaciones deportivas de la Región en la composición del Consejo Asesor Regional del Deporte, que emitió informe durante la elaboración de la futura norma, y la propia naturaleza de aquéllas, como entes de base asociativa de carácter voluntario (STC 67/1985) que no tienen atribuida por Ley la representación de intereses de carácter general o corporativo (STS, Sala 3ª, de 23 de marzo de 1988), permiten considerar que, en rigor, la audiencia concedida a los entes federativos no tendría carácter preceptivo (SSTS, Sala 3ª, de 9 de noviembre de 2005 y 12 de febrero de 2008, que niegan la preceptividad de dar audiencia a las Asociaciones de carácter voluntario). En cualquier caso, cabe valorar positivamente la consulta efectuada a las federaciones en la medida en que agrupan a todos los sectores (clubes, deportistas, jueces, técnicos y árbitros) del deporte regional y supone una mayor garantía tanto para los derechos e intereses de tales estamentos como para el acierto de la disposición.

Por otra parte, se aprecia una contradicción entre la memoria justificativa de la oportunidad de la norma (folios 10 y siguientes del expediente), que afirma expresamente que el texto se remitió a los Ayuntamientos de la Región para que pudieran formular alegaciones y sugerencias, y el informe que de forma específica versa sobre el trámite de audiencia concedido, que guarda silencio acerca de la consulta a las Corporaciones Locales. Comoquiera que la parte expositiva de la norma, en el párrafo que precede inmediatamente a la fórmula promulgatoria, no cita a los Ayuntamientos como destinatarios del trámite de audiencia concedido en la tramitación del Proyecto, cabe considerar que éstos no han sido consultados, lo que no incide en la validez de la norma, toda vez que la participación local directa no cabe considerarla preceptiva, atendida la regulación propuesta y la integración de dos vocales en representación de la Federación Murciana de Municipios en el seno del Consejo Asesor Regional del Deporte, calificado expresamente de "*instrumento de participación ciudadana en la configuración y desarrollo de la política deportiva*" (art. 1.1, Decreto 120/2002, de 4 de octubre, por el que se regula el indicado órgano).

En todo caso, debe recordarse a la Consejería consultante la necesidad de que los documentos que integran los expedientes administrativos reflejen la realidad de lo actuado, evitando errores como el manifestado e incorporando toda la documentación generada durante la tramitación de la norma.

c) El informe sobre el impacto económico de la futura norma, que exige el artículo 53 de la Ley 6/2004, conforme a reiterada doctrina de este Consejo Jurídico, ya expuesta por el Servicio Jurídico de la Consejería proponente, lo que excusa su reproducción ahora, en tanto que diferente del previsto por la Disposición adicional del Texto Refundido de la Ley de Hacienda de la Región de Murcia, aprobado por Decreto Legislativo 1/1999, de 2 de diciembre (TRLH), no debe limitarse a la



mera afirmación de la ausencia de incidencia presupuestaria. Ello dota al referido informe de una especial dificultad en su elaboración, máxime en una norma como la sometida a consulta, que no contiene medidas que de forma inmediata y concreta tengan una traducción en términos económicos, por lo que no parece acertado encargar su elaboración a un asesor de apoyo jurídico.

d) La consulta al Consejo Jurídico no se ha acompañado del preceptivo extracto de secretaría, exigido por el artículo 46.2, b) de su Reglamento de Organización y Funcionamiento, aprobado por Decreto 15/1998, de 2 de abril.

II. El contenido del Proyecto de Orden se estructura en una parte expositiva, ocho artículos y una Disposición transitoria, una derogatoria y una final.

### **TERCERA.- Habilitación legal y competencia.**

#### I. Competencia material ejercitada y escenario normativo.

La Constitución Española (CE), en su artículo 43.3, impone a los poderes públicos el deber de fomentar la educación sanitaria, la educación física y el deporte. Asimismo facilitarán la adecuada utilización del ocio. No existe en el texto constitucional una expresa reserva competencial en la materia a favor del Estado, siendo los Estatutos de Autonomía los que, al amparo del artículo 148.1.19ª CE, han venido efectuando atribuciones explícitas a las diversas Comunidades Autónomas (el artículo 10. Uno, 17 del Estatuto de Autonomía para la Región de Murcia (EAMU) atribuye a la Comunidad Autónoma competencia exclusiva en materia de "*promoción del deporte y de la adecuada utilización del ocio*").

Ello no obstante, la natural limitación territorial del ejercicio de las competencias regionales, la realidad fáctica y social que alumbra la existencia de fenómenos deportivos de dimensión supraautonómica (estatal o internacional), la necesidad de establecer una coordinación o una gestión afectante a intereses que son propios del deporte español en su conjunto, y la incidencia sobre el deporte de diversos títulos competenciales (educación, investigación, sanidad y legislación mercantil), avalan la actuación estatal en la materia, como el propio Tribunal Constitucional ha venido a sancionar en diversas ocasiones.

Fruto de esta atípica atribución competencial al Estado es la Ley 10/1990, de 17 de octubre, del Deporte (en adelante LD). Su Disposición adicional segunda declara como básicos determinados preceptos de la Ley en materia de enseñanza escolar y de deportistas de alto nivel,

al tiempo que la Disposición adicional cuarta.<sup>1</sup> otorga naturaleza básica al Título IX de la Ley, en materia de prevención de la violencia en los espectáculos deportivos. El resto de la Ley será de aplicación general en todo el territorio nacional, salvo determinados preceptos en materia de clubes deportivos e instalaciones deportivas, que únicamente tendrán eficacia en tanto no exista regulación específica de las Comunidades Autónomas (Disposición adicional primera y cuarta.<sup>2</sup>).

Es evidente que la eficacia de una norma queda esencialmente delimitada por la competencia en virtud de la cual se dicta, por lo que la manifestación legal expresa de aplicación general en todo el territorio nacional no puede ser entendida sino con el límite de las competencias autonómicas en la materia. En consecuencia, a excepción de los preceptos declarados básicos, el resto de la LD no condiciona o limita la potestad normativa autonómica en materia de deporte, cuyo fundamento se encuentra en la específica atribución competencial estatutaria.

Las previsiones estatutarias tienen una primera manifestación en la Ley regional 4/1993, de 16 de julio, del Deporte de la Región de Murcia, que fue derogada por la vigente LDRM. Ésta en su artículo 3, letra f), señala como una línea general de actuación en la materia, el fomento de las modalidades deportivas tradicionales; el artículo 5, letra i) atribuye al Consejero competente en materia de deportes la aprobación de los criterios y condiciones para el reconocimiento de nuevas modalidades y especialidades deportivas, mientras el reconocimiento de la existencia de modalidades y especialidades deportivas se deja al Director General de Deportes (art. 6, letra c).

El artículo 41 LDRM, en consonancia con lo establecido en su artículo 5, letra i), dispone que “la Consejería competente en materia de deportes, en coordinación con lo establecido a nivel nacional e internacional, determinará los criterios y condiciones necesarios para calificar de modalidad o especialidad deportiva una determinada actividad, y las especialidades que habrán de considerarse como integrantes de una misma modalidad deportiva. Asimismo, podrá revocar la calificación de modalidad o especialidad deportiva a las actividades que no cumplan los requisitos que motivaron su reconocimiento”.

El artículo 42.1, letra a) LDRM configura la existencia de una modalidad deportiva oficialmente reconocida como uno de los criterios, “*que será objeto de desarrollo reglamentario*”, a considerar para constituir una federación deportiva.

La Disposición cuarta de la indicada Ley regional (si bien la LDRM, con defectuosa técnica, no distingue los tipos de disposición que integran su parte final, cabe considerar que la que se alude es una disposición adicional y así se cita en adelante en este Dictamen) reconoce

oficialmente las modalidades deportivas de las federaciones deportivas de la Región de Murcia que estuvieran inscritas en el Registro de Clubes y Asociaciones Deportivas de la Región de Murcia (hoy Registro de Entidades Deportivas de la Región de Murcia) a la entrada en vigor de dicha Ley.

Su Disposición (final) segunda faculta al Consejo de Gobierno para dictar las disposiciones necesarias para el desarrollo de la presente Ley.

## II. La habilitación legal específica y el alcance de la potestad reglamentaria del Consejero.

El rigor con el que este Consejo Jurídico comprueba, en todo proyecto de desarrollo reglamentario que se somete a su consideración, la existencia de la debida conexión con el texto legal habilitante, de modo que en cualquier caso quede garantizado que su contenido se está desarrollando dentro de los límites de la facultad reglamentaria conferida por la ley, debe extremarse en este supuesto, pues el destinatario de la habilitación legal no es el depositario de la potestad reglamentaria originaria, el Consejo de Gobierno, sino el Consejero competente en materia de deportes.

Esta circunstancia tiene evidentes repercusiones en el alcance de la regulación reglamentaria que, al amparo de la referida habilitación, puede dictarse. 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”*.

Ya desde los primeros Dictámenes de este Consejo Jurídico se indicó que el adverbio “específicamente” reclama *“fijación precisa que así lo distinga y apartarse de generalizaciones, en cuanto la atribución específica es la excepción de la regla general que confiere originariamente al Consejo de Gobierno la potestad reglamentaria”* (por todos, Dictamen 17/1998).

En el supuesto sometido a consulta, es cierto que existe una habilitación legal (art. 41 LDRM) para ejercer la potestad reglamentaria sobre los siguientes extremos: a) determinar los

criterios y condiciones necesarios para calificar de modalidad o especialidad deportiva una determinada actividad; y b) determinar las especialidades que habrán de considerarse como integrantes de una misma modalidad deportiva.

El otro aspecto contenido en el precepto legal, a saber, revocar la calificación de modalidad o especialidad deportiva a las actividades que no cumplan los requisitos que motivaron su reconocimiento, no tiene naturaleza reglamentaria sino meramente ejecutiva, pues el ejercicio de esa potestad genera un acto administrativo *stricto sensu* y no una norma jurídica.

Lo expuesto tiene relevancia respecto a la actividad normativa que el Consejero puede llevar a cabo en ejercicio de la citada habilitación, pues ésta tiene una doble dimensión: una positiva, en tanto que permite el desempeño de la potestad reglamentaria, que fuera del ámbito doméstico de su Departamento es meramente derivada y no originaria; y otra negativa, en tanto que límite material del contenido normativo.

En efecto, el Proyecto de Orden debe ajustarse de manera rigurosa y estricta a los términos de la habilitación, y ésta únicamente posibilita el ejercicio de la potestad reglamentaria en los extremos indicados, por lo que cualquier previsión normativa que no pueda ser reconducida a ellos debe calificarse como un exceso en la habilitación y, en consecuencia, habrá de ser suprimida del Proyecto. Tal es el caso de las siguientes:

1) El procedimiento para el reconocimiento de modalidades y especialidades deportivas contemplado en el artículo 7 del Proyecto.

La referencia legal a los criterios y condiciones necesarios para calificar de modalidad o especialidad una determinada actividad alude a un concepto material de aquéllos, no al *iter* formal que ha de seguirse para efectuar tal calificación. De hecho, así se advierte en el título mismo de la futura Orden, que claramente distingue criterios y procedimiento.

En cualquier caso, a la luz de la regulación proyectada, cabe advertir que se pretende someter tal calificación al procedimiento tipo establecido en los artículos 68 y siguientes de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), por lo que no parece necesario su regulación específica en la futura Orden, dada la aplicabilidad de tales normas básicas en defecto de un procedimiento específico.

Tampoco es preciso que el Proyecto atribuya al Director General de Deportes la competencia para acordar la calificación, dada la previsión expresa que en tal sentido contiene el artículo 6, letra c) LDRM.

Por su parte, el informe del Consejo Asesor Regional del Deporte de la Región de Murcia, está previsto en la regulación propia del indicado órgano consultivo (Decreto 120/2002, de 4 de octubre), al establecer como función del mismo la de evacuar los informes y consultas que en materia de deportes le sean solicitados o requeridos por la Dirección General de Deportes (art. 6.1, letra f), si bien no gozaría del carácter preceptivo que pretende conferirle el Proyecto.

No es necesario indicar de manera expresa el carácter no vinculante del informe, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 83.1 LPAC.

Procede, en consecuencia, suprimir las normas procedimentales que contiene el Proyecto por exceder de la habilitación concedida al Consejero consultante por la LDRM, lo cual, en la práctica, no alterará el procedimiento a seguir para la calificación o reconocimiento, pues el proyectado coincide con el establecido con carácter básico.

2) La obligación de las Federaciones Deportivas de solicitar el reconocimiento oficial de las especialidades deportivas que realmente tengan implantación en la Región de Murcia y que cumplan los requisitos para ello (art. 7.3 del Proyecto).

La simple lectura del precepto revela que, extralimitándose de la habilitación legal contenida en el artículo 41 LDRM, no persigue fijar un criterio, condición, circunstancia o requisito cuya concurrencia permita calificar una actividad como modalidad o especialidad deportiva, sino que su finalidad es claramente obligacional, pues impone a las federaciones un deber, una verdadera obligación de hacer, no contemplada en la Ley ni en el resto de las normas reguladoras de su específico régimen.

3) La obligación de adaptar los estatutos federativos para incorporar las especialidades deportivas reconocidas (Disposición transitoria única).

La Disposición transitoria única del Proyecto pretende obligar a las Federaciones a adaptar sus estatutos al contenido de la futura Orden, *“incluyendo las especialidades deportivas expresamente reconocidas en virtud del procedimiento previsto en esta Orden”*. Esta previsión tampoco tendría cabida en los estrechos límites de la habilitación legal que posibilita el dictado de

la Orden, pues no se establece criterio alguno para el reconocimiento de una especialidad deportiva, sino más bien, una consecuencia de tal calificación oficial. Cabría, entonces, considerarla como consustancial al indicado reconocimiento, si no fuera porque la normativa reguladora de las federaciones deportivas (art. 11.2, letra a, Decreto 220/2006) no prevé como contenido necesario de los estatutos federativos tal extremo, sino tan sólo el de la modalidad deportiva correspondiente.

En consecuencia, si las Federaciones se ven obligadas a modificar sus estatutos para incluir las especialidades que integren la modalidad, se está calificando este extremo como contenido necesario de los estatutos federativos, lo que produce de facto y por una norma con rango de Orden, una modificación del artículo 11.2 del Decreto 220/2006, en franca vulneración del principio de jerarquía normativa.

#### **CUARTA.- Observaciones particulares al texto.**

##### I. A la parte expositiva.

Debería incorporarse una mención tanto al artículo 43 de la Constitución, que insta a los poderes públicos al fomento del deporte, como al 10.Uno,17 del Estatuto de Autonomía de la Región de Murcia, en tanto que fundamento de la competencia material en la que se inserta el objeto del Proyecto.

De conformidad con las Directrices de Técnica Normativa aprobadas por Acuerdo del Consejo de Ministros de 22 de julio de 2005 (Directriz 80), la primera cita de una norma, tanto en la parte expositiva como en la dispositiva, debe hacerse completa, es decir, con expresión de tipo, número y año, fecha y nombre, lo que no se hace en relación a la LD, lo que debe ser corregido.

Esta observación se hace extensiva a otras citas incompletas de disposiciones, como las contenidas en el artículo 3.1, letra f) del Proyecto, relativas a la Ley Orgánica reguladora del Derecho de Asociación y a la LDRM.

##### II. A la parte dispositiva.

- Artículo 1. Objeto.

De conformidad con lo expresado en la Consideración Tercera, el Proyecto no debe contener una regulación del procedimiento para el reconocimiento de modalidades y especialidades deportivas, por exceder dicho extremo de la habilitación normativa efectuada por el artículo 41 LDRM, lo que debe reflejarse en el objeto de la norma, suprimiendo en el artículo 1 del Proyecto toda referencia al procedimiento. Así mismo debería actuarse respecto del título del Proyecto.

- Artículo 2. Carácter de modalidad deportiva.

a) De conformidad con las Directrices de Técnica Normativa, las definiciones necesarias para una mejor comprensión de los términos empleados por la norma, deben figurar en sus primeros artículos, tras el objeto (Directrices 17 y 19).

Por ello, una ordenación del contenido del texto propuesto más adecuada a tales directrices sería incorporar al artículo 2, como un apartado nuevo, la definición de especialidad deportiva, ahora incardinada en el artículo 4 del Proyecto y sustituir el epígrafe del indicado artículo 2 por “definiciones”.

Ello obligaría a adaptar la numeración de los artículos del Proyecto. No obstante, en las consideraciones que siguen, se continúa utilizando la del texto sometido a consulta.

b) La remisión interna al artículo 4, debe hacerse al artículo 3 del Proyecto.

c) Para definir el concepto de modalidad deportiva, el Proyecto alude como último elemento de tal descripción a que sea autorizada expresamente por resolución del Departamento competente en materia de Deportes.

No debe confundirse la técnica autorizatoria con el reconocimiento o calificación de una actividad como modalidad deportiva. La autorización administrativa constituye un acto de voluntad, que produce como principal efecto jurídico la declaración del derecho del particular a desarrollar una determinada actividad. Esa voluntad de la Administración, además, se identifica con la legalidad y el interés público que se intenta salvaguardar mediante la regulación sectorial de la actividad en que se inserta el trámite autorizatorio, razón por la cual la autorización se constituye en condición de validez del comportamiento, de forma que la autorización es, pues, la llave de la actividad, en la medida en que, sin su previa obtención, la actuación está prohibida, ha de ser clausurada o impedida y sancionada.

Es evidente que tales notas no son predicables de la actuación administrativa consistente en el reconocimiento o calificación de la actividad como modalidad deportiva. Ésta se configura más bien como una actividad de intervención administrativa de inferior intensidad a la autorización, pues la actividad en sí no queda prohibida por el mero hecho de no estar reconocida como tal modalidad, siendo libre su práctica. Con la calificación o reconocimiento de la modalidad, en realidad, la Administración juzga que se dan las circunstancias que permiten una cierta juridificación y publicación de la actividad deportiva de que se trate, anudándole determinadas consecuencias jurídicas, la principal de las cuales es la posibilidad de constituir una nueva federación deportiva.

A esta virtualidad del reconocimiento de una actividad como modalidad deportiva es a lo que parece referirse el último inciso del precepto cuando, con desafortunada redacción, afirma que modalidad deportiva es *“la regulación jurídica de una aplicación concreta del deporte que establece el desarrollo reglamentario y organizativo de la actividad que se configura en torno a ella”*. Como se ha dicho, la modalidad deportiva es la traducción al derecho de una determinada actividad que cumple los criterios y condiciones que pretende establecer el Proyecto sometido a consulta, siendo inexacto que establezca por sí misma el desarrollo reglamentario y organizativo correspondiente, los cuales se llevarán a efecto por los órganos competentes para ello mediante las oportunas disposiciones reguladoras de la práctica de la actividad deportiva y la constitución de la oportuna federación.

En consecuencia, debe eliminarse la referencia a la técnica autorizatoria en la definición de modalidad deportiva (observación que cabe hacer extensiva a los artículos 4 y 5.1, letras a) y c) del Proyecto en referencia a la especialidad deportiva) y modificar, en el sentido expuesto, el último inciso del precepto. Inciso éste que parece tener una función explicativa o aclaratoria del significado y virtualidad del reconocimiento de una actividad como modalidad deportiva, por lo que quizás encontrara su ubicación más adecuada en la parte expositiva de la futura norma.

- Artículo 3. Criterios para la calificación oficial de modalidad deportiva.

a) Debe eliminarse la numeración (1) del primer párrafo, pues no hay un apartado 2.

b) En la letra a) podría sustituirse el término “surja” por “sea compatible”.



c) El apartado c) responde al principio de exclusividad, según el cual, habrá una sola federación por modalidad deportiva. Por ello, si la actividad cuyo reconocimiento se pretende -como paso previo a la constitución de una nueva federación- se enmarca como especialidad, disciplina o prueba en la modalidad correspondiente a una federación ya existente, su calificación como modalidad y ulterior reconocimiento de la nueva federación sólo será posible mediante la escisión o segregación de aquélla.

El procedimiento para la constitución de federaciones deportivas mediante segregación de otras preexistentes se contiene en el Decreto 220/2006, que exige informe de la federación de la que vaya a segregarse (art. 4.1, letra e), justificación de la necesidad de segregación y de la existencia de modalidad deportiva diferenciada de aquélla sobre la que despliega su actividad la federación de origen. Ésta emitirá informe preceptivo acerca de la existencia o no de diferencia entre ambas modalidades deportivas (art. 5.1, letra c).

La previsión de este procedimiento de segregación en el Decreto regulador de las federaciones deportivas y la concepción de la existencia de una modalidad deportiva diferenciada como requisito para la constitución de uno de tales entes, aconsejan que la Orden consultada se limite a efectuar una mera remisión a dicho procedimiento, en el curso de cuya instrucción se determinará la existencia o no de una modalidad deportiva diferenciada. Para ello, bastaría con suprimir la exigencia de que “expresamente así se acuerde por Asamblea de la misma”.

d) En el apartado e) debería excepcionarse el caso de los deportes autóctonos o tradicionales, respecto de los cuales difícilmente se podrá encontrar algún referente asociativo en el ámbito nacional o internacional.

e) En el apartado h) debería suprimirse la precisión de que la práctica habitual de la actividad se justifique mediante la memoria anual de actividades. Y es que no todas las entidades habilitadas para promover el reconocimiento como modalidad deportiva de una actividad vienen obligadas por su régimen jurídico particular a elaborar y aprobar una memoria anual, ya que si así se les exige a los clubes deportivos y entidades de promoción y recreación deportiva (art. 22.3, letra c) del Decreto 221/2006, de 27 de octubre, que los regula), no ocurre lo mismo con las asociaciones.

Por ello, debería limitarse el Proyecto a exigir que se justifique adecuadamente la práctica de la actividad, omitiendo la referencia a la memoria anual.

- Artículo 4. Carácter de especialidad deportiva.

Debe revisarse la remisión al artículo 6 del Proyecto, ya que parece querer reenviarse al artículo 5.

- Artículo 5. Criterios para la calificación oficial de especialidad deportiva.

a) El contenido del apartado d) no es un criterio o condición determinante del reconocimiento de una especialidad deportiva, pues se limita a afirmar la posibilidad de que dichas especialidades puedan tener asociadas determinadas pruebas. Parece evidente que si se afirma que pueden tenerlas o no, dicha circunstancia será irrelevante en la determinación de si procede la calificación como especialidad. Como, por otra parte, la previsión de que las especialidades deportivas puedan tener pruebas asociadas se contiene ya en la definición de especialidad que realiza el artículo 4 del Proyecto, puede suprimirse el apartado objeto de consideración.

b) En el apartado g) habría de precisarse si el número de deportistas viene referido al total de los clubes, como se prevé en la regulación del reconocimiento de modalidades deportivas (artículo 3.1, letra f) del Proyecto) o a cada uno de ellos.

- Artículo 6. Catálogo de modalidades y especialidades.

a) El precepto regula el denominado catálogo de modalidades y especialidades deportivas, caracterizándolo como la relación oficial de modalidades y especialidades reconocidas por la Administración, cuya actualización, con periodicidad anual, se asigna al Director General de Deportes.

En cualquier caso, la escueta regulación que se hace del mismo en el Proyecto no permite caracterizarlo más que como un mero instrumento de gestión interna sobre qué actividades han obtenido un reconocimiento oficial, pues no deja de ser un simple listado de modalidades y especialidades, respecto del que no se establece qué información (promotores, fecha de reconocimiento, federación, etc.) ha de constar en él, ni si ha de ser objeto de publicación puntual o periódica, ni si la inclusión en el catálogo tiene efecto jurídico alguno, distinto o adicional al del reconocimiento. Por ello, y en la medida en que la regulación propuesta del catálogo no permite descubrir que haya de producir efectos *ad extra*, su regulación quedaría amparada por la potestad reglamentaria doméstica del Consejero consultante.

b) El apartado 1 declara reconocidas todas las modalidades deportivas correspondientes a las federaciones inscritas en el Registro de Entidades Deportivas de la Región de Murcia, en virtud de la previsión contenida en la Disposición adicional cuarta LDRM, según la cual, “*se reconocen oficialmente las modalidades deportivas de las federaciones deportivas de la Región de Murcia inscritas en el Registro (...) a la entrada en vigor de la presente Ley*”. Comoquiera que la Ley entró en vigor el 18 de agosto de 2000, las únicas modalidades que cabe considerar reconocidas *ex lege* son las correspondientes a las federaciones que a dicha fecha estaban constituidas e inscritas en el indicado Registro, pero no aquellas otras que se hubieran constituido con posterioridad a dicha data.

Ello no quiere decir que no pueda establecerse en la futura Orden el reconocimiento automático de las modalidades correspondientes a las federaciones existentes al momento de entrar en vigor la Orden -lo que no dejaría de constituir un criterio para la calificación de una actividad como modalidad deportiva, ejercitando así la habilitación normativa conferida por el artículo 41 LDRM-; pero no cabe afirmar que ello se hace en virtud o de acuerdo con lo establecido en la Disposición adicional cuarta de la Ley.

- Artículo 8. Revocación del reconocimiento de modalidades deportivas o especialidades deportivas.

a) Debe sustituirse la expresión “resolución del Departamento”, por la más precisa “Orden de la Consejería”, en virtud de lo establecido por el artículo 41 *in fine* LDRM.

b) Las remisiones internas a los artículos 4 y 6, deben realizarse a los artículos 3 y 5 del Proyecto.

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

### **CONCLUSIONES**

**PRIMERA.**- El Consejero de Cultura y Turismo se encuentra habilitado para aprobar el Proyecto como Orden, sin perjuicio de las observaciones hechas en la Consideración Tercera, II, de este Dictamen, relativas al artículo 7 y a la Disposición transitoria, que tienen carácter de consideración esencial.

**SEGUNDA.**- Revisten carácter esencial, asimismo, las observaciones efectuadas en relación con la aparente confusión entre reconocimiento y autorización advertidas en los artículos 2, 4 y 5.1 del Proyecto, y la relativa a los efectos de la Disposición adicional cuarta LDRM en relación con el artículo 6 del texto sometido a consulta.

**TERCERA.**- El resto de sugerencias y observaciones, de incorporarse al texto contribuirían a su mayor perfección técnica y mejor inserción en el ordenamiento.

No obstante, V.E. resolverá.



**DICTAMEN 84/2010**

**Asunto** Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hijo, debida a accidente escolar.

**Consultante** Consejero de Educación, Formación y Empleo

**Fecha** 28/04/2010

**Extracto de Doctrina**

Cabe apreciar una cierta deficiencia en el deber de vigilancia de los alumnos, al dejarlos solos su profesora durante un tiempo, en el que aprovecharon su ausencia para apartarse del buen orden que debe regir en el aula y realizar juegos o peleas (no queda claro en el expediente), que provocaron el daño en cuestión. Independientemente de otras consideraciones, en casos como el presente, en que el profesor ha de abandonar el aula, debe procurar ser sustituido temporalmente por otra persona, que ha de ser la responsable del cuidado y vigilancia de los alumnos.

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** Mediante oficio de 4 de junio de 2009, la Directora del colegio público “*Ciudad de la Paz*”, de El Palmar, remite a la Consejería de Educación y Cultura un escrito de x., dirigido a aquélla, de reclamación de daños y perjuicios por las lesiones sufridas por su hijo x. el 4 de noviembre de 2008 en el citado centro escolar. En la citada reclamación alega lo siguiente sobre el accidente sufrido por su hijo: *"Se encontraba en clase, realizando unos juegos, cuando otro compañero le puso el pie y x., al caer al suelo, sufrió rotura parcial de las dos paletas superiores"*. Solicita una indemnización de 220 euros, por gastos de reparación dental.

A su escrito de reclamación adjunta una factura de una clínica dental, por el referido importe, y fotocopia del Libro de Familia.

Junto con dicha documentación, la citada Directora remite un informe suyo, de 4 de noviembre de 2008, en el que reseña el accidente, indicando lo siguiente: *"dos niños persiguiéndose y uno de ellos se cae, rompiéndose las dos paletas"*.

**SEGUNDO.-** En fecha 18 de junio de 2009 la instructora requirió a la reclamante para que presentara fotocopia compulsada completa del Libro de Familia, lo que ésta cumplimentó posteriormente.

**TERCERO.-** El 8 de julio de 2009, el Secretario General de la Consejería de Educación, Formación y Empleo dictó resolución admitiendo a trámite la reclamación de responsabilidad patrimonial, siendo ello notificado a la interesada.

**CUARTO.-** Solicitado informe al centro escolar, su Directora lo emitió el 16 de septiembre de 2009, expresando lo siguiente:

*"Un grupo reducido de alumnos, seis niños, de 4ºA solicitan a su tutora quedarse un rato del recreo en el aula para adelantar un trabajo en equipo. La maestra acepta y los acompaña en el aula, sólo abandona la clase para ir al baño.*

*En este momento, dos niños dejan de trabajar y, jugando, uno de ellos le pone la zancadilla al otro, con la mala suerte de caer, rompiéndose las dos paletas superiores.*

*La tutora llega al aula, tras ver lo ocurrido, calma al niño, buscando con los compañeros los trozos partidos del diente. Rápidamente los mete en leche pensando que éstos se pueden unir al diente.*

*Consideramos ha sido un incidente fortuito, no encontrando ningún desperfecto en el suelo del aula."*

**QUINTO.-** El 24 de septiembre siguiente la instructora solicita nuevo informe, de aclaración sobre la fecha del accidente y si en el momento del mismo se encontraba presente la tutora del grupo o cualquier otro profesor.

Mediante informe de 2 de octubre de 2009, la citada Directora manifiesta lo siguiente:

*"Fecha del incidente: 4 de noviembre de 2008.*

*Personas presentes: La maestra tutora del grupo de 4º de primaria al que pertenecía el niño, x., estuvo atendiendo a un grupo de alumnos que le habían solicitado realizar un trabajo en grupo en la hora del recreo. Sólo abandona la clase para ir al aseo, momento en que se produjo el incidente".*

**SEXTO.-** Otorgado a la interesada un trámite de audiencia y vista del expediente, no consta su comparecencia ni la presentación de alegaciones.

**SÉPTIMO.-** El 13 de noviembre de 2009 se formula propuesta de resolución, estimatoria de la reclamación, por considerar, en síntesis, y de acuerdo con previos dictámenes de este Consejo Jurídico y del Consejo de Estado sobre casos análogos, que existió una cierta deficiencia en el deber de vigilancia de los alumnos.

**OCTAVO.-** En la fecha y por el órgano indicado en el encabezamiento del presente, se solicitó el preceptivo Dictamen de este Consejo Jurídico, acompañando el expediente y su extracto e índice reglamentarios.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

**PRIMERA.-** Carácter del Dictamen.

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

**SEGUNDA.-** Legitimación, plazo de la reclamación y procedimiento.

I. La reclamante, al sufrir los perjuicios económicos (gastos devengados por la atención prestada en la sanidad privada a su hijo) imputados a la actuación administrativa, está legitimada para ejercitar la acción de reclamación.

La legitimación pasiva de la Administración regional deriva del hecho de dirigirse contra la misma la presente reclamación, por ser de titularidad pública regional el servicio o actividad educativa con ocasión de la cual se produce el accidente.

II. 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).

III. La tramitación realizada se ajusta, en lo sustancial, a lo establecido en la LPAC y su reglamentación de desarrollo.

**TERCERA.- Relación de causalidad adecuada entre el funcionamiento de los servicios públicos regionales y los daños por los que se reclama. Existencia. Daños indemnizables.**

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), requiriéndose para declarar dicha responsabilidad, entre otros supuestos posibles y por lo que atañe al caso que nos ocupa, una infracción del deber de vigilancia del alumnado, con el nivel exigible a un buen padre de familia.

II. En el presente caso, debe compartirse lo expresado en la propuesta de resolución dictaminada, en el sentido de apreciar una cierta deficiencia en el deber de vigilancia de los alumnos, al dejarlos solos su profesora durante un tiempo, en el que aprovecharon su ausencia para apartarse del buen orden que debe regir en el aula y realizar juegos o peleas (no queda claro en el expediente), que provocaron el daño en cuestión. Independientemente de otras consideraciones, en casos como el presente, en que el profesor ha de abandonar el aula, debe



procurar ser sustituido temporalmente por otra persona, que ha de ser la responsable del cuidado y vigilancia de los alumnos.

Por lo demás, el supuesto es análogo al planteado en nuestro Dictamen nº 126/04, en el que señalamos lo siguiente: *“el alumno accidentado, de corta edad (10 años), sufrió un daño como consecuencia de una zancadilla, que se produce -según admite el Director del centro- como consecuencia de una pelea. Circunstancia que, además, se podría haber evitado con una adecuada vigilancia del profesor responsable, quien, al ausentarse de la pista, propició que se produjeran enfrentamientos como el mencionado, previsibles fácilmente, dada la edad de los alumnos. El profesor, con su presencia, habría podido imponer una cierta disciplina que hubiera evitado peleas y zancadillas; al no hacerlo, omitió el deber de todo maestro de velar por dichos aspectos de la conducta de los alumnos que se encuentren bajo su tutela (en este sentido, y para un supuesto similar, se pronunció este Órgano Consultivo en su Dictamen número 126/2003, de 23 de julio).”*

En consecuencia, procede declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración educativa, al acreditarse determinados daños, derivados del accidente en cuestión, por gastos de reparación dental, por un importe de 220 euros, cantidad que deberá ser actualizada conforme con lo establecido en el artículo 141.3 LPAC.

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

### **CONCLUSIÓN**

**ÚNICA.-** 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. En consecuencia, la propuesta de resolución, estimatoria de la reclamación, se informa favorablemente.

No obstante, V.E. resolverá.



## DICTAMEN 85/2010

**Asunto** Consulta Facultativa relativa a la conformidad a derecho de la valoración efectuada por los Servicios Municipales sobre el contrato adjudicado a la mercantil x, por el que el Ayuntamiento de San Javier adquirió unos terrenos para la construcción del nuevo Hospital Comarcal que, finalmente, no fueron destinados a dicho fin.

**Consultante** Ayuntamiento de San Javier

**Fecha** 28/04/2010

### Extracto de Doctrina

En ejercicio de la función consultiva, este Consejo Jurídico no puede sustituir la labor de otros profesionales cualificados para la tasación de los bienes inmuebles, circunscribiéndose, por consiguiente, al examen de la normativa de aplicación y a otras cuestiones jurídicas incidentales, inherentes a las funciones de este Órgano Consultivo.

### ANTECEDENTES

**PRIMERO.-** La presente consulta facultativa, al traer causa del expediente 193/07 de este Órgano Consultivo, objeto del Dictamen 47/2008, presupone conocer las siguientes actuaciones administrativas previas que integran aquél:

1. El Pleno del Ayuntamiento de San Javier, en su sesión de 27 de febrero de 2001, adjudicó a la mercantil --, S.A. el contrato titulado "*adquisición de un terreno destinado a la ubicación del nuevo Hospital Comarcal*" en la cantidad de 259.777.000 pesetas (1.561.291,21 euros), previa convocatoria de concurso y mediante procedimiento abierto. Se trata de un terreno ubicado en el término municipal de San Javier, partido de "La Calavera", de 7 hectáreas, 42 áreas y 22 centiáreas, inscrito en el Registro de la Propiedad número 1 de San Javier, libro 268, folio 31, finca 22.844, inscripción 5ª. Al advertirse un error en el citado acuerdo Plenario, se rectificó por ulterior acuerdo del mismo órgano de 24 de abril de 2001. La compraventa de los terrenos fue elevada a escritura pública el 20 de marzo de 2001, ante el Notario x., con su número de protocolo x, siendo financiada con una operación de préstamo con la x., y abonada a la mercantil --, S.A. el mismo día en que se formalizó la compraventa.

2. Una vez adquirido el nuevo terreno y puesto a disposición de la Administración regional, el 4 de marzo de 2005 se recibe por el Alcalde del Ayuntamiento de San Javier una comunicación procedente de la Consejería de Sanidad, señalando que los terrenos ofertados por el Ayuntamiento son insuficientes, porque se precisan 100.000 metros cuadrados como mínimo, tras el redimensionado al que se ha sometido el Hospital comarcal de Los Arcos, por el crecimiento poblacional de la zona de influencia, según un nuevo estudio realizado por aquel Departamento. En consecuencia, el Ayuntamiento realiza otra oferta de terrenos para ubicar el futuro Hospital del Mar Menor, sitios en el Partido de Pozo Aledo, paraje de Torre Octavio, de una cabida de 106.714 m<sup>2</sup> (inscritos en el Registro de San Javier Uno, libro 205, folio 249 vuelto, finca número 17.545), que es aceptada provisionalmente por la Consejería de Sanidad, según se infiere del escrito del Secretario General de aquella Consejería de 9 de mayo de 2005. Dicha cesión de terrenos fue aceptada de forma definitiva por el Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma, según Decreto 183/2006, de 22 de septiembre; el 26 de octubre de 2006, se suscribe el acta por la que el Alcalde entrega el terreno al Director General de Patrimonio, que lo recibe y toma posesión del mismo en nombre de la Administración regional.

3. Respecto a los terrenos adquiridos por el Ayuntamiento de San Javier en el año 2001, no destinados finalmente a la construcción del hospital comarcal, el Pleno municipal acordó el 22 de febrero de 2007 su enajenación, mediante procedimiento abierto y subasta, aprobando el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) que habría de regir la citada subasta. Se publica en el Boletín Oficial de la Región de Murcia (BORM en lo sucesivo) de 28 de abril de 2008, el anuncio de licitación de la venta, con un presupuesto base de 7.315.000 euros, al alza.

4. En representación de los liquidadores de la mercantil --, S.A. (anterior propietaria de los terrenos), x. presenta un escrito -registrado de entrada en el Ayuntamiento de San Javier el 30 de mayo de 2007-, en el que se insta la anulación del contrato de adquisición del terreno destinado a la ubicación del hospital comarcal, situado en el partido de la Calavera, t.m. de San Javier, cuya compraventa fue formalizada en escritura pública el 20 de marzo de 2001 ante el Notario x., con el número 514 de su protocolo. Después de señalar los hechos que considera oportunos, alega que el contrato es de naturaleza administrativa y que le son aplicables las causas de invalidez de los contratos de las Administraciones Públicas (arts. 61 y 62 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, TRLCAP), fundamentando su criterio en el artículo 5 TRLCAP, en el 112 del Real Decreto Legislativo 781/1996, de 18 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de disposiciones vigentes en materia de régimen local, así como en diversas resoluciones jurisprudenciales y Dictámenes del Consejo de Estado y de este Consejo Jurídico; desde este punto de vista atribuye

al contrato nulidad de pleno derecho por imposibilidad de su contenido (art. 62.1c de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, en relación con el 62 TRLCAP). Señala también que, al no destinarse los terrenos a hospital comarcal, tal como se contrató, se ha cumplido la condición resolutoria de la que las partes hicieron depender los efectos del contrato; atribuye también al contrato la pérdida de su causa, la provocación de un enriquecimiento injusto a favor del Ayuntamiento y desviación de poder. Finaliza solicitando que se declare la anulación del contrato y la restitución de prestaciones.

Adicionalmente solicita la suspensión cautelar del acuerdo de Pleno de 22 de febrero de 2007, que decidió la enajenación de los mencionados terrenos mediante procedimiento abierto y subasta ya que, de adjudicarse la enajenación durante el transcurso de este procedimiento, podría dar lugar a la aparición de un tercero hipotecario frustrando el objeto de la pretensión de nulidad.

5. A instancia del anterior escrito, el 13 de noviembre de 2007, el Pleno Municipal acordó iniciar el procedimiento de revisión de oficio del contrato de adquisición de terrenos adjudicado a la mercantil --, S.A., a efectos de determinar si concurren las causas de nulidad alegadas por los representantes de los liquidadores de la citada mercantil. De conformidad con las razones esgrimidas en el informe del Secretario de la Corporación Municipal de 8 de octubre de 2007, la Alcaldía propone desestimar la solicitud presentada, al considerar que no concurren las causas de nulidad previstas 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 en lo sucesivo).

**SEGUNDO.-** Recabado el Dictamen del Consejo Jurídico sobre en el citado procedimiento de revisión de oficio, es evacuado bajo el núm. 47/2008, alcanzando las siguientes Conclusiones:

**PRIMERA.-** *Procede estimar la pretensión de la interesada por concurrir la causa de nulidad de pleno derecho del artículo 62,1,c) LPAC, al ser la adjudicación de contenido imposible; y por concurrir también la causa de resolución del artículo 111, h) TRLCAP, al que se remite la Cláusula XVII del Pliego en relación con la XV, al haberse producido la causa resolutoria expresa según la cual "la adjudicación quedará condicionada a la aceptación de los terrenos por parte de la Consejería de Sanidad".*

**SEGUNDA.-** *La liquidación del contrato habrá de realizarse mediante posterior expediente contradictorio".*

En relación con el procedimiento de liquidación del contrato, la Consideración Sexta del Dictamen señala:

*“De acuerdo con los artículos 64 y 65 TRLCAP, la declaración de nulidad de la adjudicación, cuando sea firme, llevará en todo caso consigo la del mismo contrato, que entrará en fase de liquidación, debiendo restituirse las partes recíprocamente las cosas que hubiesen recibido en su virtud, y si esto no fuese posible se devolverá su valor. La parte que resulte culpable deberá indemnizar a la contraria de los daños y perjuicios que haya sufrido. También la resolución convencional implica la liquidación del contrato que, en el caso de originarse por una causa prevista en él, se regirá por las normas relativas a la causa legal con la que guarde analogía, a tenor todo ello de lo establecido en el artículo 112 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas; esta analogía sólo parece que pueda encontrarse con la resolución por mutuo acuerdo del artículo 111.c) TRLCAP, que no tiene una regla específica sobre la manera de ser aplicada, omisión que conduce a acudir a las normas supletorias del C.c., como más adelante se expone.*

*En todo caso, la liquidación supone que el Ayuntamiento debe restituir a la contratista en la propiedad de la finca y ésta debe restituir el importe recibido. La cuestión central que debe afrontarse entonces es determinar cuál de las partes contratantes debe soportar una posible diferencia de valor, cuestión que, dado el substrato civil del contrato, impone tener en cuenta las reglas del C.c. sobre el juego de la condición resolutoria, concretamente las resultantes de los artículos 1.123, párrafo segundo, y 1.122.5ª, disponiendo éste que las mejoras de la cosa, naturales o por obra del tiempo -a la que se puede asimilar el aumento de valor derivado de la nueva clasificación-, ceden a favor del acreedor; esta condición, respecto al precio, corresponde al Ayuntamiento.*

*Indica el informe de valoración del Arquitecto municipal que los terrenos, antes rústicos, figuran como urbanizables en el Avance del Planeamiento que se encuentra en tramitación, aspecto éste que ha sido ponderado para determinar el importe que el contratista habría de reintegrar, ponderación que, necesariamente, ha de partir de lo que establece el derecho positivo aplicable.*

*Para ello debe tenerse en cuenta que el avance del planeamiento, tal como se regula por el artículo 132 TRLS, sólo tendrá efectos administrativos internos preparatorios de la redacción del planeamiento definitivo, si bien es cierto que incorpora unas expectativas que deben ser objeto de valoración. Por otra parte, de acuerdo con la Disposición transitoria tercera de la Ley 8/2007, de 28*

*de mayo, de suelo, son aplicables los criterios de valoración de la Ley 6/1998, de 13 de abril, de Régimen de Suelo y Valoraciones, los cuales parten de señalar que la valoración ha de entenderse referida al momento de iniciación del procedimiento, que en este caso es el mes de mayo de 2007.*

*En este marco normativo, la valoración del terreno deberá determinarse en expediente contradictorio posterior.*

*Finalmente, debe tener en cuenta la Corporación los informes emitidos por la Interventora (8 de febrero de 2007) y el Secretario (9 de febrero de 2007), según los cuales la parcela objeto del presente procedimiento estaría integrada en el Patrimonio Municipal de Suelo y, por tanto, el importe percibido por el Ayuntamiento como consecuencia de la resolución contractual debe destinarse a los fines de interés social previstos por el artículo 198 TRLS”.*

**TERCERO.-** De conformidad con el precitado Dictamen 47/2008, el Pleno del Ayuntamiento de San Javier, en su sesión de 1 de agosto de 2008, acordó declarar la nulidad del acuerdo de adjudicación del contrato suscrito con la mercantil “--, S.A.”, adoptado por el mismo órgano municipal el 27 de febrero de 2001, sobre adquisición por parte del Ayuntamiento de terrenos en el partido La Calavera, por concurrir la causa de nulidad de pleno derecho prevista en el artículo 62.1,c) LPAC, al ser la adjudicación de contenido imposible (los terrenos adquiridos, de una superficie de 70.000 m2, aproximadamente, no pueden reunir la requerida por la Consejería de Sanidad de 100.000 m2), así como por concurrir también la causa de resolución prevista en el artículo 111,h) TRLCAP, al haberse producido la resolutoria expresa, según la cual “la adjudicación quedará condicionada a la aceptación de los terrenos por parte de la Consejería de Sanidad”. Declara también la nulidad del contrato de compraventa suscrito como consecuencia del anterior acuerdo de adjudicación.

Asimismo, se establece que la entrega del terreno queda diferida a un momento posterior, tras la resolución del expediente contradictorio de liquidación del contrato, que deberá tramitarse teniendo en cuenta los criterios establecidos en la Consideración Sexta del precitado Dictamen de este Consejo Jurídico.

**CUARTO.-** Con fecha 16 de noviembre de 2009 (registro de entrada), la Alcaldesa del Ayuntamiento de San Javier solicita Dictamen facultativo del Consejo Jurídico en los siguientes términos:

*“1ª) El Municipio de San Javier mantiene que la adecuación a derecho de la valoración de tasación actual de los terrenos asciende a la cantidad real de siete millones trescientos dieciséis mil ochocientos cuatro euros, con setenta y seis céntimos de euros (7.316.804,76 euros), conforme a las valoraciones unidas al expediente contradictorio incoado.*

*2ª) Conforme a lo ordenado en la precitada Providencia de Alcaldía de fecha 27 de octubre de 2008, procede ahora, y una vez efectuada dicha valoración, solicitar nuevo dictamen al Consejo Jurídico de la Región de Murcia, sobre la adecuación de dicha valoración municipal a los criterios sostenidos en el Dictamen 47/2008, ello conforme a lo dispuesto en el artículo 11 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia y en el artículo 43 del Decreto 15/1998, de 2 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo Jurídico de la Región de Murcia, referidos al Dictamen facultativo que puede ser solicitado por los Ayuntamientos de la Región, a través de sus Alcaldes, al Consejo Jurídico sobre cuantos asuntos les sean consultados (...).”*

Al oficio de consulta se acompaña el expediente instruido, integrado básicamente por las siguientes actuaciones:

1. Providencia de la Alcaldía, de 27 de octubre de 2008, por la que se inicia el expediente de liquidación y se solicita un informe valorativo actualizado de la finca objeto de restitución a los Servicios Técnicos Municipales (Doc. núm. 5).
2. Informe de valoración emitido por la empresa de peritación --, a instancia del Ayuntamiento de San Javier, de fecha 10 de septiembre de 2008 (Doc. núm. 4).
3. Informe técnico de valoración del Arquitecto Municipal, de 4 de marzo de 2009, idéntica a la efectuada en su informe anterior de octubre de 2006, que también adjunta como anexo (Doc. núm. 3).
4. Informe jurídico núm. 33/2009, emitido por el letrado municipal el 9 de marzo de 2009 (Doc. núm. 2).
5. Trámite de audiencia otorgado a los liquidadores de la mercantil --, S.A., y escrito de alegaciones presentado por x. en su representación, oponiéndose a la valoración realizada por los informes precitados, en tanto entiende que procede restituir la finca registral 22.844 a cambio del importe que se abonó por el Ayuntamiento en el año 2001, con los intereses legales correspondientes, por imperativo de los artículos 64 y 65 TRLCAP y 1.303 del Código Civil. También refuta la valoración como suelo urbanizable, al no encontrarse aprobada la Revisión del Plan General, debiendo ser considerados los

terrenos como suelo no urbanizable, en aplicación del artículo 26 de la Ley 6/1998, de 13 de abril, de Régimen del Suelo y Valoraciones (Doc. núm. 1).

A la vista de los referidos Antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

#### **PRIMERA.-Carácter del Dictamen y objeto de consulta.**

El presente Dictamen se emite con carácter facultativo, en virtud de la posibilidad prevista en el artículo 11 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia (en lo sucesivo LCJ), que faculta a los Alcaldes para recabar con tal carácter el parecer de este Órgano Consultivo, en cuantos asuntos sean consultados por los Ayuntamientos de la Región.

La presente consulta se circunscribe por parte del órgano consultante, a que este Consejo Jurídico dictamine sobre la adecuación de la valoración efectuada por los servicios técnicos municipales del Ayuntamiento de San Javier de los terrenos (finca registral núm. 22.844, en lo sucesivo) que el Ayuntamiento adquirió de la mercantil "--, S.A.", cuya adjudicación y consiguiente contrato de compraventa han sido declarados nulos por acuerdo Plenario del citado Ayuntamiento de 1 de agosto de 2008, a instancia de la acción ejercitada por los liquidadores de la citada mercantil el 30 de mayo de 2007. Específicamente, se consulta sobre si tales criterios valorativos de los servicios técnicos municipales se acomodan al Dictamen de este Órgano Consultivo núm. 47/2008, ya citado.

Sin embargo, la consulta no concreta qué dudas suscita la valoración efectuada, en contraste con los criterios generales esbozados en el Dictamen precitado, en la medida que pretende materializarlos, según se expone. De otra parte, en ejercicio de la función consultiva, este Consejo Jurídico no puede sustituir la labor de otros profesionales cualificados para la tasación de los bienes inmuebles, circunscribiéndose, por consiguiente, al examen de la normativa de aplicación y a otras cuestiones jurídicas incidentales, inherentes a las funciones de este Órgano Consultivo.

#### **SEGUNDA.- Los efectos de la invalidez y de la resolución contractual. La liquidación.**

1. Efectos de la declaración de invalidez y de la resolución del contrato suscrito con la mercantil --, S.A.



Siendo innecesario reiterar la naturaleza jurídica del contrato al que se refiere la liquidación (contrato administrativo especial), por las razones contenidas en nuestro Dictamen 47/2008 (Consideración Tercera), conviene centrarse en los efectos subsiguientes del acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de San Javier, de 1 de agosto de 2008, en los aspectos que guardan relación con el objeto de la consulta. En el referido acuerdo Plenario, se reconoce, de conformidad con nuestro Dictamen, la concurrencia en la adjudicación del contrato de compraventa suscrito con la mercantil una causa de nulidad de pleno derecho prevista en el artículo 62.1,c) LPAC, al considerarse la adjudicación de contenido imposible (los terrenos adquiridos no pueden reunir la superficie requerida por la Consejería competente en materia de sanidad de 100.000 m<sup>2</sup>), así como por concurrir también la causa de resolución prevista en el artículo 111,h) TRLCAP, al haberse producido la causa resolutoria prevista en el PCAP, según la cual “la adjudicación quedará condicionada a la aceptación de los terrenos por parte de la Consejería de Sanidad”. Declara también la nulidad del contrato de compraventa suscrito como consecuencia del acuerdo de adjudicación.

Conforme al artículo 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 virtud del mismo, y si esto no fuese posible, se devolverá su valor. Por tanto, la fase de liquidación tiene como finalidad la forma en que puede procederse a la restitución *in natura* de las prestaciones del contrato y, en defecto de la misma, el valor de las que no puedan ser objeto de restitución. En todo caso, la entrega dineraria que debe realizar la mercantil --, S.A. debe ser compensatoria del valor de los terrenos que la Administración debe restituir.

Del mismo modo, en la medida que se recoge por el Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de San Javier, de 1 de agosto de 2008, la causa de resolución contractual prevista en el artículo 111,h) TRLCAP (“*Aquellas que se establezcan expresamente en el contrato*”), concretamente la incluida en la cláusula XV del PCAP (“*la adjudicación quedará condicionada a la aceptación de los terrenos por parte de la Consejería de Sanidad*”) debe procederse, igualmente, por este motivo a la liquidación del contrato que, en caso de originarse por una causa prevista en él, se regirá por las normas relativas a la causa legal con la que guarde analogía, y en este caso, al no tener una regla específica sobre la manera de ser aplicada, debe acudir a las normas supletorias del Código Civil (artículo 7.1 TRLCAP), según se destacó en nuestro Dictamen 47/2008. A este respecto, un dato importante a tener en cuenta es que el incumplimiento de la condición a la que se supeditó la adjudicación, según la cláusula XV del PCAP, no es imputable a la Administración contratante

(Ayuntamiento de San Javier), sino que obedece al cambio de criterio sobre las necesidades sanitarias a cubrir por el nuevo centro hospitalario, derivadas de un nuevo estudio encargado por la Consejería competente en la materia, según se infiere del escrito remitido por la titular de aquel Departamento al Ayuntamiento de San Javier el 4 de marzo de 2005 (folio 38 del expediente 193/07). Es decir, el incumplimiento de la condición por la que se resuelve el contrato no es imputable, en ningún caso, a la Administración contratante, que puso a disposición de la competente en materia sanitaria los terrenos adquiridos, y que realizó los actos tendentes a su adecuada clasificación y calificación urbanística para el uso pretendido, según el documento aportado por la misma mercantil (folio 108 del expediente 193/07), que se corresponde con un informe de los servicios técnicos del Servicio Murciano de Salud titulado “Segundo informe sobre la parcela para el nuevo Hospital de Los Arcos”, evacuado el 9 de abril de 2003, que se transcribe en parte:

*“Una vez analizada la documentación aportada se observa que el Ayuntamiento de San Javier ha procedido a modificar de oficio el avance del planeamiento para ajustarlo a lo solicitado en el informe anterior, con el fin de adecuar las condiciones de la parcela a ceder al uso hospitalario, con los parámetros urbanísticos solicitados”.*

(...)

*Por otra parte, se justifican los accesos previstos a esa zona de expansión del municipio desde las redes principales de comunicación.”*

## 2. Sobre la liquidación propuesta.

Aun cuando el Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de San Javier, de 1 de agosto de 2008, a instancias de nuestro Dictamen 47/2008, advierta en la adjudicación del contrato de compraventa la concurrencia de una doble causa de invalidez y de resolución contractual, esta última al amparo de lo previsto en el artículo 111,h) TRLCAP, sin embargo, la liquidación del contrato no puede ir referida a ambas causas, pues suscita una contradicción en sus propios términos, en tanto la declaración de invalidez produce efectos *ex tunc* (carácter originario), como pretende la mercantil en relación con la restitución del precio originario abonado en su día por el Ayuntamiento de San Javier en el año 2001, sin tener en cuenta las mejoras ulteriores, frente a los efectos de la resolución contractual, que operan hacia el futuro, conservando los ya producidos.

Por ello, el Ayuntamiento ha de referir la liquidación a la causa de nulidad apreciada, cuyos efectos son más intensos que los derivados de la resolución contractual.

Sin embargo, el que la declaración de invalidez sea originaria, y que se pretenda volver a la situación existente en el momento en que ésta se produjo, no excluye que se deban respetar los efectos producidos del contrato de compraventa, como consecuencia de las circunstancias objetivas ajenas a dicha invalidez, que exigen su conservación.

En efecto, como consecuencia del contrato de compraventa de la finca núm. 22.844, formalizado en escritura pública el 20 de marzo de 2001, los terrenos se incorporaron al patrimonio municipal de suelo, previo pago por el Ayuntamiento a --, S.A. del precio estipulado en el concurso público convocado. A este respecto, los patrimonios públicos de suelo tienen como destino diferentes usos de interés social: construcción de viviendas sujetas a algún régimen de protección pública, ejecución de sistemas generales y dotaciones públicas, etc. Los bienes integrantes de este patrimonio (artículo 200 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de la Región de Murcia, aprobado por Decreto Legislativo 1/2005, de 10 de junio, TRLSRM) pueden ser cedidos a otras Administraciones para la ejecución de equipamientos públicos -lo que se pretendió con la finca citada, siendo finalmente insuficiente por su superficie- o enajenados por los procedimientos de adjudicación previstos en la legislación reguladora de bienes y contratos de las Administraciones -lo que se intentó en este caso mediante subasta-, condicionando el citado Texto Refundido el precio a pagar por el adjudicatario, al establecer que no puede ser inferior al que corresponda por aplicación de la legislación estatal sobre valoraciones.

Desde la adquisición de la finca registral núm. 22844 (año 2001) hasta la fecha en la que se instó la nulidad y la resolución contractual por el representante de los liquidadores de --, S.A. (mayo de 2007), han transcurrido más de 6 años, y, como destaca el letrado del Ayuntamiento de San Javier, cuyo informe se incorpora como motivación al oficio de consulta de la Alcaldía:

*“Notabilísimo incremento del valor experimentado por los terrenos a causa de las actuaciones urbanísticas posteriores a la compraventa, ejecutadas de manera absolutamente a derecho (...).”*

*Además de ello, es pública y notoria la mejora de la red de infraestructuras aledañas a los terrenos, que han incrementado notabilísimamente su valor en cuanto a la mejora de accesos (el terreno cuenta ahora con accesibilidad inmediata a pie de parcela), saneamientos, redes eléctricas, pavimentación y acerados”.*

Por tanto, los efectos contractuales de la compraventa se han consolidado durante esos años, aspecto que no puede ser ignorado en el presente caso, para que la liquidación no aboque a consecuencias injustas y contrarias al interés público. A favor de este reconocimiento de los efectos, interesa reproducir el siguiente razonamiento de la STS, Sala 3ª, de 5 de octubre de 1988, que recoge la doctrina de este Tribunal con cita de otros pronunciamientos judiciales:

*“no puede acarrear, como se pretende (...) y la carencia total de efectos, pues, como ha declarado reiteradas ocasiones este Tribunal (...) en primer lugar por no haberse denunciado la presunta nulidad hasta mucho tiempo después de concluido y entregado el proyecto (...) y en segundo lugar por oponerse a ello obstáculos jurídicos tan insalvables como el principio general de la buena fe exigido en el cumplimiento de los derechos, consagrado como norma general de aplicación a todo el ámbito de las relaciones jurídicas por el artículo 7 del Código Civil, y la doctrina del enriquecimiento injusto”.*

En el presente caso, ha de tenerse en cuenta que la causa advertida para la declaración de invalidez, no es, en modo alguno, imputable al Ayuntamiento, como ya se ha indicado, sino al redimensionamiento de las necesidades del Hospital del Mar Menor, derivado de nuevos estudios realizados por la Consejería competente, posteriores a la formalización del contrato de compraventa y a la puesta a disposición de la Administración regional de la finca 22.844 por parte de la Corporación Municipal. Por lo tanto, puede afirmarse que, conforme al artículo 1.115 del Código Civil, cuando el cumplimiento de la condición a la que se supeditó la adjudicación del contrato depende de la voluntad de un tercero, la obligación surtió todos sus efectos entre las partes contratantes; prueba de ello es la formalización del contrato de compraventa, ya indicada, a cambio del precio abonado por el citado Ayuntamiento (año 2001), que tuvo que solicitar un préstamo a tal fin. No cabe duda que a la conservación de tales efectos también ha contribuido en cierto modo la actuación de la mercantil, sin que consten actuaciones previas de la misma, dirigidas a la Administración contratante, tendentes a conocer las razones por las que no se iniciaban las obras del hospital en los terrenos en cuestión desde el año 2001, teniendo en cuenta su actividad profesional.

Precisamente, la diferencia de valor en la restitución de la finca por la Administración a la mercantil, resultado del procedimiento de liquidación, es una cuestión que también aborda el Dictamen 47/2008, señalando, por el sustrato civil del contrato de compraventa, que han de tenerse en cuenta las reglas del Código Civil sobre el juego de la condición resolutoria, concretamente las resultantes de los artículos 1.123, párrafo segundo, y 1.125,5ª, que suponen que las mejoras de los

terrenos por su naturaleza y el efecto del tiempo, como es evidente en este caso, ceden a favor del municipio. Precisamente, la suma a pagar debe ser el resultado del procedimiento de liquidación, cuyo importe debe proporcionar al Ayuntamiento el equivalente de la cosa que debe restituir.

Sostener, como pretenden los liquidadores de la mercantil según el escrito de alegaciones, que se proceda a la devolución de la finca, a cambio del precio primitivo abonado por la Administración en el año 2001, sin tener en cuenta las mejoras introducidas, fruto del tiempo y de la acción de los poderes públicos, en este caso el Ayuntamiento de San Javier, a quien no es imputable en modo alguno el incumplimiento de la condición a la que se subordinó (aceptación por la Consejería de Sanidad), implica ir en contra de los preceptos referidos del Código Civil y del equilibrio de las obligaciones recíprocas, pues llevaría aparejado un grave desequilibrio patrimonial entre las partes, con el consiguiente enriquecimiento injusto por parte de la anterior propietaria y un perjuicio grave para el interés público, cuya finalidad se encuentra en el sustrato de la contratación administrativa, tan sostenida por la mercantil en el ejercicio de la acción.

Más aún, implícitamente la mercantil viene a reconocer tales efectos consolidados a través de su representante, aunque intente justificarlo a efectos meramente dialécticos, cuando postula en el escrito de alegaciones que *“la valoración ha de entenderse referida al momento de la iniciación del procedimiento, que en este caso lo fue en el mes de mayo de 2007”*.

En consecuencia, la postura sostenida por el Ayuntamiento de San Javier, en cuanto a la inclusión en la valoración del precio de la finca a restituir las mejoras producidas, satisface el principio de justicia material, que subyace en los mismos supuestos en los que *mutatis mutandi*, pese a declararse la invalidez del contrato, la Administración está obligada a pagar al contratista la prestación realizada por éste, como medio para evitar el enriquecimiento sin causa que en otro caso se produciría (por todos, Dictamen 92/09 de este Consejo Jurídico).

Como recuerda el Dictamen 56/1997, del Consejo Consultivo de Castilla La Mancha: *“La jurisprudencia ante situaciones irregulares en la contratación administrativa y para hacer efectos los principios pacta sunt servanda, buena fe y equilibrio entre las prestaciones, ha acudido a la doctrina del enriquecimiento o empobrecimiento sin causa, que pasa a ser un verdadero mecanismo de cierre del sistema de contratación administrativa”*.

3. Sobre la necesidad de respetar la prohibición del enriquecimiento injusto o empobrecimiento sin causa en la restitución recíproca.

Conforme al Dictamen 6008/1997 del Consejo de Estado, ha de respetarse en la restitución recíproca el principio que prohíbe el enriquecimiento injusto. En el mismo sentido la jurisprudencia establece que ha de evitarse el enriquecimiento injusto de una parte a costa de la otra. Así se recoge por la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso Administrativo (Sección 4), de 11 de mayo de 2004:

*“La jurisprudencia del orden Contencioso-Administrativo, al menos, desde los años sesenta viene también admitiendo la aplicación de la figura del enriquecimiento injusto a determinados supuestos en el ámbito específico del derecho administrativo, especialmente proyectados, por su naturaleza revisora de la actuación administrativa, a las Administraciones Públicas (...).*

*El análisis de la referida jurisprudencia de esta Sala (...) admitiendo la figura en Derecho Administrativo y acogiendo los requisitos elaborados por la Sala 1ª de este Tribunal, denota una consideración del enriquecimiento injusto como principio general o como supraconcepto, que le otorga una cierta identidad y unidad, aunque ello no supone que se manifieste con una cierta autonomía y singularidad en su proyección a la Administración respecto a su actuación sujeta a Derecho Administrativo. Pero, en cualquier caso, son los requisitos establecidos por la jurisprudencia civil, acogidos expresamente por esta Sala, los que rigen y se aplican a los supuestos en los que la Administración o un particular, eventual o supuestamente empobrecido, exige la restitución del enriquecimiento injusto o sin causa de un administrado o de una Administración, en este caso de una Entidad Local”.*

Precisamente, la doctrina y la jurisprudencia suelen fundamentar en el principio prohibitivo del enriquecimiento injusto, o sin causa, los efectos nacidos de la relación fáctica de intereses subyacentes a un contrato declarado nulo, cuando éste ha sido totalmente ejecutado, siendo ejemplo de ellas las SSTS, Sala de lo Contencioso Administrativo, de 11 de mayo de 2004, ya citada, y de 18 de junio de 2004.

Por ello, no le falta razón al Letrado municipal, en su informe de 9 de marzo de 2009, cuando indica que de no tenerse en cuenta en los criterios valorativos y, por tanto, en el precio a abonar por la mercantil, las mejoras por su naturaleza y efectos del tiempo, disminuiría el patrimonio de quien la ostentaba de buena fe (Ayuntamiento), concurriendo en tal caso todos los requisitos doctrinales y jurisprudenciales del enriquecimiento injusto:

- a) Un enriquecimiento por parte de la mercantil que se produce por un notable aumento de su patrimonio, correlativo a una evidente disminución del mismo por parte del Ayuntamiento de San Javier.
- b) Correlativo empobrecimiento del patrimonio municipal, representado por un daño positivo.
- c) Relación de causa a efecto o conexión entre el empobrecimiento y el enriquecimiento.
- d) Falta de causa que justifique el enriquecimiento por parte de la mercantil.
- e) Inexistencia de precepto legal que lo excluya.

Aunque con una interpretación contraria respecto a quien beneficia, también suscita la aplicación de este principio el representante de la mercantil, en su escrito de alegaciones presentado en esta fase de liquidación, para refutar la valoración de los terrenos como suelo urbanizable, sosteniendo que tal clasificación en la Revisión del Plan General Municipal de Ordenación no está definitivamente aprobada, lo que supondría un enriquecimiento injusto del Ayuntamiento. Sin embargo, dejando a salvo la diferencia de los fines de la restitución en ambas partes (el Ayuntamiento debe destinar los recursos obtenidos a fines del patrimonio municipal de suelo por exigencias del artículo 198 TRLSRM), lo cierto es que los criterios valorativos de los dos informes que sustentan el criterio municipal, que más adelante se expondrán, se basan en la clasificación como suelo no urbanizable de la finca en cuestión, que es la pretendida por la mercantil. Por tanto, las plusvalías que genere la nueva clasificación de suelo, resultante de la futura aprobación de la Revisión del Plan General del municipio, corresponderán a la mercantil, quedando refutado su alegato de enriquecimiento injusto por la Corporación Municipal. Por último, la mercantil no ha probado mala fe en la actuación del Ayuntamiento, como criterio matizador de la valoración propuesta por éste.

A mayor abundamiento, salvando las diferencias por tratarse de instituciones jurídicas con distinto alcance y ejercicio de potestades públicas, aunque compartan en el presente caso el fin (terrenos para la construcción de un equipamiento público sanitario que, finalmente, no se ejecuta), la reversión de unos terrenos expropiados supone la recuperación del bien objeto de expropiación, cuando no se ejecuta la obra o no se establece el servicio que motivó la expropiación, pudiendo el anterior propietario recuperar la totalidad de lo expropiado (o parte), mediante el abono de una indemnización (artículo 54.1 de la Ley de Expropiación Forzosa). La reversión se ha caracterizado dogmáticamente como una especie de invalidez sobrevinida de la expropiación por desaparición

del elemento esencial de la misma: la causa de utilidad pública o interés social de que habla el artículo 33 CE. La reversión aparece y procede con fuerza de retrocesión si se incumple el destino causal de la expropiación.

Pues bien, en este plano comparativo en el que se trae a colación, en nuestro Dictamen 51/2006 se señaló -en cuanto a la valoración de los terrenos en estos supuestos-, que la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha optado por una interpretación finalista y no literal del precepto, aplicando como criterio de valoración de sustitución el previsto para esos terrenos por el planeamiento urbanístico, independientemente de que no se hubiera alcanzado esa clasificación en el momento en que se solicitó la reversión. Así, en la sentencia de la Sala 3ª, de 20 de abril de 1999 (al igual que las de 20 de junio y 29 de mayo de 1995, entre otras) se declara:

*“En este sentido, decíamos también, se pronunció esta Sala del Tribunal Supremo en su sentencia de 24 de junio de 1993 (...) al resolver otro supuesto idéntico, declarando que, al estar pendiente la finca de una prevista y determinada reclasificación urbanística, que había de producirse antes de que los bienes se encontrasen de nuevo en la posesión del reversionista, si se hubiesen valorado, como solicita la entidad apelante, conforme a su clasificación urbanística al momento de solicitarse la reversión, se produciría un enriquecimiento sin causa para quien ha de percibir el justiprecio de aquélla, mientras que, si éste se fija conforme a la clasificación de suelo al momento de revertir a su antiguo propietario, se habrá obtenido el valor de sustitución, que es el fin pretendido por el tantas veces citado artículo 54 de la Ley de Expropiación Forzosa”.*

No obstante, en el presente supuesto, de forma acertada en opinión de este Consejo Jurídico, no se ha tenido en cuenta en la valoración la clasificación como suelo urbanizable propuesta en la Revisión del nuevo Plan General de Ordenación del municipio, en tanto no se encuentra aprobada definitivamente, sino en los criterios valorativos que se expondrán en la siguiente Consideración. Lo anterior también se infiere del razonamiento contenido en el Dictamen 47/2008, tantas veces citado, sobre los efectos meramente internos de los Avances de Planeamiento (artículo 132 TRLSRM), que se correspondía con la fase en que se encontraba en aquel momento la citada Revisión del Plan General.

### **TERCERA.- La normativa aplicable y los criterios de valoración de los terrenos.**

En esta fase se suscita discrepancia en la liquidación, pues mientras la mercantil sostiene que ha de restituirse la finca registral 22.844 por 1.561.291,214 euros, más los intereses legales correspondientes (precio originario pagado por el Ayuntamiento en el año 2001), el Ayuntamiento



justifica que el valor de la finca es de 7.316.804,16 euros, por la mejora de la red de infraestructuras aledañas, que han incrementado notabilísimamente su valor en cuanto a accesos, saneamiento, redes eléctrica, pavimentación, etc., apoyándose para ello en los informes técnicos municipales y en un informe de tasación externo. La valoración de los primeros coincide, además, con la que se recogía en el PCAP para la enajenación, mediante el procedimiento de subasta.

#### 1. Normativa de aplicación.

Sin embargo, son coincidentes ambas posturas sobre la normativa que ha de aplicarse a esta liquidación, concretamente, la Ley estatal 6/1998 de 13 de abril, sobre Régimen del Suelo y Valoraciones (en lo sucesivo Ley 6/1998), que se encontraba en vigor cuando se ejercita la acción por la mercantil (mayo de 2007), por *mor* de la Disposición Transitoria Tercera del Texto Refundido de la Ley del Suelo estatal (TRLRS), aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio:

*“Las reglas de valoración contenidas en esta Ley serán aplicables a todos los expedientes incluidos en su ámbito material de aplicación que se inicien a partir de la entrada en vigor de la Ley 8/2007, de 28 de mayo”.*

Habiendo entrado en vigor esta última norma el 1 de julio de 2007, no existe, por tanto, disconformidad con la normativa que resulta aplicable, de acuerdo con lo dictaminado por este Consejo Jurídico con anterioridad.

Asimismo conviene destacar que la Ley 6/1998 también se encontraba en vigor, cuando se formalizó el contrato de compraventa en el año 2001.

Por el contrario, sí existe discrepancia sobre el momento que ha de ser tenido en cuenta para la valoración, pues mientras los servicios técnicos municipales, conforme a nuestro Dictamen 47/2008, se acomodan a la fecha de iniciación del procedimiento, concretado por este Consejo Jurídico en el mes de mayo de 2007 (momento en el que se ejercitó la acción por la mercantil), ésta se opone en el fondo a tal pretensión (aunque se detecte cierta posición contradictoria a este respecto), al sostener, por un lado, que la valoración sería la del momento de la formalización del contrato en el año 2001, consecuencia de la declaración de nulidad de pleno derecho y de sus efectos *ex tunc* (con cita a los artículos 65.1 TRLCAP y 1.303 del Código Civil); y, de otro, sostiene, por el contrario, para contradecir a los informes de los técnicos municipales: *“serían aplicables los criterios de valoración de la Ley 6/1998, los cuales parten de señalar que la valoración ha de*

*entenderse referida al momento de iniciación del procedimiento, que en este caso lo fue en el mes de mayo de 2007*".

Este Órgano Consultivo considera que en el presente caso, que se han cumplido las prestaciones, la obligación de restituir lo recibido no tiene su fundamento en el contrato inválido, como parece inferir la mercantil a la hora de concretar el momento de la valoración de los terrenos, sino en la Ley (artículo 65.1 TRLCAP). Por ello, al haberse declarado la nulidad del contrato, el pago de su valor en dinero de la finca restituida debe ser calculado no de acuerdo con la contraprestación pactada, sino según criterios objetivos; en este caso conforme a la normativa aplicable expuesta, de manera que sea su equivalente económico.

Conviene examinar esta cuestión, puesto que las consecuencias de la nulidad en materia de contratos administrativos no se ajustan a iguales principios que en la contratación civil, al margen de la regla general de restitución recíproca (artículo 55.1 TRLCAP y 1303 del Código Civil). Y ello es así porque en la contratación administrativa incide un elemento diferenciado, el interés público, que impide considerar sólo la conmutatividad de las prestaciones recíprocas de las partes para atender también a la satisfacción de esos intereses generales en juego; y porque, asimismo, la voluntad de la Administración no es autónoma como la del particular en una relación civil, sino siempre sujeta y ajustada a derecho (Dictamen 2930/1995 del Consejo de Estado). En tal sentido, por ejemplo, el artículo 200,a) TRLSRM exige que el precio a satisfacer por el adjudicatario de los bienes de patrimonios municipales de suelo nunca puede ser inferior a lo que corresponda por aplicación de la legislación estatal sobre valoraciones, como se ha indicado con anterioridad.

A lo anterior se suman los argumentos esgrimidos sobre las mejoras incorporadas a la finca, que por aplicación de los artículos 1.123, párrafo segundo, y 1.122, 5ª, ambos del Código Civil, ceden a favor del Ayuntamiento; en caso contrario, para que no se tuvieran en cuenta, tendría que destruirse la transformación operada durante este tiempo, lo que conduciría a un absurdo. Sin olvidar tampoco en esta fase de liquidación ciertos límites que impone la LPAC a la revisión de oficio (artículo 106), en el sentido de que su ejercicio no puede resultar contrario a la equidad o a la buena fe, por el tiempo transcurrido o por otras circunstancias.

2. Sobre la adecuación de la valoración realizada por el Ayuntamiento de la finca a restituir a los criterios de nuestro Dictamen 47/2008.

La Alcaldía, cuando formula esta cuestión en la consulta, se basa en los informes emitidos por el Letrado y el Arquitecto municipales (este último de fecha 4 de marzo de 2009), que

concluyen en que la valoración de la finca, referida a la fecha indicada por nuestro Dictamen 47/2008, asciende a la cantidad de 7.316.804,76 euros.

Sobre la adecuación de la valoración al precitado Dictamen, este Consejo Jurídico realiza las siguientes consideraciones:

a) El informe del Arquitecto municipal, de 4 de marzo de 2009, se fundamenta en la aplicación de la Ley 6/1998, conforme se expresa en el anterior apartado, por lo que se ajusta -en cuanto a la normativa de aplicación- a lo indicado por este Consejo Jurídico.

b) También sustenta la valoración en la clasificación como suelo no urbanizable de la finca en cuestión, al no haberse aprobado definitivamente la Revisión del nuevo Plan General Municipal, a partir del cual será ejecutivo, lo que resulta conforme con las previsiones legales sobre la entrada en vigor de los planes urbanísticos (artículo 151.2 TRLSRM).

c) El método de comparación empleado por el informe del Arquitecto municipal de 4 de marzo de 2009 se encuentra previsto en el artículo 26.1 de la Ley estatal 6/1998, cuya aplicación sostiene la mercantil, aunque sólo sea a efectos de la clasificación del suelo:

*“El valor de este suelo se determinará por el método de comparación a partir de los valores de fincas análogas. A estos efectos la identidad de razón que justifique la analogía deberá tener en cuenta el régimen y naturaleza de las citadas fincas en relación con la que se valora, así como, en su caso, los usos y aprovechamientos de que sean susceptibles”.*

A este respecto, cabe afirmar que el informe utiliza el criterio general de valoración del suelo no urbanizable, según la citada norma estatal (como excepción dicha Ley establece la capitalización de rentas en el artículo 26.2), justificándose por el informe del técnico municipal los criterios de analogía derivados del precepto legal, tales como situación, tamaño, naturaleza, usos y aprovechamientos susceptibles, en contraste con la valoración de una finca colindante, cuya escritura de compraventa acompaña como anexo 5, y que presupone disponer de datos adecuados. Lo cierto es que el método de comparación previsto por la Ley estatal 6/1998 para el suelo no urbanizable trata de concordar el valor real con el valor de mercado, teniendo en cuenta las características de su enclave que se indican seguidamente, lo que vendría a explicar otra valoración anterior con resultado similar (informe del técnico municipal de 27 de octubre de 2006) que, sin embargo, se sustenta en las condiciones urbanísticas del Avance de la Revisión del Plan General:

- Se encuentra ubicado a 300 metros de la Crtra. Nacional 332.
- Distancia a zona consolidada de casco urbano 200 metros.
- Distancia a zona industrial 300 metros (...)

Resultado del citado método valorativo comparativo como suelo no urbanizable es la determinación de 98,58 euros el valor del m<sup>2</sup>, que aplicada a la superficie de la finca resulta la cantidad indicada en la consulta municipal.

4ª) La valoración de la finca por los Servicios Técnicos Municipales se ha visto reforzada por la resultante del informe de tasación encargado a una empresa especializada, que lo emite el 10 de septiembre de 2008, tomando como testigo seis fincas de características similares (artículo 21 de la Orden de 27 de marzo de 2003 del Ministerio de Economía, sobre normas de valoración de bienes inmuebles), obteniéndose un valor de tasación muy próximo al propuesto por el informe del Arquitecto Municipal.

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

### **CONCLUSIÓN**

**ÚNICA.-** La valoración de los terrenos propuesta por el órgano consultante se adecua a los criterios valorativos generales recogidos en el Dictamen 47/2008 de este Órgano Consultivo, sobre la normativa de aplicación, las mejoras a tener en cuenta y el momento en que se realizó, sin perjuicio de la concreta tasación pericial que pudieran realizar ahora los profesionales competentes.

No obstante, V.S. resolverá.



**DICTAMEN 86/2010**

**Asunto** Revisión de oficio del Decreto de Alcaldía de 8 de junio de 2009, correspondiente al expediente de licencia de parcelación 5/09.

**Consultante** Ayuntamiento de Fuente Álamo

**Fecha** 28/04/2010

**Extracto de Doctrina**

La causas de nulidad prevista en el artículo 62,1,f) LPAC será aplicable cuando se trate del incumplimiento de un requisito esencial para la adquisición de derechos o facultades, no cuando se incumpla cualquier requisito, aunque sea exigible para la validez del acto. En este sentido, el Consejo de Estado ha distinguido entre requisitos necesarios y esenciales, y sólo el incumplimiento de estos últimos vicia de nulidad de pleno derecho al acto administrativo.

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** Con fecha 5 de mayo de 2009 (registro de entrada en el Ayuntamiento de Fuente Álamo), x. solicita licencia para dividir una finca de su propiedad sita en "—", de Lorca a Cartagena (ahora Camino de Los Martínez), en la pedanía de Las Palas de aquel municipio, cuyos datos registrales son los siguientes: núm. 41.849, inscrita en el Registro de la Propiedad núm. 1 de Cartagena, tomo 2.392, libro 408, sección de Fuente Álamo, folio 79, inscripción 1ª.

Para justificar la solicitud de licencia de segregación (parcelación en lo sucesivo) de la finca matriz, de una superficie de 864 m2, aporta la escritura de agrupación y declaración de obra nueva, otorgada el 21 de mayo de 1991 ante el Notario del Ilustre Colegio de Albacete x., en la que se describe en su interior:

- Casa en planta baja, que tiene una superficie construida de 144 m2.
- Nave almacén de superficie construida de 288 m2, que se encuentra adosada a la vivienda.
- El resto de terreno (432 m2) se destina a patio descubierto a su espalda.

En la documentación presentada por el peticionario también se contiene la cédula urbanística de la finca, que se encuentra clasificada como suelo urbano consolidado, ensanche

intensivo de Las Palas, con la calificación de "1b" (edificación en manzana cerrada, o en hilera, según alineaciones y rasantes señaladas).

De la segregación solicitada, resultan las siguientes parcelas, según la documentación presentada por el peticionario, que se ajustarían a las previsiones de las Normas Subsidiarias de Planeamiento del municipio, según las cédulas urbanísticas aportadas:

1. Parcela núm. 1, de una superficie de 480 m<sup>2</sup>. En esta parcela resultante se hace referencia, en el apartado del fondo edificable según proyecto, a la vivienda de 1 planta y a la nave almacén.
2. Parcela núm. 2, de una superficie de 384 m<sup>2</sup>, sin que figure ninguna construcción aneja.

Por último, acompaña los planos correspondientes a la finca matriz (en el que sí figura la nave almacén, pero no en su totalidad) y a las dos parcelas resultantes, en los que no se describe dicha nave almacén. Por el contrario, sí se hace referencia a la misma, en su totalidad, en el plano de zonificación que acompaña a la escritura de agrupación y de obra nueva.

**SEGUNDO.-** El informe del arquitecto técnico municipal, de 4 de junio de 2009, informa favorablemente la licencia de parcelación solicitada, al cumplir la Revisión de las Normas Subsidiarias de Planeamiento Municipal de Fuente Álamo (en lo sucesivo NNSS), que establecen la parcela mínima de 80 m<sup>2</sup> y la fachada mínima de 6 metros, así como el artículo 91 del Decreto Legislativo 1/2005, de 10 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Suelo de la Región de Murcia (TRLSRM en lo sucesivo), que señala que en suelo urbano será posible la división o segregación de terrenos con arreglo a lo dispuesto en el planeamiento urbanístico. En la descripción de este informe sobre las parcelas resultantes, el técnico municipal adscribe la vivienda y la nave almacén de 288 m<sup>2</sup> a la parcela I.

**TERCERO.-** Por Decreto de la Alcaldía de 8 de junio de 2009 se otorga la licencia de parcelación al interesado, conteniendo la siguiente descripción de las parcelas resultantes, de acuerdo con el informe técnico municipal precitado:

*"1.- Parcela de terreno, que ocupa una superficie de CUATRO CIENTOS OCHENTA METROS CUADRADOS (480 m<sup>2</sup>) donde existe integrada la siguiente edificación: casa planta baja que tiene una superficie construida de ciento cuarenta y cuatro metros cuadrados distribuida en cuatro dormitorios, salón-comedor, cocina, dos cuarto de aseo, sala de estar, despensa, cuarto de*

*pilas y pasillo; adosado a la vivienda se encuentra construido una nave almacén de una superficie construida de doscientos ochenta y ocho metros cuadrados, sin actual distribución interior*

*Que Linda:*

*Norte; Con parcela nº 2, que se describirá a continuación.*

*Sur: Con “—”.*

*Este: Con “—”*

*Oeste: Con x, y.*

*2.- Parcela de terreno que ocupa una superficie de TRESCIENTOS OCHENTA Y CUATRO METROS CUADRADOS (384 m2.).*

*Que Linda:*

*Norte: Con x.*

*Sur: Con parcela nº 1, descrita anteriormente.*

*Este: Con “—”,*

*Oeste: Con x. y.”*

Además, se incorpora la consabida cláusula de que la licencia se otorga dejando a salvo el derecho de propiedad y sin perjuicio de terceros.

**CUARTO.-** El 5 de octubre de 2009 (registro de entrada), x. presenta escrito ante el Ayuntamiento de Fuente Álamo, en el que solicita que se rectifique la licencia de parcelación otorgada, adscribiendo superficies de nave almacén a ambas parcelas, de manera que a la parcela 1, en lugar de 288 m2 de nave almacén, le correspondan 160 m2, y los restantes (128 m2) a la parcela 2, sin que se modifique la superficie de ambas parcelas, ni los linderos que se expresan.

**QUINTO.-** Previo informe del arquitecto técnico municipal de 14 de enero de 2010, en el que señala que la documentación aportada por el interesado es contradictoria, y a propuesta de la Alcaldía, el Pleno municipal, en su sesión de 28 de enero de 2010, acordó el inicio del expediente para la revisión de oficio del Decreto de la Alcaldía de 8 de junio de 2009, por el que se otorgó la licencia de parcelación a x., puesto que en base al informe técnico municipal puede ser (sic) que la licencia de parcelación sea contraria a la legislación y ordenación urbanística, por lo que sería nula de pleno derecho, según dispone el artículo 62.1,f) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC, en lo sucesivo). También se acuerda solicitar informes a los servicios técnicos y jurídicos del Ayuntamiento, otorgar un trámite de audiencia al peticionario y recabar el Dictamen preceptivo del Consejo Jurídico de la Región de Murcia.

**SEXTO.-** Con fecha 2 de marzo de 2010, el arquitecto técnico municipal emite un nuevo informe en el que concluye lo siguiente:

*“Personado en la finca urbana que se pretende segregar propiedad de x., sita en “—”, se han podido comprobar los siguientes extremos:*

*Se trata de una parcela de forma rectangular de 24 metros de fachada por 36 metros de fondo, lo que arroja una superficie de ochocientos sesenta y cuatro metros cuadrados (864 m<sup>2</sup>). Dentro de dicha parcela se encuentra una vivienda en planta baja, con una superficie construida de ciento cuarenta y cuatro metros cuadrados (144m<sup>2</sup>), y adosado a la vivienda una nave almacén de ciento noventa y dos metros cuadrados (192 m<sup>2</sup>) y en prolongación de ésta y a una altura diferente otra nave de noventa y seis metros cuadrados (96 m<sup>2</sup>) hasta el fondo total de la edificación. El resto de la parcela hasta la superficie total de la misma queda destinada a patio descubierto con una superficie de cuatrocientos treinta y dos metros cuadrados (432 m<sup>2</sup>).*

*En relación con la finca urbana descrita anteriormente y la declaración de obra nueva de la finca registral 41.849 m<sup>2</sup>, hay que hacer la siguiente matización:*

*Realmente se trata de dos naves independientes, una con una superficie de 192 m<sup>2</sup>, y otra con una superficie de 96 m<sup>2</sup>, sumando en total 288 m<sup>2</sup>. En la descripción de declaración de obra nueva se habla de una nave de 288 metros cuadrados, lo que pudo llevar a un equívoco”.*

**SÉPTIMO.-** La letrada del Ayuntamiento de Fuente Álamo emite informe el 12 de marzo siguiente, en el que sostiene que la licencia de parcelación puede ser contraria a derecho, por carecer de los requisitos esenciales para su adquisición, afirmando que concurre el vicio de nulidad de pleno derecho previsto en el artículo 62.1,f LPAC, a la vista de los informes del arquitecto técnico municipal de 14 de enero y de 2 de marzo de 2010. En tal sentido manifiesta que *“se ha otorgado licencia dividiendo la finca en la que se encuentra ubicada, tanto en la realidad física como en la jurídica, una nave almacén de 288 metros cuadrados en dos parcelas, en las que se ubica un trozo de nave en cada una, por tanto, dividen dicha nave que es un todo unitario, todo ello sin el conocimiento del Ayuntamiento, dado que la petición realizada y los planos aportados son contrarios a la realidad física y jurídica del inmueble”.*



En resumen, considera que en virtud de tal licencia de parcelación “*se ha procedido a dividir realmente una unidad de edificación, lo cual es contrario a las previsiones legalmente establecidas y de ello se deriva que el acto administrativo de concesión de licencia es contrario a derecho*”.

**OCTAVO.-** Consta un oficio dirigido al Registro de la Propiedad núm. 3 de Cartagena para que practique una nota marginal en la finca 41. 489, sobre la iniciación del procedimiento de revisión de oficio.

**NOVENO.-** Con fecha 17 de marzo de 2010 se ha recabado el Dictamen preceptivo del Consejo Jurídico, acompañando el expediente administrativo.

A la vista de los referidos Antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

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

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, al versar sobre la revisión de oficio por nulidad de pleno derecho (artículo 62.1,f LPAC) de una licencia de parcelación otorgada por la Alcaldesa del Ayuntamiento de Fuente Álamo, 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.- Cuestiones previas: órgano competente, procedimiento y plazo.**

##### 1. Órgano competente.

En cuanto al órgano municipal competente para la resolución de este procedimiento (excluido el régimen de organización de los municipios de gran población), el artículo 110.1 LBRL atribuye al Pleno de la Corporación la declaración de nulidad de pleno derecho, con independencia de que la iniciativa haya correspondido a la Alcaldía conforme se indicó en nuestro Dictamen núm. 107/2005.

##### 2. Procedimiento seguido.

A la revisión de los actos administrativos urbanísticos (en concreto a las licencias) le es de aplicación la regulación general de la LPAC, conforme a lo establecido en el artículo 46 del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Suelo estatal (TRLR, en lo sucesivo).

La aplicación del régimen general a la revisión de los actos administrativos urbanísticos también se establece en la legislación de Régimen Local, al señalar que las Corporaciones Locales podrán revisar sus actos en los términos y con el alcance que se establece en la del Estado, reguladora del procedimiento administrativo común (artículo 53 LBRL)

Del mismo modo se regula en la normativa regional, pues el artículo 232 TRLSRM señala que en los supuestos de nulidad se procederá en los términos del artículo 102 LPAC, previo dictamen favorable del Consejo Jurídico de la Región de Murcia.

En lo que se refiere al procedimiento que ha de seguirse, el precitado artículo 102.2 LPAC establece que se instruirá y resolverá de acuerdo con las disposiciones del título VI de dicha Ley.

La tramitación de este expediente ha adolecido de determinados defectos; así, tras la emisión de los informes técnico y jurídico y el otorgamiento del trámite de audiencia al peticionario, según el acuerdo Plenario de iniciación, cuya notificación no consta documentada en el expediente, procede adoptar propuesta de resolución por el órgano que instruye, que tampoco ha sido elevada a este Órgano Consultivo.

### 3. Plazo para la resolución.

El artículo 102.5 LPAC establece que cuando el procedimiento se hubiera iniciado de oficio, el transcurso del plazo de tres meses sin dictarse la resolución produce la caducidad del mismo, a diferencia de si dicha revisión se hubiera iniciado a solicitud del interesado. A tenor de lo expuesto, al haberse iniciado de oficio el procedimiento de revisión por acuerdo Plenario de 28 de enero de 2010, el plazo para resolver y notificar concluye el 28 de abril del mismo año. De otra parte, tampoco se ha acogido el órgano consultante a la posibilidad de acordar la suspensión del procedimiento durante la presente consulta, con los condicionantes previstos en el artículo 42.5,c) LPAC. Por lo tanto, transcurrido dicho plazo procede dictar resolución por la Administración consultante en la que, de conformidad con lo establecido en el artículo 42.1 LPAC, se declare la caducidad del procedimiento de revisión de oficio, notificándose al interesado.

**TERCERA.- La naturaleza de la licencia de parcelación.**

Se considera parcelación urbanística la división simultánea o sucesiva de terrenos en dos o más lotes para su incorporación al proceso urbanizador en la forma determinada por el planeamiento, o que pueda dar lugar a la transformación urbanística del suelo o a la formación de núcleo urbano (artículo 87.1 TRLSRM). Por tanto, para que la división o segregación de una finca pueda dar lugar a dos o más diferentes sólo es posible si cada una de las resultantes reúne las características exigidas por la legislación aplicable y la ordenación territorial y urbanística (artículo 17.2 TRLS).

Las Corporaciones Locales intervienen no sólo en las parcelaciones urbanísticas (propias del suelo urbano y urbanizable), sino también en las segregaciones de fincas en suelo no urbanizable, en las que se constata el cumplimiento de la normativa urbanística y de la legislación sectorial, muy destacadamente la agraria (unidad mínima de cultivo).

La intervención de los Ayuntamientos en los actos de parcelación y segregación queda regulada del siguiente modo:

*“Todo acto de división, segregación o fraccionamiento de terrenos o parcelación queda sujeto a licencia conforme a lo dispuesto en el artículo 221 de esta Ley (artículo 87.2 TRLSRM)”.*

*“En la autorización de escrituras de segregación o división de fincas, los notarios exigirán, para su testimonio, la acreditación documental de la conformidad, aprobación o autorización administrativa a que esté sujeta, en su caso, la división o segregación conforme a la legislación que sea aplicable” (artículo 17.2, segundo párrafo, TRLS).*

A través de la licencia municipal de parcelación (cuando de suelo urbano y urbanizable se trata), el Ayuntamiento examina si la finca es indivisible por su superficie, si las parcelas resultantes se ajustan a la parcela mínima edificable, a la fachada mínima o a otras condiciones urbanísticas exigidas por el planeamiento urbanístico municipal, de manera que resulten superficies aptas para ser edificadas. Aun cuando resulte una obviedad, conviene recordar que el otorgamiento de tal licencia no autoriza al particular a edificar (licencia urbanística), ni a la demolición de la construcción existente, cuyas actividades deben ser objeto de licencias específicas.

En el caso que nos ocupa, al tratarse de un suelo urbano consolidado, el informe del arquitecto técnico municipal, de 4 de junio de 2009, hace referencia a que la segregación se ajusta

a los parámetros anteriormente aludidos, al analizar la documentación presentada por el interesado, y concluye en que la segregación cumple la parcela mínima de 80 m<sup>2</sup> y la fachada mínima de 6 metros, conforme a las NNSS del municipio.

**CUARTA.- Examen del supuesto vicio en que incurre la licencia de parcelación otorgada, y su valoración como supuesto de nulidad de pleno derecho.**

Si bien se alude en el acuerdo de iniciación del procedimiento de revisión de oficio de la licencia de parcelación a la causa de nulidad prevista en el artículo 62.2.f) LPAC, por entender que se trata de un acto expreso contrario al ordenamiento jurídico por el que se adquieren facultades o derechos cuando se carece de los requisitos esenciales para su adquisición, sin embargo no se fundamenta en el expediente la aplicación al presente caso del vicio alegado, por incumplimiento de la normativa urbanística, como seguidamente se expondrá, lo que explicaría en cierto modo los términos en que se plantea la consulta a este Órgano Consultivo (“puede ser que la licencia de parcelación concedida sea contraria a la legislación y ordenación urbanística”).

La causa descrita de nulidad de pleno derecho será aplicable cuando se trate del incumplimiento de un requisito esencial para la adquisición de derechos o facultades, no cuando se incumpla cualquier requisito, aunque sea exigible para la validez del acto, sobre la base de la interpretación restrictiva que ha de hacerse de la nulidad de pleno derecho, siendo el procedimiento de lesividad la regla y la revisión de oficio la excepción. En este sentido, el Consejo de Estado ha distinguido entre requisitos necesarios y esenciales, y sólo el incumplimiento de estos últimos vicia de nulidad de pleno derecho al acto administrativo, como detalla en su Dictamen núm. 3491/1999, del que reproducimos, por su interés, el siguiente párrafo:

*“El vicio de nulidad invocado en última instancia es interpretado de modo muy estricto por el Consejo de Estado (...) entendiendo que para su apreciación requiere, no sólo que se produzca un acto atributivo de derechos que se adquieren en virtud del mismo, y que dicho acto sea contrario al ordenamiento jurídico, sino también que falten los requisitos esenciales para su adquisición, es decir los presupuestos inherentes a la estructura definitoria del acto. En particular, procede subrayar que una interpretación amplia del supuesto del artículo 62.1.f) podría provocar -dada su potencial vis expansiva- una desnaturalización del régimen mismo de la invalidez de los actos administrativos. No es ocioso recordar que, en la teoría de la invalidez de los actos, la nulidad constituye la excepción frente a la regla general de la anulabilidad.”*

Este Consejo Jurídico, con motivo de los Dictámenes núms. 12/99 y 138/02, consideró, en aplicación del apartado f) del artículo 62.1 LPAC, que se carece de los requisitos esenciales, por ejemplo, cuando se otorga una licencia de obras (urbanística en la terminología de la Ley del suelo regional) respecto a suelos no edificables.

Sin embargo, el presente caso guarda notables diferencias con el ejemplo señalado, por cuanto no se trata de una licencia urbanística que autoriza la construcción, sino de parcelación, que se contrae a examinar si las parcelas resultantes de la segregación se acomodan al planeamiento urbanístico municipal, sin que afecte a un suelo no urbanizable o especialmente protegido, sino a un suelo urbano consolidado.

En relación con los motivos esgrimidos por los informes obrantes en el expediente para sostener la nulidad de pleno derecho, ciertamente, como refiere el informe del arquitecto técnico municipal, de 14 de enero de 2010, se detectan contradicciones en la documentación presentada por el peticionario para el otorgamiento de la licencia de parcelación, pues en el apartado 4.1 de su documentación, cuando se describe la finca matriz, se recogen los siguientes datos: 864 m<sup>2</sup> de superficie de la finca; una vivienda en planta baja de 144 m<sup>2</sup>; una nave almacén con una superficie construida de 160 m<sup>2</sup> y un patio descubierto de una superficie de 560 m<sup>2</sup>, cuando, según la escritura de agrupación y declaración de obra nueva, que también acompañaba el interesado a su solicitud, la nave-almacén ocupa 288 m<sup>2</sup> y el patio descubierto tiene una superficie de 432 m<sup>2</sup>. Estas mismas contradicciones se extienden a los planos que se acompañan. Más aún, en su contraste con la realidad, después de la visita de inspección realizada por el citado técnico, se añade por éste, en relación con la declaración de obra nueva de la nave almacén, que en realidad se trata de dos naves independientes, una con una superficie de 192 m<sup>2</sup> y otra con una superficie de 96 m<sup>2</sup>, sumando el total de 288 metros cuadrados descritos en la escritura, como si de una única nave se tratara.

Alcanzado este punto cabría plantearse en qué medida tales contradicciones documentales han incidido finalmente en el acto de otorgamiento de la licencia de parcelación y, sobre todo, en qué aspectos contradice al planeamiento urbanístico aplicable:

1. Haciendo abstracción de las edificaciones existentes en la finca matriz (podría darse el caso de que posteriormente el solicitante quisiera demoler alguna o algunas construcciones), resulta que el Decreto de la Alcaldía, de 8 de junio de 2009, por el que se otorga la licencia de parcelación, se ajusta tanto a la superficie total de la finca matriz (864 m<sup>2</sup>), como a la de las parcelas resultantes (parcela 1, de 480 m<sup>2</sup>, y parcela 2, de 384 m<sup>2</sup>), no conculcándose, por tanto,

la superficie mínima prevista en las NNSS del municipio de 80 m<sup>2</sup> y el ancho mínimo al lindero frontal (6 metros), según refiere el técnico municipal en su informe 4 de junio de 2009. Por tanto, el acto de otorgamiento de la licencia de parcelación cumple las previsiones del planeamiento urbanístico municipal, en tanto son superficies aptas para ser edificadas.

2. En relación con las edificaciones existentes, el Decreto de la Alcaldía de 8 de junio de 2009 no contradice las cédulas urbanísticas de las parcelas resultantes presentadas por el peticionario (aunque éstas sí lo hagan, a su vez, con los planos que se acompañan, salvo en el de zonificación anejo a la escritura, en donde figura la nave almacén hasta el fondo total de la edificación), de manera que en lo que afecta a dicha nave de 288m<sup>2</sup> (con independencia de que sean realmente dos, puesto que suman en total tal superficie), se describe en la licencia otorgada en la parcela 1 (de la cédula también se infiere su adscripción en todo o en parte a dicha parcela, cuando se alude al fondo edificable), por cuanto la parcela 2 (de 384 m<sup>2</sup>) figura sin ninguna construcción, según se infiere también de la citada cédula.

Quedaría la duda, que debiera ser despejada por los servicios técnicos municipales, de si con tal disposición de la nave almacén que se describe en su totalidad a la parcela 1, se cumplirían las condiciones de las NNSS para que la citada construcción no quedara en régimen de fuera de ordenación.

Por ello, si la nave almacén (o naves, si se quiere) ha quedado adscrita a la parcela I, según el Decreto de la Alcaldía de otorgamiento de la licencia, que prima sobre cualquier plano contradictorio, no se comprende el razonamiento del informe jurídico del Ayuntamiento, como única justificación para apreciar la concurrencia del vicio de nulidad de pleno derecho, relativo a que la nave almacén ha quedado dividida en dos parcelas, pues sólo se describe en la parcela I en el citado Decreto de la Alcaldía.

En todo caso, en la hipótesis de que con disposición de las parcelas y construcciones, de acuerdo con la definición contenida en el acto de otorgamiento de licencia de parcelación, se hubiera infringido un parámetro urbanístico, que no detalla el técnico municipal en sus informes, en atención a la finalidad específica de la licencia de parcelación y a la clase de suelo que afecta (urbano consolidado), no se trataría de un vicio de nulidad de pleno derecho, sino de anulabilidad (artículo 103 LPAC), y debería procederse por el Ayuntamiento por una vía distinta a la iniciada.

**QUINTA.- Actuaciones subsiguientes que procederían por parte del Ayuntamiento.**

A la vista de que el peticionario ha solicitado una rectificación de la licencia de parcelación (más concretamente, de la superficie de la nave almacén que se adscribe a cada parcela resultante, pues mantiene el resto de parámetros), que implica un cambio en la definición de las parcelas resultantes, ha de entenderse su petición como una modificación de la licencia anteriormente otorgada, que ha de ser tramitada por el Ayuntamiento; por tanto, procedería, previo requerimiento, en su caso, al interesado para que completara la solicitud con nueva planimetría, que fuera informada por los servicios técnicos municipales, acerca de si tal modificación de la licencia otorgada se ajusta a las NNSS, en el caso de que se adscriban, como solicita el interesado, 160 m<sup>2</sup> de la nave almacén a la parcela 1 y 128 a la parcela 2, o si, por el contrario, debiera ajustarse a otra división, conforme a la realidad edificatoria existente en la finca, para evitar el régimen de fuera de ordenación de la construcción (el técnico municipal, en su informe de 2 de marzo de 2010, señala que realmente se trata de dos naves independientes, una de 192 metros cuadrados y otra de 96 metros cuadrados).

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

### **CONCLUSIONES**

**PRIMERA.**- Se dictamina desfavorablemente la revisión de oficio del Decreto de la Alcaldía del Ayuntamiento de Fuente Álamo, de 8 de junio de 2009, al no concurrir el vicio de nulidad de pleno derecho previsto en el artículo 62.1,f) LPAC. No obstante, transcurrido el plazo señalado en la Consideración Segunda.3, debe declararse la caducidad del procedimiento en los términos indicados.

**SEGUNDA.**- Procede que por parte del Ayuntamiento se tramite la modificación de la licencia de parcelación solicitada por el interesado, cuya resolución permitiría subsanar las contradicciones de documentación advertidas por los informes del técnico municipal (Consideración Quinta).

No obstante, V.S. resolverá.



**DICTAMEN 87/2010**

**Asunto** Responsabilidad patrimonial instada por x, debida a accidente en centro de salud.  
**Consultante** Consejera de Sanidad y Consumo  
**Fecha** 03/05/2010

**Extracto de Doctrina**

Nota: igual doctrina que la expresada en el Dictamen 55/2010.





**DICTAMEN 88/2010**

**Asunto** Responsabilidad patrimonial instada por x., en nombre y representación de su hijo, debida a accidente escolar.

**Consultante** Consejero de Educación, Formación y Empleo

**Fecha** 03/05/2010

**Extracto de Doctrina**

El Consejo de Estado considera que el simple hecho de que se produzcan eventos dañosos a la entrada de los alumnos al recinto escolar no determina necesariamente la responsabilidad del centro, de lo que se infiere que el mero hecho de penetrar en su recinto no implica desde tal momento el comienzo del deber de custodia por el profesorado (vid. Dictámenes nº 415 y 2420 de 2002, de 7 de marzo y 19 de septiembre).

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** El 24 de febrero de 2009, x., en representación de x, y., presentó escrito de reclamación de responsabilidad patrimonial dirigido a la Consejería de Educación, Formación y Empleo debida al fallecimiento de su hijo x. el 16 de mayo de 2007 en el hospital “*Virgen de la Arrixaca*”, de Murcia. En síntesis, expresa que, según el atestado policial que se levantó el día del suceso, sobre las 10,35 horas del día 11 de mayo de 2007, el hijo de sus mandantes se encontraba jugando en el jardín de Ronda Sur sito en la calle Pintor Almela Costa, de Murcia, cuando el balón con el que jugaba parece ser que cayó en la balsa o laguna que existe en el mencionado jardín a efectos ornamentales. Dado que no existía una valla suficientemente alta para impedir el acceso de menores a la balsa, ni existía señal alguna que indicase su profundidad, el niño accedió a la misma sin dificultad y, al dirigirse a la parte profunda de la arqueta de la balsa donde se encontraba el balón, no pudo salir, perdiendo el pie y ahogándose. Por tal motivo, indica que ha presentado una reclamación de responsabilidad ante el Ayuntamiento de Murcia, al tratarse de una instalación de su responsabilidad. Pero, además, alega que antes de este hecho, el niño fue dejado por su madre en el colegio publico “*Santiago el Mayor*”, de Murcia, donde debía haber estado a la hora del accidente, por lo que considera que dicho centro incumplió su deber de cuidado y vigilancia del menor, imputándole responsabilidad en la producción del daño, pues de haber cumplido dicho centro con las referidas obligaciones, tal suceso no se hubiese producido. Señala que con motivo de dicho accidente se incoaron diligencias penales en el Juzgado de Instrucción nº Dos de Murcia, bajo el número 3393/07, que dictó auto de archivo en fecha 6 de febrero de 2008, que fue objeto de

los oportunos recursos y que devino firme tras dictarse auto por la Audiencia Provincial de Murcia, Sección Tercera, en fecha 3 de noviembre de 2008, dejando libre el ejercicio de las acciones civiles.

Por todo lo expuesto, los reclamantes solicitan una indemnización de 227.148 euros.

Junto al reseñado escrito, los reclamantes aportan diversa documentación, entre la que destaca una copia del citado auto del Juzgado de Instrucción nº 2 de Murcia, en el que, entre otros aspectos, se expresa lo siguiente:

*“El presente procedimiento se inició por el fallecimiento del menor x., de 10 años de edad, ocurrido el día 16 de mayo de 2007 a consecuencia de los hechos sucedidos el día 11 de mayo de 2007, sobre las 10:35 horas, en la fuente pública de la calle Pintor Almela Costa, de Murcia.*

*Se han practicado las diligencias que se han estimado necesarias, consistentes en la declaración de los padres del menor, del director del Colegio Santiago el Mayor de la calle Renacimiento de dicha pedanía, de la tutora de dicho centro escolar, en la aportación del atestado y diligencias practicadas por la policía, el informe de autopsia y la aportación del proyecto de construcción de la fuente y medidas de seguridad. (...)*

*Las actuaciones practicadas acreditan que el hecho denunciado no reviste caracteres de infracción criminal pues, según se hace constar en el atestado, el menor se encontraba jugando a la pelota con su hermano de trece años y otros amigos, cuando la pelota cayó en la fuente y x. saltó la valla para recuperarla. El hecho de que el 11 de mayo de 2007, a la hora en la que se produjeron los hechos, el menor tuviera que estar en el Colegio no determina, sin embargo, que se pueda considerar responsables penalmente de su fallecimiento a su tutora, al Director del Colegio o a los padres que tenían que cerciorarse de que entraba en el centro escolar”.*

Se adjunta también copia del auto nº 339/08, de la Audiencia Provincial de Murcia, de fecha 3 de noviembre de 2008, que desestima la apelación planteada, expresando, entre otras cuestiones, que *“aun en el supuesto de que fuese cierta la responsabilidad que se afirma en el personal docente y en los técnicos y empleados municipales, la misma no alcanzaría nunca entidad penal, pues no puede olvidarse que el embalse estaba vallado y que el menor tristemente fallecido se saltó la protección.”*

**SEGUNDO.-** Obra en el expediente un informe de 11 de marzo de 2009 del Director del centro escolar, dirigido a la Consejería consultante, en el que expone que el horario del colegio el día del accidente era de 9 a 14 horas y las asignaturas que se impartieron en el periodo lectivo, así como lo siguiente:

*“E1 alumno x. no se incorpora a clase con su fila a la hora de entrada, desconociendo los motivos de su ausencia. La tutora informó en el recreo de la falta de este alumno a la Jefatura de Estudios, ya que anteriormente, el 25 de Abril de 2.007, había faltado a clase y esta dirección fue avisada de que dicho alumno x., junto con su hermano, estaban en los jardines del barrio, sin haber entrado al Centro. Al salir a buscarlos personalmente el Director del Centro, no los encontró, por lo que se dio aviso al Policía Tutor (Policía Local de Barrio), para que entregara un escrito comunicando a los padres la ausencia de ambos alumnos. Fue por esta razón por lo que se telefoneó sobre las 11:35 del día 11 de Mayo a los padres de x. para conocer el motivo de la ausencia de los hermanos x.*

*A petición del Juzgado de Instrucción nº 2 de Murcia, el 3 de Septiembre de 2.007, se presentó un escrito informando de los hechos anteriormente expuestos”.*

**TERCERO.-** Con fecha 23 de marzo de 2009 se admitió a trámite la reclamación de responsabilidad patrimonial, siendo notificado a los interesados.

**CUARTO.-** Solicitado por la instrucción un nuevo informe a la Dirección del centro, es emitido el 10 de junio de 2009, en el que expresa lo siguiente:

*“El alumno x., asistía a clase con regularidad, no registrándose faltas continuadas a lo largo del curso.*

*El día 25 de abril puntualmente se envió con el policía local de barrio (Policía tutor), un escrito a los padres de x, ya que no se pudo contactar con ellos telefónicamente, comunicándoles que a él y a su hermano, junto con un primo que también venía al colegio, se les vio por las calles del barrio, según llamada de una madre de alumna del centro.*

*Una vez entregado el escrito, un tío de x. procedió a la búsqueda de los menores, ya que al poco tiempo se presentó en el colegio con ellos, llegando instantes después el padre de x. Los alumnos fueron encontrados en el Barrio de Carmen, según nos comunicaron ambos progenitores.*

*Se les informó detalladamente de los hechos por parte de la Jefe de Estudios y el Director de colegio.*

*En el C.E.I.P. Santiago el Mayor no existe absentismo escolar, las ausencias sin justificar de los alumnos son como consecuencia de la no justificación por parte de los padres. El protocolo establecido para las faltas reiteradas e injustificadas son: la comunicación a la Jefatura de Estudios mediante un parte de conducta, ya que está recogida en el R.R.I. y en el Decreto 115/2005, de 21 de octubre, por el que se establecen las normas de convivencia en los centros docentes sostenidos con fondos públicos que imparten enseñanzas escolares. Una vez recibido el parte, se pone por la dirección del Centro la medida correctora, que es generalmente la comunicación a los padres por escrito para su justificación. Si las faltas son reiteradas, se pone en conocimiento de Asuntos Sociales del Ayuntamiento de Murcia, a través del educador social correspondiente. El Centro no comunica, salvo casos concretos de conocimiento de ausencia voluntaria del alumno o de absentismo, las faltas a los padres el mismo día que se producen, ya que no se comunican diariamente las faltas a la jefatura de estudios.*

*El día 11 de mayo, el curso 3º B, donde estaba adscrito el alumno x., tenía, de 9 a 10 horas, inglés, por lo que la tutora entró a clase a las 10 de la mañana. A la hora del recreo, 11:30 de la mañana, la tutora comentó a la dirección del Centro la ausencia de x. Este comentario coincidió con la llegada al centro del alumno x., contando los hechos ocurridos, por estar él presente. Tal como se indicó en el escrito enviado a la Consejería de Educación y Cultura el 11 de mayo de 2007, el Centro se puso en contacto con los padres a las 11:35, al tener conocimiento de la ausencia.*

*El caso que nos ocupa no se consideró absentismo, ya que el alumno no faltaba con asiduidad, y unos pocos días (el 25 de abril) se estuvo hablando con el padre sobre la ausencia de los hermanos.*

*La relación de la familia con el Centro se realizaba a través del padre, con el que se habían mantenido diversas entrevistas relacionadas con x, hermano de x, ya que él sí presentaba alguna conducta disruptiva en el Centro, no siendo este el caso de x. Asuntos Sociales a través del Educador Social, era conocedor de estas conductas de x.*

*Como cuestión complementaria aclaratoria, los alumnos venían solos al colegio desde la Orilla de la Vía, cuya vivienda estaba ubicada próxima al paso a nivel de la carretera de los Garres.*

*En ocasiones los hermanos eran vistos por los alrededores del colegio, una vez finalizada la jornada escolar y pasando hasta media hora de la salida del Centro."*

Obra también en el expediente (folio 52) un escrito de 25 de abril de 2007, registrado de salida el siguiente 26, de comunicación a los reclamantes la falta de asistencia a clase de sus hijos el referido 25 de abril de 2007.

**QUINTO.-** Solicitado en su día un informe al Ayuntamiento de Murcia sobre diversas cuestiones relacionadas con sus servicios de asistencia social en relación con los hermanos x, mediante oficio de 22 de octubre de 2009, la Teniente de Alcalde de Educación y Personal de dicho Ayuntamiento remitió los informes emitidos por el Jefe de Servicio de Servicios Sociales, la Jefa de Servicio de Educación y el Inspector Jefe de la Policía Local.

Además, y por lo que interesa especialmente a este expediente, relativo a la competencia autonómica de educación que se cuestiona, dicho Ayuntamiento remitió dos informes de su Policía Local:

En el informe de 25 de abril de 2007, el agente informante expresa lo siguiente:

*"Que la Sala de 092 me ha requerido para persone (sic) en el Colegio Público "Santiago el Mayor" por problemas de absentismo escolar de tres menores.*

*Que contacto con su director, x, el cual me pone de manifiesto que tres de sus alumnos llevan varios días sin ir a clase y han sido vistos por los jardines de las inmediaciones del colegio, y como consecuencia tienen que notificar a sus padres para tomar las medidas oportunas lo antes posible, aparte de que lo han puesto en conocimiento de Servicios Sociales.*

*Que se trata de los menores x, y., hermanos, y un primo de éstos que se llama x, todos de origen marroquí y residentes en la "—", del Barrio del Progreso.*

*Que se ha procedido a contactar con los padres de los referidos poniéndoles de manifiesto la problemática que se está sucediendo y notificándoles el escrito del Sr. Director, los cuales dicen desconocer que sus hijos no estuviesen asistiendo al colegio y que iban a contactar con el director.*

*Que se ha procedido por esta Unidad a intensificar la vigilancia por los jardines de la zona, no localizando a ningún menor y, en su caso, actuar en consecuencia. Finalizando el servicio sin más novedad".*

En el informe de 11 de mayo de 2007, el agente informante relata lo acontecido en relación con el suceso, y añade lo siguiente:

*"Que en el lugar de los hechos se persona quien dice ser padre del menor identificándose como x., con NIE "—", domiciliado en "—" de Santiago el Mayor y teléfono x., quien informa que el niño se llama x, de 10 años de edad, habiéndolo dejado esta mañana en el centro escolar Santiago el Mayor ubicado en la C/ Renacimiento de dicha pedanía.*

*Igualmente, identifica a los menores que acompañaban al niño como x., de 13 años y hermano del anterior, y un vecino llamado x., domiciliado en "—" de Santiago el Mayor, de quien se hace cargo su madre identificada como x".*

**SEXTO.-** Otorgado a los reclamantes un trámite de audiencia y vista del expediente, el 29 de octubre de 2009 presentan alegaciones, en las que reproducen lo expresado en su escrito inicial.

**SÉPTIMO.-** Solicitado por la instrucción un nuevo informe a la Dirección del centro escolar sobre determinados extremos de su funcionamiento, fue emitido por su Director el 2 de noviembre de 2009, en el que expresa lo siguiente:

*"El horario habitual de apertura de la puerta de acceso al patio es a las 8:45, aproximadamente. Dicha puerta permanece abierta hasta las 9:10, siendo el conserje del Centro el encargado de abrir y cerrar las puertas.*

*Una vez que los alumnos entran al patio, generalmente se ponen en sus filas correspondientes, aunque algunos dejan las carteras y juegan entre ellos y corren por el patio. Es a las 9:00 cuando toca la sirena y el profesorado que tiene clase con ellos en la primera hora los acompaña desde el patio hasta la clase.*

*El profesorado pasa lista una vez llegan a clase, para registrar los retrasos. El parte mensual de ausencias y retrasos los envía mensualmente a Jefatura de Estudios el tutor/a del*

*curso, aunque cada uno de los profesores que imparten clase lleva su registro particular. En caso de faltas continuadas sin justificar, se comunica con anterioridad a la Jefatura de Estudios.*

*En cuanto a x, habitualmente ya estaba a las puertas del colegio para su apertura. Era acompañado por su hermano x., que estaba matriculado en 6º. X. sí tenía absentismo, como ya se indicó en el anterior informe. Si no venía su hermano, x. venía solo, no siendo acompañado por ningún otro familiar adulto.*

*Ninguno de los dos hermanos se quedaban al comedor escolar, por lo que salían a las dos, no siendo recogidos por nadie. Se iban solos a casa, situada a más de 1 km. de distancia del Centro, en la “—”, cerca del cruce con la carretera de Los Garres.*

*Una vez terminada la jornada escolar, a partir de las 14 horas, a veces eran vistos jugando en los jardines del barrio, lo que se comunicó en ocasiones al padre. Cuando se avisaba a los padres, por algún motivo no acudían rápidamente al Centro, aduciendo que la madre tenía un niño pequeño y que el padre estaba trabajando.*

*Por último señalar que no asistían a clase el día final del Ramadán y que el día 11 de Marzo de 2.008, día del accidente, x. y su hermano no vinieron al colegio, ni fueron vistos en los alrededores, por tanto no estuvieron en su fila, ni entraron a clase con sus compañeros, ni saltaron la valla”.*

**OCTAVO.-** Otorgado a los reclamantes un nuevo trámite de audiencia y vista del expediente, por la incorporación de nuevos documentos, no consta su comparecencia ni la presentación de alegaciones.

**NOVENO.-** El 24 de noviembre de 2009 se formula propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación; en síntesis, por considerar que no existe una infracción del deber de vigilancia del alumno en cuestión, pues no resulta probado que los padres del menor lo dejaran en el colegio el día de los hechos, resaltando a tal efecto los informes del centro que expresan que el niño no se incorporó a la fila de entrada de alumnos, que nadie lo vió por el colegio tal día, y que era habitual ver a los hermanos x. sin compañía de adulto tanto a la entrada como a la salida del colegio; destaca que el centro avisó a los padres con ocasión de la falta de asistencia de los alumnos del anterior 25 de abril, y que el día del suceso se intentó la comunicación de la ausencia cuando fue posible, a la hora del recreo.

**DÉCIMO.-** En la fecha y por el órgano expresados en el encabezamiento del presente se solicitó el preceptivo Dictamen de este Consejo Jurídico, acompañando el expediente y su extracto e índice reglamentarios.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

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

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

#### **SEGUNDA.- Legitimación, plazo de la reclamación y procedimiento.**

I. Los reclamantes, al sufrir los daños morales derivados de la muerte de su hijo, imputados a la actuación administrativa regional, están legitimados para ejercitar la acción de reclamación.

La legitimación pasiva de la Administración regional deriva del hecho de dirigirse contra la misma la presente reclamación, por ser de titularidad pública regional el servicio o actividad educativa a cuyo anormal funcionamiento se imputan los daños por los que se reclama indemnización.

II. 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), vista la fecha del Auto finalizador de las actuaciones penales y la de la presentación de la reclamación de responsabilidad patrimonial.

III. La tramitación realizada se ajusta, en lo sustancial, a lo establecido en la LPAC y su reglamentación de desarrollo.



Debe advertirse que la transcripción del informe del Director del colegio de fecha 2 de noviembre de 2009, realizada en el Antecedente de Hecho Séptimo de la propuesta, no es literal. Debe corregirse esta circunstancia y ajustarse literalmente a lo allí expresado, tal y como se realiza en el Antecedente Séptimo del presente Dictamen.

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

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), requiriéndose para declarar dicha responsabilidad, entre otros supuestos posibles y por lo que atañe al caso que nos ocupa, una infracción del deber de custodia y vigilancia del alumnado, con el nivel exigible a un buen padre de familia.

II. En el presente caso, debe comenzarse por señalar que este procedimiento sólo ha de versar sobre el funcionamiento de los servicios públicos educativos regionales, en la medida en que no se está ante un supuesto de actuación en forma colegiada de dos Administraciones Públicas distintas, caso en el que la determinación de la eventual responsabilidad patrimonial de ambas Administraciones y sus respectivas competencias habría de hacerse en un único procedimiento, ex artículo 18 RRP.

Por lo que interesa al presente procedimiento, los reclamantes imputan el daño producido, además de a la actuación del Ayuntamiento de Murcia, al anormal funcionamiento del servicio público educativo regional, en su vertiente relativa al deber de custodia y vigilancia de los alumnos que asisten a un centro escolar de competencia autonómica, alegando que hubo una infracción de

dicho deber, en cuanto afirman que el niño fue dejado bajo la custodia del centro en la mañana del día del accidente, de forma que debió escaparse de dicho centro para ir al lugar en el que luego se produjo tal suceso.

Sin embargo, deben rechazarse tales alegaciones y, en consecuencia, la presente reclamación, en tanto no se acredita el presupuesto de hecho en que se basa, esto es, que el día del accidente el niño fuera dejado en el colegio al cuidado de los responsables del mismo. En este sentido, debe comenzarse por indicar que las resoluciones recaídas en el ámbito penal no declaran probado tal hecho, lo que se explica si se tiene en cuenta que determinan la irresponsabilidad penal de terceros por el hecho probado de que el menor saltó la valla protectora del embalse. Así, por esta razón, el auto de la Audiencia Provincial se plantea en términos de mera hipótesis la cuestión relativa a la custodia del niño por el colegio (*“aun en el supuesto de que fuese cierta la responsabilidad que se afirma en el personal docente y en los técnicos y empleados municipales...”*), no predeterminando, pues, el hecho relativo a la puesta a disposición del alumno al profesorado.

Por otra parte, es claro que no puede resultar concluyente la mera manifestación de uno de los reclamantes (el padre) en el sentido de que dejó al niño en el colegio. En cualquier caso, de los informes emitidos en el presente procedimiento se deduce que aquel día el alumno en cuestión no se incorporó a la fila de alumnos que se forma inmediatamente antes de la entrada a las clases, que es el procedimiento establecido por el centro por el que, según se desprende de dichos informes, se producía la *“recepción”* de los alumnos por sus profesores y, en consecuencia, determinaba el momento en que comenzaba su deber de custodia y vigilancia. En este sentido, debe recordarse que el Consejo de Estado considera que el simple hecho de que se produzcan eventos dañosos a la entrada de los alumnos al recinto escolar no determina necesariamente la responsabilidad del centro, de lo que se infiere que el mero hecho de penetrar en su recinto no implica desde tal momento el comienzo del deber de custodia por el profesorado (vid. Dictámenes nº 415 y 2420 de 2002, de 7 de marzo y 19 de septiembre). No obstante lo cual, como se dice, ni siquiera se acredita que los alumnos acudieran tal día al colegio.

Por ese motivo, no resulta correcta la consideración contenida en el fundamento jurídico Sexto de la propuesta de resolución en el extremo en que apunta a que, en la hipótesis de que el menor hubiera estado (sin más) en el recinto escolar y hubiera salido del mismo (lo que la propuesta acertadamente rechaza), podría haber existido responsabilidad del conserje y, en consecuencia, de la Administración, pues uno de los informes del Director del colegio indica que la función de dicho empleado era la de abrir y cerrar las puertas del recinto (y las propias de

seguridad, se entiende), lo que no autoriza a extender tal función a la de vigilar a los alumnos en tal momento de entrada de los mismos al centro; obviamente, su presencia puede ser útil a tal efecto, pero sin que ello pueda considerarse una obligación del colegio frente a los padres u otros responsables en dejar a los alumnos bajo la efectiva custodia del profesorado. En consecuencia, tal consideración, aun formulada en términos de mera hipótesis, debe eliminarse de la propuesta de resolución dictaminada.

Además, y corroborando todo lo anterior, los citados informes señalan que el alumno en cuestión y su hermano acudían solos al centro, y que ya habían faltado en ocasiones anteriores, como el 25 de abril anterior, por lo que es razonable pensar que pudieran no acudir tampoco el día del accidente, y no que burlaran la vigilancia del profesorado, como pretenden los reclamantes. Además, consta que la falta a clase del anterior 25 de abril fue comunicada en su día a los padres, que veían así reforzado su ya originario deber de procurar que sus hijos acudieran al centro y ponerlos efectivamente a disposición del profesorado, especialmente debido a la reconocida, y conocida por ellos (al menos desde tal fecha) conducta absentista del hermano del fallecido. Nada han opuesto ni probado en contrario los reclamantes sobre estos extremos (art. 217 de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil).

Todo lo anteriormente expuesto determina que no pueda admitirse que exista 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, por lo que procede desestimar la reclamación objeto del presente procedimiento.

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

### **CONCLUSIONES**

**PRIMERA.-** No existe la necesaria y adecuada relación de causalidad entre el funcionamiento de los servicios públicos regionales educativos y los daños por lo que se reclama indemnización, por las razones expresadas en la Consideración Tercera del presente Dictamen. En consecuencia, la propuesta de resolución, en cuanto es desestimatoria de la reclamación de responsabilidad patrimonial, se informa favorablemente.

**SEGUNDA.-** No obstante, debe corregirse dicha propuesta de resolución, en los términos y por las razones expresadas en la Consideración Segunda, III y Tercera del presente Dictamen

No obstante, V.E. resolverá.



**DICTAMEN 89/2010**

<b>Asunto</b>	Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hija, debida a accidente escolar.
<b>Consultante</b>	Consejero de Educación, Formación y Empleo
<b>Fecha</b>	03/05/2010

**Extracto de Doctrina**

Fue un accidente razonablemente inevitable, al intervenir la monitora en la discusión de los dos niños implicados en la pelea (lo que realizó inmediatamente de producirse ésta), sin que en el caso se hubieran acreditado circunstancias que determinasen que fuera exigible una diligencia especial para adoptar medidas previsoras de los hechos.

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** Mediante oficio de 5 de octubre de 2007, el Director del Colegio de Educación Infantil y Primaria “*Nuestra Señora de la Paz*”, de Puente Tocinos (Murcia), remitió a la Consejería consultante un escrito de x., de reclamación de daños y perjuicios contra la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, por los daños materiales sufridos a consecuencia del accidente acaecido el 18 de septiembre de 2007 en dicho centro escolar, en el que intervino su hija menor de edad x. En la citada reclamación se alega lo siguiente: *“Pelea entre dos niños, al mediar la monitora para separarlos, las gafas cayeron al suelo y fueron pisadas por lo cual se rompieron”*. Solicita una indemnización de 150 euros.

A dicho escrito acompaña fotocopia del Libro de Familia y una factura de 16 de enero de 2007, por importe de 150 euros, por unas gafas graduadas.

Junto con la reclamación, se remite un informe de 1 de octubre de 2007, del Director del centro, describiendo así los hechos: *“hubo una pelea entre dos niños y, al mediar la monitora, las gafas cayeron al suelo y accidentalmente las pisó, por lo que se rompieron”*.

**SEGUNDO.-** Con fecha de 23 de octubre de 2007, el Secretario General de la Consejería de Educación, Ciencia e Investigación dicta resolución admitiendo a trámite la reclamación de responsabilidad patrimonial y designando instructora del procedimiento, siendo notificada dicha resolución a la interesada.

**TERCERO.-** Solicitado informe al centro, fue emitido el 9 de noviembre de 2009, en el que su Director expresa lo siguiente:

*"Durante la comida, existió una pelea entre la niña que portaba las gafas y otro niño, al mediar la monitora éstas cayeron al suelo y fueron accidentalmente pisadas por la monitora del comedor, causando su rotura.*

*El desorden lo produjeron los niños con sus discusiones y la intervención de la monitora fue inmediata como ocurre en estos casos y en este servicio, durante el cual los niños están continuamente vigilados. Por otra parte hay que añadir que la monitora x., testigo de los hechos, ya no presta sus servicios en el centro desde el curso 2008-2009 y que la niña se trasladó a otro centro en septiembre de 2008 por lo que me remito a la reunión que tuvimos entonces para aclarar los hechos a la que asistimos las monitores de comedor, la madre de la niña y esta dirección".*

**CUARTO.-** Otorgado a los reclamantes el preceptivo trámite de audiencia y vista del expediente, no consta su comparecencia ni la presentación de alegaciones.

**QUINTO.-** El 10 de noviembre de 2009 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 educativos regionales y los daños por los que se reclama indemnización.

**SEXTO.-** En la fecha y por el órgano expresados en el encabezamiento del presente, se solicitó el preceptivo Dictamen de este Consejo Jurídico, acompañando el expediente y su extracto e índice reglamentarios.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

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

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

de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial (RRP).

**SEGUNDA.- Legitimación, plazo de la reclamación y procedimiento.**

I. La reclamante, al sufrir los daños materiales imputados a la actuación administrativa regional, está legitimada para ejercitar la acción de reclamación.

La legitimación pasiva de la Administración regional deriva del hecho de dirigirse contra la misma la presente reclamación, por ser de titularidad pública regional el servicio o actividad educativa a cuyo anormal funcionamiento se imputan los daños por los que se reclama indemnización.

II. 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).

III. La tramitación realizada se ajusta, en lo sustancial, a lo establecido en la LPAC y su reglamentación de desarrollo.

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

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), sin que quepa, por otra parte, exigir al personal docente una diligencia superior a la que se pediría a un padre de familia (STS de 26 de febrero de 1998).

II. En este supuesto de que se trata, de los informes de la Dirección del Centro se deduce que el daño fue fortuito, ya que no existió intención de la monitora de pisar las gafas de la alumna, sino que fue un accidente razonablemente inevitable, al intervenir la misma en la discusión de los dos niños implicados en la pelea (lo que realizó inmediatamente de producirse ésta), sin que en el caso se hubieran acreditado circunstancias que determinasen que fuera exigible una diligencia especial para adoptar medidas previsoras de los hechos y, en consecuencia, del accidente, que, por su carácter, no pudo haberse evitado razonablemente por la Administración.

No puede afirmarse, pues, que haya existido un mal funcionamiento del servicio sino, al contrario, éste fue correcto, al intervenir rápidamente la profesora para evitar males mayores entre los alumnos. En este sentido, siendo inevitable que los alumnos puedan realizar conductas como la del caso, el daño vino a ser propiciado, indirectamente, por la conducta de los mismos, por lo que no puede ser imputado, de forma jurídicamente adecuada para generar responsabilidad patrimonial, al funcionamiento de los servicios públicos educativos regionales.

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

### **CONCLUSIÓN**

**ÚNICA.-** No existe la necesaria y adecuada relación de causalidad entre el funcionamiento de los servicios públicos regionales educativos y los daños por los que se reclama indemnización, por las razones expresadas en la Consideración Tercera del presente Dictamen. En consecuencia, la propuesta de resolución, en cuanto es desestimatoria de la reclamación de responsabilidad patrimonial, se informa favorablemente.

No obstante, V.E. resolverá.



**DICTAMEN 90/2010**

**Asunto** Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hija, debida a accidente escolar.

**Consultante** Consejero de Educación, Formación y Empleo

**Fecha** 05/05/2010

**Extracto de Doctrina**

Nota: igual doctrina que la expresada en el Dictamen 1/2010.





**DICTAMEN 91/2010**

**Asunto** Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.

**Consultante** Consejero de Educación, Formación y Empleo

**Fecha** 05/05/2010

**Extracto de Doctrina**

Nota: igual doctrina que la expresada en el Dictamen 81/2010.



**DICTAMEN 92/2010**

**Asunto** Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hija, debida a accidente escolar.

**Consultante** Consejero de Educación, Formación y Empleo

**Fecha** 05/05/2010

**Extracto de Doctrina**

Nota: igual doctrina que la expresada en el Dictamen 14/2010.



**DICTAMEN 93/2010**

**Asunto** Proyecto de Decreto por el que se aprueba el catálogo de juegos y apuestas de la Región de Murcia.

**Consultante** Consejera de Economía y Hacienda

**Fecha** 05/05/2010

**Extracto de Doctrina**

La trascendencia del cumplimiento de tal requisito de justificación detallada (que no puede ser subsanado, en ningún caso, por la emisión del presente Dictamen circunscrito únicamente a aspectos de legalidad) ha sido puesta de relieve por la jurisprudencia, al suponer un defectuoso cumplimiento del procedimiento, que podría llevar arrastrado la nulidad de la disposición (STS, Sala 3ª, de 19 de marzo de 2008). Precisamente tanto la audiencia a organizaciones representativas, como la motivación de la regulación que se adopta, es una garantía ad extra de la disposición que se dicta necesaria para evidenciar que el contenido discrecional que se incorpora no supone un ejercicio arbitrario de la potestad reglamentaria (STS, Sala 3ª, de 13 de noviembre de 2000).

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** El 30 de julio de 2008, el Director General de Tributos remite para su tramitación al Secretario General de la entonces Consejería de Hacienda y Administración Pública el borrador del Proyecto de Decreto por el que se aprueba el Catálogo de Juegos y Apuestas de la Región de Murcia, que se reproduce en los folios 3 a 123 del expediente, elaborado en fecha indeterminada.

De la misma fecha es la denominada memoria justificativa del Proyecto de Decreto, suscrita por el mismo titular del centro directivo, que, tras resumir las competencias autonómicas y la normativa en vigor en la materia (Decreto 28/1996, de 29 de mayo, por el que se aprueba el Catálogo de Juegos y Apuestas de la Región de Murcia, modificado en varias ocasiones), destaca la insuficiencia del reglamento vigente, por la evolución tecnológica y las demandas de los sectores del juego privado, que han confluído en la necesidad de elaborar un nuevo reglamento que recoja un amplio espectro de los juegos de casino, las distintas modalidades de bingo electrónico y las apuestas, además de los juegos que ya estaban incluidos en la normativa vigente, con vocación de desplazar la Orden del Ministerio de Interior de 9 de octubre de 1979, por la que se aprueba la

versión definitiva del Catálogo de Juegos y Apuestas, al tratarse de un órgano que carece actualmente de competencias en esta materia.

La memoria destaca el amplio consenso alcanzado, singularmente con la Asociación Española de Casinos de Juego y con la Asociación Murciana Empresarial del Juego, que han aportado propuestas de gran utilidad en la preparación del Proyecto para que cumpla los objetivos expuestos.

En el apartado de motivación técnica (folios 133 y 134), se relacionan los juegos que se incluyen, sin entrar en su concreta regulación o modificaciones introducidas, añadiendo no obstante, en relación con el juego del bingo, que las nuevas tecnologías han desarrollado nuevas formas (bingos electrónico y automático). También se destaca que con esta propuesta la normativa autonómica se armoniza con la legislación de otras Comunidades Autónomas, tales como Valencia, Aragón, Extremadura o Castilla La Mancha, incluyendo prácticamente los mismos juegos con las mismas, o muy parecidas reglas, que los contenidos en el Proyecto.

En el mismo documento se incluye un apartado 6, bajo el epígrafe “omisión del trámite de audiencia”, donde se argumenta la falta de audiencia a otras asociaciones o agrupaciones que representan a los ciudadanos, en tanto se considera que las interesadas participan en la Comisión de Juego y Apuestas de la Región de Murcia, que ha informado el Proyecto; concretamente, se señala que participan en dicha Comisión un representante de la Unión de Consumidores de Murcia y de las Asociaciones del sector empresarial en la materia (Asociación Española de Casinos de Juego, Asociación Murciana de Empresarios del Juego y Asociación Independiente de Máquinas Recreativas), además de contar, como asesor, a un responsable de la Asociación de Ayuda al Jugador de Azar en la Región.

La memoria también aborda de forma sucinta la repercusión económica de la norma, por la práctica de los juegos incluidos en el Catálogo, que concreta en un montante anual de 65.140.188 euros, según la distribución que se contiene en el folio 138.

Por último, en el apartado 8 del mismo documento, bajo el epígrafe “impacto por razón de género”, se incluye una consideración a este respecto con la finalidad de cumplir con lo previsto en el artículo 53.1 de la Ley 6/2004, de 28 de diciembre, del Estatuto del Presidente y del Consejo de Gobierno de la Región de Murcia (en lo sucesivo Ley 6/2004), sobre la exigencia de valoración del impacto por razón de género en las disposiciones reglamentarias, afirmándose que *“en el articulado del presente Proyecto no existe ninguna dicción o referencia discriminatoria por razón de*

*género, siendo, por tanto, coherente y respetuoso con los principios contenidos en la citada Ley (...)*”.

**SEGUNDO.-** Entre los antecedentes del primer borrador del Proyecto de Decreto, constan los siguientes en el expediente:

1º) Propuesta de redacción del Catálogo de Juego y Apuestas, de fecha 11 de enero de 2008, presentada ante la Dirección General de Tributos por x., en representación de la Asociación Española de Casinos de Juego (folios 142 a 242), que se incorpora en su totalidad al articulado del Proyecto.

2º) Propuesta de la Asociación Murciana de Empresarios del Juego, de 15 de febrero de 2008, solicitando la modificación del Catálogo de Juegos y Apuestas de la Región para introducir, junto al bingo tradicional, los bingos electrónico y automático, que son definidos (folio 130).

3º) Acuerdo de la Comisión del Juego y Apuestas de la Región de Murcia, de 22 de julio de 2008, que informó favorablemente el Proyecto, según se refleja en el acta obrante en los folios 125 a 129.

**TERCERO.-** Recabado el informe del Servicio Jurídico de la Consejería de Economía y Hacienda, es evacuado el 3 de octubre de 2008 en sentido favorable, si bien se realizan las siguientes observaciones (folios 244 a 247):

1ª) Debería formalizarse, en informes separados, tanto el estudio económico, como la valoración del impacto por razón de género, este último exigido por la Disposición final cuarta 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, que incluye un nuevo párrafo en el apartado 1 del artículo 53 de la Ley 6/2004, por el que se impone la obligación de que los reglamentos se acompañen de un informe sobre el impacto por razón de género de las medidas que en ellos se establezcan.

2ª) Para su correspondiente valoración por el órgano directivo proponente, se transcribe por el informante parte de las consideraciones contenidas en el Dictamen 54/08 de este Consejo Jurídico, sobre el entonces Proyecto de Reglamento de Máquinas Recreativas y de Azar, acerca de la falta de audiencia en el procedimiento de elaboración a otros departamentos de la Administración regional, cuyas competencias inciden en la materia.

3ª) La necesidad de completar el procedimiento con los siguientes informes: el informe jurídico de la Vicesecretaría de la Consejería de Economía y Hacienda, el Dictamen del Consejo Económico y Social, en atención a su contenido, y el informe de la Dirección de los Servicios Jurídicos de la Comunidad Autónoma, según preceptúa el artículo 7.1,f) de la Ley 4/2004, de 22 de octubre, de Asistencia Jurídica de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia y, por último, la necesidad de recabar el Dictamen de este Consejo Jurídico.

4ª) La procedencia de sustituir en el Proyecto las referencias a la Consejería de Hacienda y Administración Públicas por la Consejería de Economía y Hacienda, de acuerdo con las normas de organización vigentes de la Administración Regional.

5ª) Por último, en cuanto al contenido del Proyecto, no observa obstáculos de legalidad, al considerar que se adecua, en términos generales, a las normas sustantivas que rigen la materia de juegos y apuestas y, en particular, a lo previsto en la Ley 2/1995, de 15 de marzo, Reguladora del Juego y Apuestas de la Región de Murcia.

**CUARTO.-** Por escrito de 8 de octubre de 2008, el Director General de Tributos analiza las anteriores observaciones (folio 248) manifestando que la corrección a la denominación de la Consejería competente se ha plasmado en el texto. Sobre la conveniencia de otorgar un trámite de audiencia a otros departamentos de la Administración regional (sanidad y consumo), señala lo siguiente:

*“es innecesario sustanciar el trámite en relación con tales competencias, por cuanto que en materia de consumo ha conocido el proyecto la Unión de Consumidores de Murcia, a través de su participación en la Comisión de Juegos y Apuestas de la Región de Murcia, y en materia de sanidad la norma que se tramita se limita a elaborar una relación de los juegos autorizables y sus normas de desarrollo, pero no regula la participación y protección de los jugadores en dichos juegos, cuestión ésta que corresponde a otro campo del ordenamiento del juego”.*

Al citado escrito acompaña el segundo borrador del Proyecto de Decreto (Doc. 3, folios 249 a 369), que coincide con el texto sometido a Dictamen, según diligencia de la titular de la Consejería de Economía y Hacienda de 14 de diciembre de 2009.

**QUINTO.-** Previo informe de la Vicesecretaria de la Consejería consultante, de 3 de noviembre de 2008, se recaba el Dictamen del Consejo Económico y Social de la Región de Murcia

(CESRM, en lo sucesivo), que en sesión plenaria de 16 de diciembre siguiente informa favorablemente el Proyecto de Decreto, porque supone ofrecer una respuesta a la repercusión que la incidencia de las nuevas tecnologías tienen sobre la práctica de los juegos de azar y, singularmente, del juego del bingo, al tiempo que se amplía el espectro de los juegos de casino conforme a la evolución de la práctica de los mismos. No obstante, se realizan varias observaciones de índole general: la primera tendente a que se incorpore, como miembro de pleno derecho de la Comisión del Juego y Apuestas, un representante de las asociaciones de ayuda a las personas afectadas por trastornos adictivos relativos a la práctica de juegos de azar; la segunda para reiterar su petición de que la Administración regional asuma la realización de un estudio sobre las ludopatías en la Región de Murcia; la tercera orientada a la regulación de la publicidad de los juegos de azar, que en opinión del CESRM debe estar sujeta a las mismas condiciones que el tabaco y las bebidas alcohólicas, lo que debería incorporarse a cada uno de los reglamentos específicos de los juegos. En cuarto lugar, el CESRM muestra su preocupación por la ausencia de una regulación que aborde la práctica de juegos y apuestas realizados a distancia (internet y telefonía móvil). Finalmente, se propone que una parte porcentual de los ingresos que obtiene la Administración regional derivados de los tributos en materia de juego se destine, a través de un fondo finalista, a la financiación de las acciones dirigidas a la prevención de los trastornos adictivos y a la rehabilitación de las personas afectadas por la ludopatía.

**SEXTO.-** Analizadas las anteriores observaciones y sugerencias del CESRM por el centro directivo competente, su titular considera, mediante escrito de 25 de febrero de 2009 (folios 389 y 390), que no se refieren al ámbito concreto de regulación del Proyecto de Decreto que se tramita, si bien manifiesta que la realizada a la incorporación, como miembro de pleno derecho, de un representante de las asociaciones de las personas afectadas por trastornos adictivos, ya se encuentra en curso.

**SÉPTIMO.-** La Dirección de los Servicios Jurídicos de la Comunidad Autónoma emite informe favorable el 1 de abril de 2009, a reserva de la subsanación de las siguientes observaciones (folios 399 a 406):

1ª) En cuanto al procedimiento de elaboración, se considera que el modelo de memoria justificativa utilizado, suscrito por el Director General de Tributos, que integra los antecedentes, la justificación técnica y jurídica, el estudio económico y el informe de impacto de género, no responde a los fines del procedimiento regulado en la Ley 6/2004, que atribuye al titular del centro directivo la propuesta dirigida al Consejero, correspondiendo al responsable del Servicio que ostenta las competencias en materia de juego la justificación técnica y jurídica, que avale la

necesidad de la modificación normativa que se impulsa, y la declaración de impacto por razón de género. Con independencia de ello, considera que no consta en el expediente el estudio económico a que se refiere el artículo 53.1, último párrafo, de la Ley 6/2004, sin que pueda cumplir tal propósito la escueta dicción contenida en la memoria, sobre todo en el capítulo de gastos, conforme a nuestra doctrina (Dictamen 157/2007). Tampoco respecto al impacto de género, cuyo informe resulta preceptivo, sobre la base de lo afirmado también por nuestra Memoria correspondiente al año 2007, que se transcribe.

2ª) Asimismo señala que en el expediente no queda justificada la omisión del trámite de audiencia a otras Consejerías, que ostentan competencias que inciden en la materia (Sanidad, Consumo, Política Social, etc.), sino que, por el contrario, por la relevancia y trascendencia de la norma, hubiera sido conveniente su consulta, con cita a nuestro Dictamen 54/2008; pone como ejemplo que dicha audiencia se realizó en su día con el reglamento que ahora se pretende derogar, teniendo en cuenta, además, que los restantes departamentos no tienen otro cauce para formular sus consideraciones sobre el Proyecto de Decreto.

3ª) En las observaciones particulares al Proyecto de Decreto, no advierte obstáculos de legalidad, al considerar que se adecua, en términos generales, a lo dispuesto en la Ley 2/1995, de 15 de marzo, Reguladora del Juego y Apuestas de la Región de Murcia.

**OCTAVO.-** Frente a las observaciones del órgano preinformante, el Director General de Tributos, mediante escrito de 4 de diciembre de 2009, señala:

1º) Sobre que la memoria justificativa habría de ampararse en la firma del responsable del Servicio responde:

*“Esta recomendación u opinión podrá ser tenida en cuenta por esta Dirección General en la elaboración de futuras normas reglamentarias, pero no parece oportuno proceder a la modificación del expediente en este momento de su tramitación y, teniendo en cuenta que, además, conllevaría la firma por un Jefe de Servicio distinto al que en su día lo impulsó, al haberse producido un cambio de la persona responsable del mismo, y que, por otra parte, no existe una concreta atribución de dicha función en el Servicio por el Decreto de Estructura”.*

2º) En lo que se refiere al estudio económico, se procede a ampliarlo en la forma que se describe en los folios 408 y 409.



3º) Sobre la ausencia de consulta a otras Consejerías cuya función puede incidir en el juego, considera que no es necesario sustanciar dicho trámite, en cuanto que las mismas han conocido el Proyecto a través de su participación en la Comisión de Juegos y Apuestas de la Región de Murcia. De otra parte, se argumenta que la norma no regula nuevos juegos, sino que se limita a su descripción, regulación de modalidades, elementos y reglas de los juegos ya establecidos en la Ley, no estableciendo la participación y protección de los jugadores en dichos juegos, cuestión que corresponde a otro campo del ordenamiento jurídico.

4º) Por último, se amplía el informe de impacto por razón de género en los folios 410 y 411.

**NOVENO.-** Con fecha 17 de diciembre 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 y extensión del Dictamen.**

El expediente sometido a consulta versa sobre un Proyecto de Decreto por el que se aprueba el Catálogo de Juegos 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 (LCJ).

#### **SEGUNDA.- Competencias autonómicas en materia de juego y habilitación reglamentaria.**

Como ha tenido ocasión de reiterar el Consejo Jurídico en sus Dictámenes sobre el desarrollo reglamentario de la Ley regional 2/1995 (por todos, Dictámenes 54 y 181 del año 2008 y 76 del año 2009), 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), como se dice en la parte expositiva del Proyecto de Decreto. En ejercicio de esta competencia exclusiva, la CARM extiende su regulación a las actividades propias de juegos y apuestas en sus distintas modalidades, a la fabricación y distribución de los materiales relacionados con el juego, a los locales e instalaciones donde se llevan a cabo, a las personas

naturales o jurídicas que intervienen en la gestión, explotación y práctica de los mismos, a la planificación, así como al régimen sancionador.

Sin embargo, este título competencial no es el único que incide en el sector material del juego, como han destacado también los Dictámenes precitados, pues además de los tributarios (Disposición adicional primera del Estatuto de Autonomía, EAMU en lo sucesivo), se encuentran los relativos a la defensa del consumidor y usuario (artículo 11.7 EAMU), los tendentes a la protección de la salud (artículo 11.1 y 10. Uno, 18 EAMU), o espectáculos públicos (artículo 10. Uno, 24 EAMU). Específicamente, la competencia autonómica en materia de defensa de consumidores y usuarios legitima la intervención de la Administración regional en el sector del juego, en aplicación de principios y valores sustentados en nuestra Constitución, como son los relativos a la 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 los derechos económicos (por todas, STS, Sala 3ª, de 3 de junio de 1996).

En desarrollo de las competencias estatutarias en materia de juego 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 4 de la citada Ley establece que sólo podrán ser practicados los juegos y apuestas que se encuentren incluidos en el Catálogo de Juegos y Apuestas, que deberá especificar para cada uno de ellos:

- a) Las denominaciones con que sea conocido y sus posibles modalidades.
- b) Los elementos imprescindibles para su práctica.
- c) Las reglas por las que se rige.
- d) Los condicionantes, restricciones y prohibiciones que se considere necesario imponer a su práctica.

También la Ley regional establece los establecimientos en los que se practicarán los juegos permitidos (los incluidos en el Catálogo), cuyas determinaciones también habrán de ser tenidas en cuenta en el presente desarrollo reglamentario (artículos 12 y ss.).

Las previsiones legales fueron desarrolladas por el Decreto 28/1996, ya citado, por el que se aprobó el vigente Catálogo de Juegos y Apuestas, que ha sufrido diversas modificaciones reseñadas también en la parte expositiva del Proyecto (párrafo cuarto).

Por último, el Consejo de Gobierno se encuentra específicamente habilitado por la Ley 2/1995 para aprobar el Catálogo de Juegos y Apuestas (artículo 10.1 y Disposición final primera), 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, sin perjuicio de las observaciones que ulteriormente se realizarán sobre la falta de habilitación específica para introducir determinadas modificaciones.

### **TERCERA.- Procedimiento de elaboración.**

En cuanto a la tramitación seguida, se indica por parte del titular del centro directivo competente que se ha prescindido del trámite de audiencia, al amparo de lo dispuesto en el artículo 53.3,d) de la Ley 6/2004, por cuanto las organizaciones o asociaciones que agrupan o representan a los ciudadanos en materia de juegos y apuestas, tales como la Unión de Consumidores de Murcia, Asociación Española de Casinos de Juego, Asociaciones Murcianas de Empresarios de Juegos (bingo) e Independiente de Empresarios de Máquinas Recreativas, así como los sindicatos, forman parte de la Comisión de Juego y Apuestas de la Región de Murcia, que informó el Proyecto de Decreto en su sesión de 22 de julio de 2008.

La tramitación del presente Proyecto suscita varias cuestiones, no circunscritas todas ellas a la motivación de la falta del trámite de audiencia específico a organizaciones representativas de intereses de los ciudadanos, cuya omisión en el presente caso podría estar justificada, pero únicamente en relación con aquellas representadas en la Comisión de Juego y Apuestas que hubieran participado en la elaboración del informe del órgano colegiado de asesoramiento, conforme a la literalidad del artículo 53.3,d) de la Ley 6/2004: *“podrá también prescindirse del trámite anterior, si las organizaciones o asociaciones (...) hubieran participado por medio de informes o consultas en el proceso de elaboración indicado en el apartado 2 de este artículo”*.

Los problemas se suscitan cuando tales organizaciones no han participado en la elaboración del acuerdo del órgano colegiado, o cuando se ha prescindido de la participación de otros departamentos de la Administración regional, que a su vez ostentan competencias transversales en materia de juego, cuyos títulos competenciales se han citado en la Consideración anterior, como recuerdan los informes de los órganos preinformantes, con cita de nuestra doctrina.

Antes de abordar estas cuestiones, conviene destacar la importancia que la Ley 6/2004 (artículo 53) otorga en el procedimiento de elaboración de los reglamentos a la elaboración de estudios e informes que justifiquen su necesidad, a la solicitud de informes de otros departamentos, así como a la participación de los afectados, articulándose varias fórmulas al respecto en el artículo precitado.

En relación con las consultas a otros departamentos de la Administración regional afectados por las competencias transversales en materia de juego, este Consejo Jurídico señaló en el Dictamen 181/2008:

*“La anterior consideración, reiterada por el Consejo Jurídico en anteriores dictámenes sobre la materia, tiene por finalidad que la Consejería consultante tenga en cuenta dicha incidencia en otros sectores durante el procedimiento de elaboración de las normas en esta materia, otorgando las correspondientes audiencias a los departamentos competentes, todo ello, con independencia, por ejemplo, de que tengan representación en la Comisión de Juego y Apuestas de la Región los consumidores y usuarios, por cuanto ello no excluye de la necesaria intervención del departamento que ejercita la competencia, en aras todo ello de la coordinación interadministrativa”.*

Por tanto, ha de examinarse el procedimiento de elaboración del presente Proyecto de Decreto, atendiendo a la materia normada y al grado de participación efectiva de tales organizaciones representativas y departamentos de la Administración regional en el procedimiento seguido. Resultado de todo ello son las siguientes consideraciones:

1ª) En cuanto a la participación de otros departamentos de la Administración regional, no consta el trámite de audiencia a la competente en materia de consumo y sanidad (Consejería de Sanidad y Consumo), sin que tampoco haya asistido ningún representante de la misma a la Comisión de Juegos y Apuestas, cuyo informe, en relación con este Proyecto, se evacuó antes de la reforma de la citada Comisión (Decreto 311/2009, de 25 de septiembre), que ahora sí establece un vocal en su representación, concretamente en materia de salud pública. Esta ausencia de audiencia, sobre todo en materia de consumo y salud pública, contrasta con el procedimiento que en su día se adoptó en la elaboración del Decreto vigente, que sí fue sometido a informe de las restantes Consejerías, según refiere el informe de la Dirección de los Servicios Jurídicos de la Comunidad Autónoma (folio 403), indicando que en aquel procedimiento “constan incorporados los de la Consejerías de Sanidad y Política Social, Presidencia e Industria, Turismo y Consumo”.

Por ello, no se sustenta el argumento del centro directivo de que el trámite a la Consejería competente en materia de sanidad y consumo resulta innecesario porque ha conocido el Proyecto a través de su participación en el órgano colegiado (folio 409), a la vista de que ningún representante de aquella Consejería participó en la sesión de 22 de julio de 2008 de la Comisión del Juego y Apuestas que informó el texto (en el orden del día de aquella sesión se incluyeron tres Proyectos de Decreto, incluido el que se dictamina, y el Anteproyecto de la Ley regional en materia de juego). Tampoco resulta convincente, para fundamentar la exclusión de la audiencia, la afirmación de que el Catálogo no regula nuevos juegos, sino que se limita a su descripción, elementos y reglas de juego, pues, aún reconociendo el carácter esencialmente técnico de su contenido, no puede ser motivo para excluir el trámite de audiencia, más aún cuando se puede afirmar a *sensu contrario* que el Proyecto incluye nuevos juegos (en una importante proporción) y que al regular las reglas de su práctica, se incide en la participación de los jugadores en los mismos. Ahondando en esta cuestión, resulta necesario destacar la importante reforma acometida por el Proyecto respecto a los juegos del bingo (artículo 117 y ss.).

En consecuencia, este Órgano Consultivo considera que la audiencia a otros departamentos de la Administración regional con competencias transversales en materia de juego resulta necesaria en la regulación de esta materia (salvo en aspectos puramente organizativos de la Consejería consultante), porque dicha audiencia no supone, en ningún caso, incrementar el plazo para la aprobación de la disposición y, por el contrario, permite plasmar el principio de coordinación en el ejercicio de las competencias, así como reforzar los fundamentos de la materia regulada. En su aplicación al presente caso, se considera necesario completar el procedimiento con la audiencia a la Consejería de Sanidad y Consumo, que aglutina ambas vertientes, como ha recordado tantas veces este Órgano Consultivo.

2ª) En relación con la participación de las organizaciones de consumidores y usuarios, pese a que el informe del centro directivo sostiene que forma parte un representante de las mismas en la Comisión del Juego y Apuestas, lo cual es cierto, sin embargo, del acta correspondiente a la sesión del citado órgano de asesoramiento en la que se informó el borrador, se desprende que no participó el representante de la Unión de Consumidores de Murcia (folio 129), ni tampoco consta, en su defecto, que se otorgara posteriormente un trámite de audiencia específico, a la vista del importante número de proyectos normativos que se incluyeron en el orden del día de aquella Comisión, que obviamente dificultaba la labor de participación, incluso en el caso de que su representante hubiera asistido. Tampoco consta que se sometiera el texto a informe del Consejo Asesor Regional de Consumo, en el que se integran las asociaciones más representativas, a través del cual se ejerce preferentemente el derecho de consulta, según el artículo 15. 1, f) de la Ley

1/2008, de 21 de abril, por la que se modificó el Estatuto de los Consumidores y Usuarios de la Región de Murcia. Precisamente esta última norma posibilita a las asociaciones de consumidores y usuarios su presencia en los órganos de consulta y participación, donde se conozcan asuntos que afecten directamente a los derechos e intereses de los consumidores y usuarios, de conformidad con la reglamentación específica del órgano colegiado correspondiente y con las reglas de reparto que determine el citado Consejo competente en materia de consumo. Por ello, en nuestro Dictamen 76/2009, en relación con la composición de la Comisión del Juego y Apuestas, se aconsejaba que se tuviera en cuenta la citada regla de reparto prevista por el Consejo Asesor Regional de Consumo en la representación de las Organizaciones de Consumidores y Usuarios en aquella Comisión, a efectos de poder integrar plenamente tal representación y evitar con ello ulteriores trámites.

En suma, este Consejo considera que debe completarse el procedimiento con el otorgamiento de un trámite de audiencia a las Asociaciones de Consumidores con implantación en la Región de Murcia, cuyo representante se incluye en el seno de la citada Comisión, conforme al Decreto 311/2009, de 25 de septiembre, al no constar que participara en la elaboración del informe por las razones expuestas.

Por tanto, si como consecuencia de las audiencias a las que hemos aludido se derivaran modificaciones al texto remitido, se debería recabar de nuevo el Dictamen de este Órgano Consultivo, salvo que se tratara de modificaciones de escasa trascendencia (STS, Sala 3ª, de 11 de noviembre de 2008).

3ª) Finalmente, se ha completado por el centro directivo el procedimiento de elaboración de la disposición reglamentaria con una ampliación del estudio económico de su repercusión, al igual que con el informe de impacto por razón de género.

#### **CUARTA.- Observaciones al conjunto normativo.**

##### **I. El Catálogo de Juegos y Apuestas. Justificación.**

El Catálogo de Juego y Apuestas es un instrumento básico en la regulación del juego y así se destaca por la Ley 2/1995 (artículo 5), en la medida que contiene los juegos y apuestas permitidos, estando prohibidos los restantes siendo, por tanto, un requisito *sine qua non* para su licitud, sin perjuicio de que su práctica también esté condicionada a la autorización del órgano competente. De lo anterior también se deriva la necesidad de que cada modalidad se encuentre

especificada en el Catálogo, como exige la Ley regional (artículo 4), pudiendo afirmarse el carácter de *numerus clausus* del Catálogo (sólo podrán practicarse aquellos juegos y apuestas que se incluyan), por lo que carece de sentido añadir en el artículo 3 del Proyecto de Catálogo (también en el artículo 2) “*sin perjuicio de los que posteriormente puedan incorporarse*”, en tanto introduce una dosis de indeterminación innecesaria acerca de posibles cambios e incluso suscita la cuestión del órgano competente para tal ampliación. Por tanto, este Consejo Jurídico recomienda suprimir tales párrafos en los artículos 2 y 3, que no contribuyen a la seguridad jurídica de la aprobación del Catálogo.

La justificación de la regulación debe ser analizada desde una doble perspectiva:

1. Desde una vertiente general, la necesidad de elaborar un nuevo Catálogo que sustituya al vigente se encuentra justificada en el procedimiento, como destaca el centro directivo competente (folio 135) y el CESRM, para incorporar las nuevas modalidades de juegos de casino, del bingo y de las apuestas. La reforma tan sustancial, que amplía los artículos de 9 a 132, aconseja la elaboración de un nuevo texto, incorporando al mismo tiempo al derecho autonómico aquellas previsiones de la Orden Ministerial de 9 de Octubre de 1979, que se venían aplicando en la Región por remisión del Decreto vigente (artículo 2), teniendo en cuenta que la CARM ostenta competencias exclusivas en materia de juego. Desde esta perspectiva ha de interpretarse la referencia en la parte expositiva del Proyecto de Decreto (párrafo 6), que tilda a la citada Orden de “una norma emanada de un órgano que carece de competencias en la materia”, en tanto la Administración General del Estado sigue ostentando competencias en sus apuestas y loterías, conforme al inciso que se añade al artículo 10. Uno, 22 EAMU.

No obstante, debe hacerse una observación en relación con el *tempus* en el que se ejercita esta potestad, al igual que se hizo en nuestro Dictamen 181/2008, sobre el Proyecto de Decreto sobre Casinos de Juego, en el sentido de que, conocida la iniciación de la reforma de la Ley 2/1995, a cuyo Anteproyecto se hace referencia en el acta de la Comisión de Juego y Apuestas correspondiente a la sesión de 22 de julio de 2008, resulta aconsejable, y en determinados aspectos imprescindible, que la acomodación de los desarrollos reglamentarios se afronte después de su aprobación, pues ello permite la habilitación normativa a determinadas restricciones reglamentarias (principios de jerarquía normativa y de reserva de ley), como más adelante se expondrá, y que las previsiones legales puedan ser completadas y desarrolladas; lo contrario puede conducir a la falta de coherencia e integración de la normativa del juego, cuya reforma ha sido acometida por la Consejería consultante, y a que se produzca una innecesaria duplicidad en las modificaciones de los reglamentos vigentes, aun en la hipótesis de que la reforma de la ley en

trámite pretenda una amplia habilitación legal a los mismos. Atendiendo a todas estas razones, en el caso de que la aprobación de la reforma de la Ley pueda demorarse cierto tiempo, el órgano proponente tiene la posibilidad de realizar una modificación puntual del reglamento específico, en relación con aquellas propuestas del sector que demandan, en opinión del centro directivo competente, su pronta aprobación, siempre y cuando puedan ampararse en la normativa vigente, posponiendo el desarrollo completo de los reglamentos específicos a la aprobación de la futura Ley regional.

2. Desde la perspectiva de la regulación concreta que se propone (está integrado por 132 artículos), pese a que tiene un contenido eminentemente técnico, el Proyecto de Decreto no se encuentra sustentado en informe técnico alguno, pudiéndose afirmar que la memoria justificativa aportada por el centro directivo es claramente insuficiente, teniendo esta observación un carácter esencial.

En efecto, en el *iter* procedimental de elaboración de este Proyecto se observa que a las propuestas legítimas del sector, que se incorporan plenamente al texto, les sigue en el tiempo un documento denominado “memoria justificativa”, suscrita por el titular del centro directivo, que únicamente hace referencia al listado de juegos que incluye, pero sin contener una justificación de la regulación concreta sustantiva (cualquiera que sea el origen de los preceptos incorporados, sean procedentes de otras normas autonómicas, sean aspectos nuevos introducidos por el sector, etc.), más aún teniendo en cuenta su contenido esencialmente técnico, que exige con mayor intensidad la justificación detallada del Proyecto, sin que pueda servir de pretexto para ello el cambio de los funcionarios responsables en el Servicio competente en materia de juego. Es obvio que la exigencia de motivación se ha de centrar en los artículos nuevos incorporados y no respecto a los ya vigentes, de manera que permita justificar, entre otros, las peculiaridades (aunque sean escasas) introducidas en la regulación, frente a otras normas autonómicas que se han tomado como referencia, según expresa el centro directivo. Por tanto, este Consejo Jurídico no pretende enjuiciar el acierto u oportunidad de la regulación, que corresponde a la Consejería proponente, pero sí la necesidad de su motivación en el expediente por las razones que más adelante se exponen. Tal justificación detallada nos permitirá conocer, por ejemplo, por qué el artículo 6 del Proyecto establece, en relación con el personal del juego de la Ruleta Francesa, un jefe de mesa y dos crupieres situados a la altura del cilindro y un tercer crupier o extremo de mesa, frente a otros reglamentos autonómicos consultados, que distinguen el personal en función de si es a un paño o a dos paños (entre otros, Decreto 4/2001, de 26 de enero, de la Comunidad Autónoma de La Rioja).



La justificación detallada de los reglamentos en el procedimiento de elaboración se recoge en el artículo 53 de la Ley 6/2004, al señalar que debe acompañar al anteproyecto: *“una memoria que justifique su oportunidad, y que incluya la motivación técnica y jurídica, con el grado de detalle suficiente que requiera el caso de las concretas determinaciones normativas propuestas (...)”*.

Al igual que su importancia es destacada por la jurisprudencia. Así, la sentencia del TS, Sala 3ª, de 27 de noviembre de 2006, establece:

*“tanto la memoria económica como la justificativa pueden ser sucintas (...) pero deben cumplir su finalidad a que responden (...) La memoria justificativa pone de relieve esos aspectos positivos de la decisión y los hace patentes frente a los administrados, ofreciendo así a estos las razones de la decisión, cumpliendo función análoga, en cuanto al sentido e importancia, a la motivación de los actos administrativos, plasmando, en relación a los reglamentos, el principio general de transparencia establecido en el artículo 3.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común”*.

En modo alguno esta exigencia de motivación es incompatible con la potestad discrecional de la Administración a la hora de optar por una determinada alternativa, precisando a tal efecto la STS, Sala 3ª, de 13 de noviembre de 2000:

*“Una de las manifestaciones características de la discrecionalidad administrativa es, sin duda, la reglamentaria, en la que el titular de la potestad tiene una libertad de opción o de alternativas dentro de los márgenes que permite la norma que se desarrolla o ejecuta, pero aún así la motivación, por la que se hace explícita las razones de la ordenación, es garantía de la propia legalidad (...)”*.

Aún tomando en consideración las particularidades del deber de motivar en el procedimiento de elaboración de las disposiciones normativas, admitiendo la jurisprudencia la motivación in *alliunde* (STS, Sala 3ª, de 12 de mayo de 2009), es decir, la motivación por remisión a informes no incorporados al texto, tampoco resulta aplicable al presente expediente, al no constar ningún informe técnico que sustente la concreta regulación, aparte de las iniciativas del sector.

La trascendencia del cumplimiento de tal requisito de justificación detallada (que no puede ser subsanado, en ningún caso, por la emisión del presente Dictamen circunscrito únicamente a aspectos de legalidad) ha sido puesta de relieve por la jurisprudencia, al suponer un defectuoso cumplimiento del procedimiento, que podría llevar arrastrado la nulidad de la disposición (STS, Sala

3ª, de 19 de marzo de 2008). Precisamente tanto la audiencia a organizaciones representativas, como la motivación de la regulación que se adopta, es una garantía *ad extra* de la disposición que se dicta necesaria para evidenciar que el contenido discrecional que se incorpora no supone un ejercicio arbitrario de la potestad reglamentaria (STS, Sala 3ª, de 13 de noviembre de 2000).

## II. Falta de habilitación legal para la determinación de nuevos juegos exclusivos de Casinos.

El artículo 13.4 de la Ley 2/1995 relaciona los juegos que únicamente pueden practicarse en Casinos de Juego, tales como ruletas francesa y americana, veintiuno o black jack, bola o boule, treinta y cuarenta, punto y banca, ferrocarril, bacará o chemin de fer, bacará a dos paños, dados o craps y ruleta de la fortuna.

En el Proyecto del Catálogo se amplía la relación de juegos de tales establecimientos (artículo 3), lo que en principio no conculca las previsiones legales, puesto que la ley regional se remite al Catálogo para determinar los juegos y apuestas que pueden ser practicados (artículo 4); sin embargo, sí colisiona con la Ley 2/1995 su determinación con carácter de práctica exclusiva respecto a los no singularizados en la misma, suscitándose, en consecuencia, la falta de habilitación legal para su consideración con tal carácter exclusivo en el Proyecto.

En definitiva, la Consejería proponente puede optar por suprimir el carácter exclusivo de la práctica de aquellos no relacionados por la Ley regional, o posponer su aprobación hasta tanto sea publicada la reforma de la Ley regional.

## III. Sobre las nuevas modalidades de juegos surgidas de la evolución tecnológica.

El Proyecto de Catálogo incluye en el Capítulo III los Juegos del Bingo, introduciendo las modalidades del bingo electrónico y automático, ambos sobre soporte informático y electrónico, cuyos cartones son representaciones electrónicas, según se recoge en los artículos 121 y 124, respectivamente, del Proyecto.

Cabría suscitar si la inclusión de estas modalidades requiere de una previsión legal, o por el contrario, la Ley 2/1995 habilita al reglamento para su determinación o, en su defecto, si pueden contradecir previsiones de la citada norma.

La anterior cuestión no es en modo alguno baladí, en tanto el Estatuto de Autonomía de Andalucía, reformado por la Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, especifica (artículo 81) que

*“corresponde a la Comunidad Autónoma la competencia exclusiva en materia de juegos, apuestas y casinos, incluidas las modalidades de medios informáticos y telemáticos, cuando la actividad se desarrolle exclusivamente en Andalucía”.*

En nuestra Región, la Ley 2/1995 establece, por un lado, que al Catálogo de Juegos y Apuestas le corresponde establecer las distintas modalidades del juego del bingo (artículo 4), que su organización, práctica y desarrollo requerirá autorización administrativa (artículo 6), y que las salas donde se practica están específicamente autorizadas para su realización en sus distintas modalidades (artículo 14.1).

De ello se puede colegir una amplia habilitación reglamentaria para el establecimiento de las modalidades de estos juegos, sin que tampoco exija la Ley regional un determinado material para su práctica, sino la exigencia de una homologación previa por el órgano competente (artículo 8.1).

Si alguna duda cupiera sobre el alcance de la habilitación legal, ha sido despejada de forma indirecta por la Ley regional 13/2009, de 23 de diciembre, de Medidas en Materia de Tributos Cedidos, Propios y Administrativas para el año 2010, que incluye en la tasa fiscal sobre los juegos de suerte, envite o azar al bingo electrónico, remitiéndose al futuro desarrollo reglamentario *“para la modalidad del juego de bingo que se califique reglamentariamente como bingo electrónico, el tipo de gravamen será (...)”*. A lo anterior añade dicha norma la adición de un nuevo apartado al artículo 6 (el núm. 4) de la Ley 2/1995, que establece que la autorización de la organización y explotación de cualquiera de las actividades indicadas (entre ellas, el Juego del Bingo) se entiende sin perjuicio de los medios técnicos utilizados.

Por tanto, este Consejo Jurídico no encuentra obstáculo para que se desarrollen reglamentariamente tales modalidades, si bien dicha habilitación legal aplicable a estas modalidades del juego de bingo en la Región de Murcia, sobre soportes informáticos y electrónicos, no es extensible a otras realizadas por redes electrónicas o automáticas, no incluidas en el Catálogo y/o no autorizadas por la Administración, lo que ha sido precisado acertadamente en alguna norma autonómica, como el Decreto de la Comunidad de Cantabria 6/2010, de 4 de febrero, por el que se aprueba el Catálogo de Juegos y Apuestas de aquella Comunidad.

IV. Inserción del Proyecto con los restantes reglamentos específicos de los distintos juegos.

Tampoco se aborda en la memoria justificativa la incidencia de la reforma del Catálogo en todos los reglamentos específicos de juego (Reglamentos de Casinos, del Bingo y de Máquinas Recreativas y de Azar), este último de reciente aprobación (Decreto 72/2008, de 2 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de Máquinas Recreativas y de Azar); de hecho ya ha tenido entrada en este Órgano Consultivo para la emisión de Dictamen el nuevo Proyecto de Decreto sobre el Reglamento del Bingo.

Téngase en cuenta a este respecto por la Consejería consultante que los contenidos del Catálogo vienen perfectamente deslindados en el artículo 4 de la Ley 2/1995 (las modalidades de juego, los elementos imprescindibles para su práctica, las reglas por las que se rige y los condicionantes, restricciones y prohibiciones en cuanto a su práctica), estando vedado a los reglamentos específicos de los juegos introducir, por ejemplo, nuevas modalidades no previstas en el Catálogo.

Pero la referencia a los reglamentos específicos del juego cumple también otra finalidad en el presente caso, en la medida que se observa a lo largo del articulado ciertas determinaciones que deberían acomodarse a la terminología adoptada por aquéllos; por ejemplo, en la descripción de determinados juegos de casinos, cuando se concreta la dotación de personal (por citar algunos, el artículo 16 en relación con el Black Jack y el artículo 46 en relación con el Bacará) se alude al Inspector o Jefe de Mesa o al Inspector, respectivamente, cuando el Reglamento de Casinos de Juego (aprobado por Decreto 26/1996, de 29 de mayo), únicamente hace referencia al Jefe de Mesa (artículo 36.5). En ocasiones se alude en el articulado al Organismo Oficial competente (por ejemplo, artículos 15.2, 18.3 y 72.1, segundo párrafo), o a la Dirección General de Juego y Espectáculos (artículo 96.2) cuando, conforme a la normativa regional, debería hacerse referencia a la Dirección General de Tributos (o al centro directivo competente en la materia), como se cita en otros preceptos del Proyecto. De otra parte, facilitaría su comprensión si se recogiera en algún precepto el órgano que autoriza, por ejemplo en el artículo 48.15, pudiéndose añadir “podrá autorizarse por el centro directivo competente el que la banca (...)”, al haber sido citado con su nombre en el apartado 13 del mismo artículo.

## V. Cuestiones de técnica normativa y correcciones gramaticales.

### 1. De técnica normativa.

- La Disposición derogatoria única del Proyecto de Decreto circunscribe la derogación al Decreto 28/1996, ya citado, y a cuantas disposiciones de igual o inferior rango se opongan a lo

previsto en el Decreto. Entre las disposiciones derogadas también debe citarse al artículo 1 del Decreto 171/2003, de 7 de noviembre, que modificó el Catálogo vigente, dándole la última redacción a su artículo 5 (Juego del bingo y sus modalidades).

- La remisión que se realiza en el artículo 9 a la Subsección 1ª del Catálogo ha de ser completada con el Capítulo en la que se inserta. En cualquier caso, es suficiente con remitirse en éste y en otros preceptos al concreto artículo del Catálogo. Igual respecto al artículo 57, párrafo introductorio y apartado c)

- En la regulación de las modalidades de juegos, se recoge en cada uno de ellos (por ejemplo, artículo 51) un apartado bajo el título “errores e infracciones en el juego”. Debería sustituirse el calificativo de infracciones por prohibiciones, acorde con el contenido del Catálogo (artículo 4,d de la Ley 2/1995), reservando la terminología de infracciones a aquellos supuestos tipificados por la Ley 2/1995.

- Debe mejorarse la redacción del artículo 87.3, b, 2º para que tenga sentido en su inicio.

## 2. Correcciones gramaticales.

El texto remitido necesita una revisión gramatical, de puntuación y de supresión de espacios, en orden a subsanar, entre otras, las siguientes detectadas por este Órgano Consultivo:

### A) Con carácter general:

A lo largo del articulado debería unificarse la expresión empleada; por ejemplo, la Dirección del Juego se recoge en unos artículos en mayúsculas y en otros en minúsculas; el juego de Black Jack aparece en ocasiones con guión separador entre ambas palabras y en otras sin el mismo; el plural de crupier (crupieres) se utilizará cuando se refiere a más de uno, pues no siempre se sigue tal criterio; debería suprimirse el acento de la conjunción “o” recogida en varios artículos del Proyecto, así como el establecimiento “Casino” figura en unos artículos en mayúscula y en otros en minúscula.

En relación con los gráficos que se incorporan al Proyecto, deberían ser mejorados, pues en el texto remitido algunos se visualizan de forma borrosa (por ejemplo, en el artículo 114).

B) Particularmente, se sugieren las siguientes correcciones gramaticales, en relación con determinados preceptos, lo que no excluye el examen particularizado de todo el texto por el órgano proponente:

- En el artículo 5, a), párrafo primero, debe colocarse un punto delante de “Estos compartimentos (...)”.
- En el artículo 7.1, apartados d) y f), deberían suprimirse los espacios y el punto y coma tras “obtiene”, respectivamente.
- En el artículo 25.2 el verbo corresponder debe figurar en plural.
- En el artículo 32.2,b) debe suprimirse la preposición “de” que se reitera delante de “dicha ganancia”.
- En el artículo 39, b) se debería suprimir el punto delante de “Crupier” en el encabezamiento.
- En el artículo 50.2, en el párrafo que comienza “Toda banca seguida” debería ponerse en minúscula la cita a jugador.
- En la Subsección 5ª Variantes de Póquer Descubierta (artículos 87 y ss.), al describir las reglas de juego, se utilizan los verbos en futuro, sin embargo en ocasiones no figuran acentuados (por ejemplo, en el artículo precitado, apartado 2.b, tercer y sexto párrafo).
- Suprimir los espacios en los artículos 53.3 (párrafo tercero, tras “habrá”) 56.1 (párrafo quinto, tras “queden”), 59.4 (antes de “al primer paño”), 81.2 (delante de “colocará”, que debe llevar acento), 82.1,d (después de “carta” y “mazo”) y 90.3 (tras “descubierta”).
- En el artículo 74.1 debe suprimirse la coma delante de “este Catálogo” y añadirla en el artículo 79.2, apartado e), delante de “(por) ejemplo”.
- En el artículo 88.4 se detectan la falta de acentuación de la palabra válida (por partida doble), la existencia de algunos espacios entre palabras, la falta de una coma detrás de buenos (en el apartado b,1º), la falta de acento en algunos verbos conjugados en futuro (apartado b, 3º), y la omisión de una “e” en remplazadas (apartado c,1º).
- En el artículo 91.5.b,1º) se observan sin acentuar la palabra válida y dos verbos, al igual que en el apartado 2º).

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

### **CONCLUSIONES**

**PRIMERA.-** El Consejo de Gobierno se encuentra específicamente habilitado por la Ley 2/1995 para aprobar el presente Proyecto de Decreto, por el que se aprueba el Catálogo del Juego

y Apuestas de la Región de Murcia. No obstante, se recomienda a la Consejería consultante que acomode la reforma de la normativa regional en materia de juego a un desarrollo ordenado y sistematizado, de manera que la aprobación de la reforma de Ley regional preceda a la aprobación de la refundición de los desarrollos reglamentarios, sin perjuicio de la posibilidad, en el caso de que urja aprobar determinadas propuestas del sector amparadas en la normativa vigente, que éstas puedan ser tramitadas mediante modificaciones puntuales de los Decretos vigentes.

**SEGUNDA.-** En relación con el presente Proyecto, con carácter previo a su aprobación, debe completarse el procedimiento de elaboración, en el sentido expresado en las Consideraciones Tercera, 1ª y 2ª y Cuarta, I,2, teniendo esta observación carácter esencial.

Si del cumplimiento de tales trámites se derivaran modificaciones en el texto remitido a este Consejo Jurídico, debe procederse por la Consejería consultante a recabar nuevo Dictamen de este Órgano Consultivo.

**TERCERA.-** En cuanto al conjunto normativo, se consideran observaciones de carácter esencial:

1. La falta de habilitación reglamentaria para incluir nuevos juegos de Casinos con carácter exclusivo (Consideración Cuarta, II).
2. Las cuestiones de técnica normativa (Consideración Cuarta, V) y de adecuación terminológica a los reglamentos específicos de juegos (Consideración Cuarta, IV).

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

No obstante, V.E. resolverá.



**DICTAMEN 94/2010**

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

**Consultante** Consejera de Sanidad y Consumo

**Fecha** 10/05/2010

**Extracto de Doctrina**

Nota: igual doctrina que la expresada en el Dictamen 2/2010.





## DICTAMEN 95/2010

<b>Asunto</b>	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por accidente en centro hospitalario.
<b>Consultante</b>	Consejera de Sanidad y Consumo
<b>Fecha</b>	10/05/2010

### Extracto de Doctrina

1. Como señalamos en el citado Dictamen 58/09 y ya antes, en el 165/06, sobre un supuesto sustancialmente idéntico al presente, en el caso no existe más prueba de la caída en el centro sanitario, alegada por la reclamante como origen del daño, que la mera afirmación de ésta, sin proponer testigo u otro medio probatorio que pueda ilustrar sobre su realidad y, en su caso, sobre sus concretas circunstancias.
2. No obstante lo anterior, la propuesta de resolución añade acertadamente que, en la mera hipótesis de aceptarse la realidad de la caída y el lugar de su ocurrencia, los daños no han de imputarse al funcionamiento del servicio público en cuestión, pues la zona por la que decía transitar la interesada no estaba habilitada para el paso de los peatones.

### ANTECEDENTES

**PRIMERO.-** Con fecha 23 de enero de 2009, x. presenta reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración regional, en solicitud de una indemnización por los daños padecidos como consecuencia de un accidente acaecido en las instalaciones del Hospital “Santa María del Rosell” de Cartagena.

Según el relato fáctico de la interesada, el 19 de diciembre de 2009 (en realidad es el 19 de diciembre de 2008) sufre una caída dentro de las instalaciones del indicado Hospital a consecuencia de la cual sufrió lesiones de las que tuvo que ser atendida en el servicio de urgencias del mismo centro sanitario.

La reclamación se acompaña de reportaje fotográfico del lugar del accidente e informe acreditativo de la atención recibida en el Servicio de Urgencias hospitalarias. Consta en este último que la interesada presenta herida inciso contusa que afecta piel y tejidos subcutáneos en pierna izquierda, que precisa sutura.

**SEGUNDO.-** Por el Servicio Jurídico del Servicio Murciano de Salud se recaba del Hospital copia de la historia clínica de la paciente, informe de los facultativos que la atendieron, así como informe del Servicio de Mantenimiento.

Por el Hospital se remiten los antecedentes clínicos de la paciente y los siguientes informes:

a) El del Jefe de Personal Subalterno, según el cual no hay constancia del accidente en el libro de incidencias. Tampoco el encargado de turno recibió comunicación alguna al respecto.

b) El del Jefe de Servicio de Mantenimiento, quien manifiesta que la rampa en la que al parecer tropezó la reclamante fue quitada el 23 de febrero de 2009 y que las que hay junto a ella se han pintado de amarillo para que se puedan ver fácilmente. Asimismo se reforzará el alumbrado de la zona.

c) El del Coordinador de Urgencias, según el cual la paciente acude a urgencias con una herida en la pierna izquierda, refiriendo habérsela producido en una rampa en la puerta de urgencias. La herida afecta a piel y tejido celular subcutáneo, precisando sutura por planos, vacunación antitetánica, profilaxis antibiótica, siendo derivada a su centro de salud para control y curas locales.

**TERCERO.-** Con fecha 8 de junio de 2009 se requiere a la interesada para que subsane su escrito de reclamación, especificando las lesiones padecidas, su relación de causalidad con el funcionamiento del servicio público y la evaluación económica del daño.

Contesta la reclamante remitiéndose al informe de asistencia en urgencias para concretar la lesión por la que se reclama. Asimismo manifiesta que la caída se produce en la acera izquierda de la calle por donde se abandona circulando con vehículos a motor la puerta de urgencias del Hospital, a la altura de una de las puertas traseras de la cafetería, al tropezar con una de las rampas que allí se encontraban y "*que todo el mundo conoce*", que fue quitada a los pocos días del accidente.

Afirma que se le han ocasionado unos gastos por importe de 690 euros en concepto de curas, aportando factura.

La evaluación del daño, con sujeción a lo establecido en la legislación de seguros, es la que sigue:

5.213,60 euros en concepto de días improductivos (98 días).

7.198,50 euros en concepto de secuela (10 puntos).

690 euros por gastos médicos.

TOTAL: 13.102,10 euros.

La interesada aporta la siguiente documentación: a) plano de situación del lugar del accidente; b) informe del diplomado de enfermería que le efectuó las curas de la herida, en número de 38, hasta su alta el 18 de marzo de 2009; c) informe de Traumatólogo que describe la secuela padecida por la interesada como *“cicatriz dolorosa en cara anterior de pierna izquierda con bordes dolorosos, hiperpigmentados, de aproximadamente 10 x 7 centímetros, ocasionándole un perjuicio estético importante”*, que valora en 10 puntos. Califica los 98 días de incapacidad temporal como improductivos.

**CUARTO.-** Por Resolución del Director Gerente del Servicio Murciano de Salud, de 29 de junio de 2009, se admite a trámite la reclamación y se encarga su instrucción al Servicio Jurídico del Ente Público, que procede a dar a la interesada la información prescrita 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 y a comunicar la reclamación a la Dirección General de Asistencia Sanitaria, a la Dirección de los Servicios Jurídicos y a la aseguradora del Servicio Murciano de Salud por conducto de la correduría, a la que se solicita informe de valoración de daños. Asimismo, demanda del Hospital “Santa María del Rosell” de Cartagena, el historial clínico de la interesada y sendos informes, del personal que la atendió y del Servicio de Mantenimiento, sobre si el lugar donde ocurrió la caída es una zona habilitada para el paso de peatones y sobre la utilidad de la rampa a la fecha del accidente.

**QUINTO.-** Con fecha 1 de octubre de 2009, la interesada designa representante a una Letrada. El 3 de noviembre se requiere a la reclamante para que subsane el defecto de representación advertido por la instrucción. Dicha subsanación se produce el 26 de noviembre.

**SEXTO.-** Recibido el dictamen de valoración del daño, el perito de la correduría lo cuantifica en 11.805 euros, sobre la base de considerar un perjuicio estético moderado, que valora en 10 puntos, 45 días improductivos y 45 no improductivos. En este sentido, señala que no todos los días transcurridos hasta la curación pueden considerarse improductivos, pues aun suponiendo un retardo en la cicatrización condicionado por factores locales previos (insuficiencia vascular), se considera

que el período de incapacidad no debería superar los 45 días, siendo los restantes hasta el alta médica de carácter no impeditivo.

**SÉPTIMO.-** El 9 de noviembre de 2009 se emite el informe solicitado al Servicio de Mantenimiento. Su titular señala que “cree” que la zona donde ocurrió el accidente no está habilitada para el paso de peatones, pues la rampa está en la calzada. Dicha rampa “*se hizo para acceder a la cafetería con carretillas y, aunque se ha puesto una valla metálica como seguridad para impedir que las personas que salgan por esa puerta accedan directamente a la calzada, la rampa seguiría siendo útil en caso de necesidad quitando dicha valla metálica*”.

**OCTAVO.-** El 2 de enero de 2010 se confiere trámite de audiencia a la reclamante y a la aseguradora del Ente Sanitario, del que sólo la primera hace uso, presentando escrito de alegaciones en el que pone de relieve determinadas contradicciones que aprecia entre los dos informes del Servicio de Mantenimiento que constan en el expediente, pues mientras en el primero de ellos señala que la rampa había sido quitada y se había ordenado incrementar el alumbrado de la zona, en el segundo realiza una mera conjetura acerca de la no habilitación de la zona para el paso de los peatones. Insiste, asimismo, en que la situación real de la rampa es la que reflejan las fotografías aportadas junto al escrito inicial de reclamación, “situación que conoce la mitad de la población de Cartagena”, ya que es una zona transitada cuando uno abandona el servicio de urgencias del Hospital.

En cuanto a la valoración de daños efectuada por la correduría de seguros, muestra su desacuerdo con ella, pues no contiene los gastos médicos acreditados.

**NOVENO.-** El 25 de enero la reclamante solicita que se expida “certificado de acto presunto”, evacuándose tres días más tarde el certificado acreditativo del silencio administrativo negativo producido.

**DÉCIMO.-** Con fecha 4 de febrero de 2010, se formula propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación, al considerar que no han quedado acreditados ni la realidad del accidente ni el nexo causal entre el funcionamiento de los servicios públicos y el daño, toda vez que éste se habría visto roto o interrumpido por la propia conducta de la víctima, que transitaba por un lugar no habilitado para los peatones.

En tal estado de tramitación y una vez incorporados los preceptivos índice de documentos y extracto de secretaría, se remitió el expediente en solicitud de Dictamen, mediante escrito recibido en este Consejo Jurídico el pasado 11 de febrero de 2010.

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 el 21 de enero de 2009, dentro del plazo de un año desde la producción del hecho lesivo (19 de diciembre de 2008), que para la prescripción del derecho a reclamar establece el artículo 142.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC).

2. La reclamante, 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 del centro hospitalario en el que se produce el accidente a uno de cuyos elementos arquitectónicos (rampa) se imputa el daño. Conviene recordar que cuando el elemento real en el que se produce el daño está dedicado o afecto a un servicio público, no cabe considerar dicho elemento ajeno al servicio. Así, indicamos en nuestro Dictamen núm. 153/2004: *“lo que distingue la actividad administrativa en el sentido de los servicios públicos a los que se refiere la ley cuando disciplina la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, no es que sus elementos*

*instrumentales sean diferentes o estén modificados en función de una actividad prestacional o de otra índole de la Administración, sino el fin a que en su conjunto la actividad administrativa se dirige (satisfacción de los intereses generales), el carácter con que lo hace (de modo continuo o regular), los límites a que está sujeta (los fijados por la atribución de potestades por el ordenamiento jurídico) y las prerrogativas inherentes a la específica regulación del ejercicio de las potestades en el marco del derecho público. Los elementos personales o reales que se integran en la actividad administrativa no deben ser diferentes de los necesarios para el desarrollo de cualquier actividad humana útil o productiva, pues su característica radica en la afección teleológica o instrumental al servicio”.*

3. La tramitación realizada se ajusta, en lo sustancial, a lo establecido en la LPAC y en el RRP para esta clase de procedimientos, a excepción del plazo máximo para resolver y notificar la resolución, que ya ha excedido en mucho el de seis meses establecido en el artículo 13 RRP.

**TERCERA.- Falta de acreditación del hecho lesivo e inexistencia de relación de causalidad entre el funcionamiento de los servicios públicos regionales y los daños por los que se reclama.**

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, Dictámenes 58/2009 y 55/2010), 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).

Como señalamos en el citado Dictamen 58/09 y ya antes, en el 165/06, sobre un supuesto sustancialmente idéntico al presente, en el caso no existe más prueba de la caída en el centro sanitario, alegada por la reclamante como origen del daño, que la mera afirmación de ésta, sin

proponer testigo u otro medio probatorio que pueda ilustrar sobre su realidad y, en su caso, sobre sus concretas circunstancias. Y es que de la instrucción realizada se desprende que no existe constancia en los registros del Hospital de incidencia alguna relacionada con el accidente que la interesada dice haber sufrido en sus instalaciones, ni tuvo conocimiento del mismo el encargado de mantenimiento que estaba de turno cuando, según la reclamante, sufrió el percance. Esta carencia del mínimo soporte probatorio necesario para tener por ciertos los hechos, determinaría ya por sí misma la desestimación de la reclamación.

No obstante lo anterior, la propuesta de resolución añade acertadamente que, en la mera hipótesis de aceptarse la realidad de la caída y el lugar de su ocurrencia, los daños no han de imputarse al funcionamiento del servicio público en cuestión, pues la zona por la que decía transitar la interesada no estaba habilitada para el paso de los peatones y, además, ésta conocía la existencia de la rampa con la que dice que tropezó.

En efecto, si bien el Jefe de Servicio de Mantenimiento no es concluyente al afirmar que la zona donde ocurrió el accidente no está habilitada para el paso de peatones, lo cierto es que del expediente y, singularmente, del reportaje fotográfico aportado por la interesada al procedimiento (folio 3), puede concluirse que el lugar en el que la interesada dice haber caído no puede considerarse como zona específicamente destinada al tránsito peatonal, singularmente porque en el lado derecho de la calzada, según el sentido de la marcha indicado por la señalización horizontal existente en aquélla, hay una acera practicable y con iluminación. Por el contrario, el lado izquierdo de la calle, donde se encuentran las rampas, está destinado no al paso de peatones que acceden o abandonan el área de urgencias del Hospital, sino al servicio de las instalaciones propias de éste. Y así, en el informe del Jefe de Mantenimiento que consta al folio 41 del expediente, además de manifestar su parecer acerca de la no habilitación de la zona para el tránsito de peatones, señala que la rampa se utilizaba para acceder con carretillas a la cafetería. Del mismo modo, en las fotografías de la zona se aprecia que, en el mismo margen izquierdo de la calle y algo más allá de la rampa, existen contenedores de basura que obstaculizan el paso, al ocupar casi en su totalidad el espacio existente entre la pared que delimita la calle y el borde de la calzada.

Cabe concluir, en suma, que aunque no puede afirmarse que en dicha zona estuviera prohibida la circulación peatonal, lo cierto es que no está específicamente destinado al tránsito de los peatones sino al servicio de las instalaciones hospitalarias, tanto para facilitar el acceso de proveedores, como para la eliminación de residuos, careciendo de acera y existiendo diversos obstáculos a la circulación peatonal. Es el lado contrario de la calle el que está destinado a los

viandantes, con una acera separada en altura de la calzada, con iluminación y con mobiliario urbano (bancos) que posibilitan el descanso de aquéllos.

La existencia en la misma calle de una zona habilitada específicamente para peatones y otra que no lo está determina que el estándar de calidad o seguridad exigible a cada una de ellas en cuanto a la eliminación de riesgos para el tránsito peatonal sea diferente, siendo más elevado en la primera de las citadas.

Por otra parte, la zona era suficientemente conocida por la interesada, como se infiere de sus propias alegaciones, al manifestar que la situación de la rampa en el momento del accidente la *“conoce la mitad de la población de Cartagena, ya que es una zona transitada cuando uno abandona el servicio de urgencias del hospital”* (folio 53 del expediente) y *“dichas rampas...que todo el mundo conoce”* (folio 15). Esta circunstancia determina que no pueda imputarse la caída a la Administración sanitaria, pues la propia asunción del riesgo, que era conocido por la interesada y que, aún así, decide no caminar por el lugar específicamente destinado a ello, sino por una zona en la que sabe que hay obstáculos para la marcha, la puso en situación de tener que soportar el daño, que, en consecuencia, no puede relacionarse con el funcionamiento de los servicios públicos, sino con una falta de diligencia en la deambulación de la interesada quien, tras asumir el riesgo que suponía el andar por dicha zona cuyas características conocía, debió adecuar su tránsito a las circunstancias del lugar.

En cualquier caso, la carga de acreditar el hecho lesivo, las circunstancias en que se produjo y el nexo causal entre los daños y el funcionamiento de los servicios públicos a los que aquél se imputa pesa (art. 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) sobre la parte reclamante, quien, por tanto, ha de padecer las consecuencias desestimatorias de la pretensión basada en hechos huérfanos de prueba.

Todo lo anterior permite concluir que no concurre la necesaria y adecuada relación de causalidad entre el funcionamiento de los servicios públicos regionales y los daños por los que se reclama indemnización.

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

### **CONCLUSIÓN**



**ÚNICA.-** Se informa favorablemente la propuesta de resolución, en tanto que desestima la reclamación, al no advertir la concurrencia de los elementos generadores de la responsabilidad patrimonial.

No obstante, V.E. resolverá.



**DICTAMEN 96/2010**

**Asunto** Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hijo, debida a accidente escolar.

**Consultante** Consejero de Educación, Formación y Empleo

**Fecha** 10/05/2010

**Extracto de Doctrina**

Nota: igual doctrina que la expresada en el Dictamen 1/2010.



**DICTAMEN 97/2010**

**Asunto** Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hijo, debida a accidente escolar.

**Consultante** Consejero de Educación, Formación y Empleo

**Fecha** 12/05/2010

**Extracto de Doctrina**

Nota: igual doctrina que la expresada en el Dictamen 14/2010.



**DICTAMEN 98/2010**

**Asunto** Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hijo, debida a accidente escolar.

**Consultante** Consejero de Educación, Formación y Empleo

**Fecha** 12/05/2010

**Extracto de Doctrina**

Nota: igual doctrina que la expresada en el Dictamen 1/2010.



**DICTAMEN 99/2010**

**Asunto** Revisión de oficio instada por x, en nombre y representación de la empresa "- - ", S.A., contra la Orden de 14 de mayo de 2007 de la Consejería de Trabajo y Política Social y la Resolución de la Dirección General de Trabajo de 15 de junio de 2007, sobre ejecución de sentencia y pago en periodo voluntario de una sanción impuesta en materia de prevención de riesgos laborales.

**Consultante** Consejero de Educación, Formación y Empleo

**Fecha** 17/05/2010

**Extracto de Doctrina**

No puede utilizarse esta excepcional vía de revisión de los actos administrativos para plantear el enjuiciamiento de cualquier otra clase de vicios o infracciones jurídicas distintas de las aludidas causas de nulidad, por impedirlo el artículo 102 LPAC, conforme con reiterada doctrina jurisprudencial y consultiva (STS, Sala 3ª, de 27 de noviembre de 2009, entre otras).

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** El 23 de junio de 2009, en representación de la empresa "--, S.A." (actual denominación de la empresa "--, ETT, S.A.", en adelante "x") presentó instancia de revisión de oficio para la declaración de nulidad de pleno Derecho de la Orden de 14 de mayo de 2007 de la Consejería de Trabajo y Política Social, por la que se dispone el cumplimiento, en sus propios términos, de la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Región de Murcia de fecha 9 de abril de 2007, relativa a una sanción en materia de prevención de riesgos laborales, y contra la Resolución de la Dirección General de Trabajo de 15 de junio de 2007 por la que, en cumplimiento de dicha sentencia, se procede a notificar a "--, S.A." (en adelante "x") el cumplimiento de la citada sentencia y el nuevo documento de liquidación de la sanción, ajustado al nuevo importe de la misma fijado en dicha sentencia, a efectos de que proceda a su abono en período voluntario de recaudación.

En síntesis, alega que dichos actos administrativos están incursos en la causa de nulidad de pleno Derecho prevista en el artículo 62.1,a) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), por vulnerar el derecho a la tutela judicial efectiva de la empresa, aplicado al procedimiento administrativo sancionador, debido a que dichos actos no le fueron notificados en su momento a

“x”, que era la entidad que, en subrogación de la inicialmente sancionada “x”, interpuso el recurso contencioso-administrativo que culminó con la sentencia en cuestión, habiendo sido notificados edictalmente tales actos a esta última empresa (por resultar la misma desconocida en el domicilio al que se dirigió el intento de notificación domiciliaria). Entiende que la Administración, a la vista de que en dicha sentencia se indica que “x” absorbió a “x”, debió haber considerado como entidad interesada a la primera, y no a la segunda y, además, haber desplegado la diligencia debida para requerir del Registro Mercantil la oportuna información sobre el domicilio de aquella, de forma que el documento liquidatorio de la sanción de que se trata fuera dirigido a “x” y al domicilio de ésta que allí constase. Y viene a alegar que, al no haberlo hecho así la Administración, no pudo conocer en el momento oportuno la nueva liquidación de la sanción para proceder a su abono en período voluntario, lo que dio lugar a que el 19 de abril de 2009 recibiera una providencia de apremio para el cobro en vía ejecutiva de dicha sanción (con el consiguiente recargo, se entiende). Considera que la notificación edictal es un remedio excepcional al que sólo debe acudir cuando la Administración, tras realizar las necesarias diligencias de averiguación del sujeto a notificar y de su domicilio, no puede conseguir la notificación domiciliaria, citando jurisprudencia al respecto.

Además, alega subsidiariamente que la notificación edictal no cumplió con lo establecido en los artículos 58.2 y 59.5 LPAC, relativos al contenido y lugar de dicha modalidad de notificación.

Al anterior escrito acompaña poder de representación, copias de diversos documentos: de los actos cuya revisión insta, de los relativos a su notificación y sobre los procesos de absorción y cambio de denominación de las reseñadas entidades.

Aunque la interesada no lo exprese en su escrito, en el expediente remitido consta que ha interpuesto recurso de reposición contra la providencia de apremio antes citada, conteniendo éste las mismas alegaciones, en lo sustancial, que las expresadas en la instancia de revisión de oficio objeto del presente Dictamen. Asimismo, y a petición de la Agencia Regional de Recaudación, consta que el órgano consultante emitió informe sobre dicho recurso, ratificando en este punto sus previos informes sobre la corrección y validez de la notificación edictal realizada, si bien no consta la resolución de tal recurso.

**SEGUNDO.-** El 31 de julio de 2009, la Vicesecretaría de la Consejería consultante emite informe en el que señala que, aunque la acción de nulidad ejercida versa sobre dos actos (los indicados en el Antecedente Primero), las alegaciones presentadas gravitan exclusivamente sobre uno de aquéllos, la Resolución del Director General de Trabajo de 15 de junio de 2007, pues sólo ésta afecta a los derechos de la interesada, ya que la Orden de 14 de mayo de ese año es un mero

traslado de una sentencia ya notificada judicialmente, por lo que dicha Orden no tiene un contenido real añadido al de aquélla, siendo un mero acto de comunicación sin relevancia “*ad extra*” por sí mismo. Por ello, solicita a la Dirección General de Trabajo que emita informe sobre las alegaciones relativas a la citada Resolución de su Director.

**TERCERO.**- El 18 de septiembre de 2009, la reseñada Dirección General emite informe en el que, en síntesis, expresa que, tras la sentencia en cuestión, la notificación de la nueva liquidación de la sanción a la empresa “X”, y al domicilio de la misma al que se dirigió (el que constaba en el expediente), se debió a que la interesada no le comunicó otra cosa, como tuvo que haber hecho, ya que era quien conocía las variaciones producidas al respecto, no pudiendo alegar indefensión quien creó tal situación, al omitir su deber de comunicar tales circunstancias. Además, señala que la Resolución cuestionada no es una verdadera resolución, sino un acto extendido para comunicar al interesado la nueva liquidación que ha sido expedida para el pago, en período voluntario, de la sanción de que se trata; liquidación que, no obstante, considera que debería haber expedido y notificado la Secretaría General de la Consejería y no la Dirección General, por ser aquélla la competente al efecto.

A ello añade que el recurso de alzada interpuesto en su día contra la inicial resolución sancionadora fue efectuado por “X” y no por “X”, cuando en tal fecha aquélla empresa ya se había disuelto, según las escrituras ahora aportadas, sin que entonces se le hubiera comunicado nada al respecto a dicha Dirección General, ni tampoco el cambio en el domicilio para recibir notificaciones; por ello, considera que a la Administración no se le puede exigir una actuación distinta de la que realizó, y que fue la propia actuación omisiva de la interesada la que provocó que resultase infructuosa la notificación domiciliaria, con la consiguiente notificación edictal, por lo que ha de estarse a sus consecuencias.

**CUARTO.**- El 5 de octubre de 2009, el Servicio Jurídico de la Secretaría General de la Consejería emite informe en el que, en síntesis, y conforme con lo ya señalado en el informe de julio de 2009 (Antecedente Segundo), considera que el único acto realmente impugnado por la interesada es la Resolución del Director General de Trabajo de 15 de junio de 2007, y no la citada Orden del Consejero de 14 de mayo de 2007, por lo que el órgano competente para resolver el presente procedimiento es dicho Consejero. En cuanto al fondo del asunto, y previa advertencia de que fue correcto que el nuevo documento de liquidación de la sanción fuera expedido y notificado por dicha Dirección General, por ser la competente al efecto en las fechas en que ello se produjo, viene a insistir no obstante en lo informado por tal Dirección General en el sentido de que las notificaciones se realizaron en el domicilio que figuraba en el expediente, que es a lo que debe

atenerse la Administración, así como que el recurso de alzada interpuesto en su día contra la sanción fue realizado por “x” y no por “x”, cuando, según la documentación aportada por la interesada, en aquella fecha ya debía haber actuado esta última, por disolución de la primera; y, dado que la empresa subrogada en la posición de la primera tenía un domicilio distinto, debió haberlo comunicado a la Administración, lo que no hizo. Considera que se trató de una actuación contraria a la buena fe, y que la interesada, al obrar así, no puede ir validamente en contra de sus actos, de forma que fueron válidos los intentos de notificación domiciliaria y, en consecuencia, también la posterior notificación edictal. Sobre los defectos imputados a ésta última, señala que los términos de la LPAC en esta materia son lo suficientemente claros como para desvirtuar las alegaciones de la interesada. Por todo ello, concluye en que procede desestimar la solicitud de revisión de oficio.

**QUINTO.-** Solicitado el preceptivo Dictamen de la Dirección de los Servicios Jurídicos, fue emitido el 11 de noviembre de 2009, expresando el mismo, en síntesis, las mismas consideraciones contenidas en el precedente informe.

**SEXTO.-** Obra en el expediente un borrador de Orden, sin fecha, a elevar al Consejero de Educación, Formación y Empleo, de desestimación de la revisión de oficio instada, conteniendo las mismas consideraciones expresadas en el informe de 5 de octubre de 2009 (Antecedente Cuarto).

**SÉPTIMO.-** En la fecha y por el órgano indicados en el encabezamiento del presente, se solicita de este Consejo Jurídico la emisión de su preceptivo Dictamen, acompañando el expediente y su extracto e índice reglamentarios.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

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

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, al versar sobre una propuesta de resolución de un procedimiento de revisión de oficio de unos actos administrativos tramitado por la Administración regional, concurriendo con ello el supuesto establecido en el artículo 12.6 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, reguladora de este Consejo Jurídico, en relación con el 102.1 LPAC.

#### **SEGUNDA.- Cuestiones formales y procedimiento.**



I. A pesar de que en el expediente remitido no obra una formal propuesta de resolución del procedimiento objeto de Dictamen (propuesta exigible conforme a lo establecido en el artículo 46.2 del Decreto 15/1998, de 2 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento de este Consejo Jurídico), en el presente caso, y en evitación de una inconveniente dilación en la resolución del procedimiento, puede considerarse como tal al borrador de Orden reseñado en el Antecedente Sexto, remitido por el Secretario General de la Consejería consultante dentro del expediente de referencia.

II. En lo que se refiere al procedimiento tramitado, se ha seguido, en lo sustancial, lo establecido al efecto en la LPAC.

**TERCERA.- La competencia para resolver el procedimiento: determinación de los actos objeto de revisión de oficio.**

I. La competencia para resolver el presente procedimiento, regulado en el artículo 102.1 LPAC, depende de los actos que se consideren que son objeto del mismo. Si, como sostiene la propuesta dictaminada, sólo ha de entenderse realmente impugnada, en esta especial vía de revisión de actos administrativos, la Resolución del Director General de Trabajo de 15 de junio de 2007 (e, implícitamente, también el acto de notificación edictal de dicha Resolución, vistas las alegaciones de la interesada), pero no la Orden del Consejero de Educación, Formación y Empleo de 14 de mayo de 2007 (por entender dicha propuesta que la interesada no tiene real voluntad de impugnar tal Orden), el único órgano competente para resolver sería el Consejero consultante, por disponerlo así el artículo 33.1,b) de la Ley 7/2004, de 28 de diciembre, de Organización y Régimen Jurídico de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia. Sin embargo, si se considerase impugnada también la citada Orden, la competencia para resolver sobre la revisión de oficio de la misma correspondería al Consejo de Gobierno, ex artículo 33.1,a) de la citada Ley. En este segundo caso, parecería lógico, dada la íntima conexión entre los citados actos, que el Consejo de Gobierno avocase para sí la facultad de resolver también la revisión instada sobre la antedicha Resolución, y acumulase consiguientemente ambos pronunciamientos, al amparo de lo establecido en los artículos 14 y 73 LPAC.

Como se apuntó en los Antecedentes, los informes emitidos consideran que, a pesar de que la interesada solicita la declaración de nulidad tanto de uno como de otro acto, las alegaciones que desarrolla en apoyo de su pretensión sólo se centran en la nulidad de la citada Resolución, y no de la Orden del Consejero, de ahí que se estime que lo realmente pretendido es que se deje sin efecto

la primera, y no la segunda. Junto a ello, dichos informes consideran que el procedimiento revisorio no puede alcanzar en ningún caso a dicha Orden, porque se trata de un acto que, en realidad, no afecta a los derechos de la interesada, ya que su contenido es simplemente el de realizar un mero traslado de una sentencia ya notificada judicialmente a aquélla, por lo que dicha Orden no tiene un contenido real añadido al de la sentencia, siendo, por tanto, un mero acto de comunicación, sin relevancia *“ad extra”* por sí mismo. En consecuencia, consideran que no procede la intervención del Consejo de Gobierno para resolver respecto de la nulidad de la tan citada Orden.

II. Por lo que se refiere a la primera cuestión, debe discreparse del criterio mantenido en dichos informes. Si se examina detenidamente la instancia de revisión, se comprueba que la voluntad de la interesada es que se declare la nulidad de la referida Orden, alegando, a partir de la invocada aplicación del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva a los procedimientos administrativos sancionadores, que *“la Orden de 14 de mayo de 2007 debe ser declarada nula de pleno Derecho por vulneración del artículo 24 de la Constitución española: la ausencia de notificación de la resolución le crea a mi mandante una grave indefensión”* (punto cuarto de los antecedentes de su escrito). Más allá de lo acertado o no de tal alegación (en la siguiente Consideración se razonará lo segundo), lo cierto es que no puede obviarse que pretende la declaración de nulidad de tal acto, y apoya dicha pretensión con un razonamiento que se conecta con una causa de nulidad radical, si bien de una forma un tanto forzada, como luego se verá. No obstante, lo anterior justifica que no pueda admitirse que los términos de la instancia de nulidad permitan excluir la intervención del Consejo de Gobierno, que deberá adoptar el pronunciamiento que proceda sobre la solicitud de declaración de nulidad de dicha Orden.

III. Por lo que se refiere a la segunda cuestión planteada en los informes, es decir, a la estimada falta de contenido propio y no afectación real de dicha Orden a los derechos de la interesada, tampoco puede aceptarse tal planteamiento de la propuesta para excluir la intervención del Consejo de Gobierno. Si se examina el contenido de dicho acto, se advierte que no consiste en trasladar o notificar a la interesada la sentencia sobre la sanción impuesta, sino que tiene como contenido propio el establecer que dicha sentencia ha de ejecutarse en sus propios términos; ejecución pura y simple que es, como se sabe, el supuesto ordinario cuando se trata de ejecutar una sentencia condenatoria a la Administración, frente a los supuestos excepcionales en que concurren causas de imposibilidad material o legal para ello y haya de acudir a una compensación económica por la eventual falta de cumplimiento pleno de la sentencia (artículo 105.2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso- Administrativa), o los supuestos, también excepcionales, en que procede la expropiación de los derechos reconocidos por la sentencia, por causa de utilidad pública o interés social (artículo 105.3 de dicha Ley).

Cuestión distinta es que tal declaración formal y expresa de cumplimiento y ejecución de la sentencia en sus propios términos no aparezca como un acto imprescindible para que la Administración proceda a dicha ejecución, pues, de una parte, y como se ha dicho, se trata del supuesto general y ordinario; de otra, porque el título ejecutorio ya es la misma sentencia judicial, bastando para su ejecución, en tales casos de cumplimiento ordinario de la misma, que la Administración proceda efectivamente a realizar los actos adecuados para llevarla a su puro y debido efecto, lo que, en el presente caso, consistió en la expedición de un nuevo documento de liquidación de la sanción, en la cantidad establecida por la sentencia, y su consiguiente notificación a la parte para que procediese a su abono en el plazo establecido al efecto.

No obstante lo anterior, lo cierto es que en nuestro caso se adoptó tal declaración formal de cumplimiento de la sentencia en sus propios términos, y no puede negarse que tal acto afecta a los intereses de la empresa, en la medida en que la sentencia a cumplir viene a reconocer la procedencia de la sanción, aun en inferior cuantía respecto de la impuesta por la Administración. Cuestión distinta, como se verá seguidamente, es que el mero dictado de dicha Orden no lesione el derecho fundamental invocado por la interesada, cuestión atinente ya al fondo del procedimiento.

IV. De lo anterior se concluye que no procede excluir de la resolución del presente procedimiento lo relativo a la citada Orden del Consejero consultante, debiéndose adoptar sobre ella, por el órgano competente para ello, es decir, el Consejo de Gobierno, el pronunciamiento que se indicará en la siguiente Consideración.

Por todo ello, y conforme con lo señalado anteriormente, la necesaria intervención del Consejo de Gobierno para resolver sobre la revisión de oficio instada sobre dicha Orden implica la conveniencia de que tal órgano avoque la competencia del Consejero consultante para resolver sobre la revisión de oficio de la también impugnada Resolución del Director General de Trabajo, para así luego acumular los dos pronunciamientos que debe realizar dicho Consejo de Gobierno en relación con la nulidad instada sobre ambos actos administrativos.

**CUARTA.- La Orden del Consejero de Educación, Formación y Empleo de 14 de mayo de 2007.**

Como se desprende de lo expresado en los Antecedentes y la anterior Consideración, la interesada no funda la pretendida declaración de nulidad radical de dicha Orden en su contenido, que no cuestiona, sino en un hecho posterior, y ajeno al mismo acto, como es el que, por no

habérsele notificado éste (o subsidiariamente, hay que entender, por habérsele notificado implícitamente su contenido con ocasión de la notificación edictal del documento liquidatorio de la sanción), la Administración le causó indefensión, habiendo vulnerado su derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, aplicada en este caso al procedimiento administrativo sancionador. Prescindiendo ahora de mayores consideraciones sobre la virtualidad de tal derecho fundamental en sede administrativa sancionadora, resulta claro el error de planteamiento de la interesada, que califica como motivo de nulidad, es decir, de invalidez, una circunstancia, la alegada falta de notificación del acto en cuestión, que sólo podría constituir una cuestión relativa a la eficacia de tal acto, como es propio de lo relativo a las notificaciones.

Pero es que, además, el dictado de la citada Orden no podría lesionar en modo alguno el derecho fundamental de que se trata, que garantiza, en determinados ámbitos, el derecho de los particulares a ser oídos y a interponer los recursos oportunos, circunstancia que en ningún momento se impide con la simple determinación de la Administración de que una sentencia judicial se cumpla en sus propios términos, que es el único contenido de la Orden, sin que sea procedente imputarle a la misma unos efectos que no produce.

Ambas consideraciones deberán ser incorporadas a la futura resolución del procedimiento.

Por todo ello, procede que el Consejo de Gobierno desestime la revisión de oficio instada sobre la citada Orden del Consejero de Educación, Formación y Empleo, por no vulnerar el derecho fundamental invocado por la interesada, ni acreditarse que en dicho acto concurra una causa de nulidad de pleno Derecho de las establecidas en el artículo 62 LPAC.

**QUINTA.- La Resolución del Director General de Trabajo de 15 de junio de 2007.**

Como apuntamos en los Antecedentes y Consideraciones precedentes, la interesada alega que la citada Resolución y su posterior notificación edictal vulneró su derecho a la tutela judicial efectiva, aplicado al procedimiento administrativo sancionador, en tanto que, al dirigirse tal Resolución a “x” y no a “x” y, además, a un domicilio indebido (por no ser haber utilizado el de esta última entidad, según constaba ya en el correspondiente Registro Mercantil), se dio lugar a la improcedente notificación edictal del documento liquidatorio de la sanción, lo que supuso que no pudiera conocer en aquel momento tal documento ni, en consecuencia, el otorgamiento de un plazo para el pago de la sanción en periodo voluntario, indicado en tal notificación.

Sin embargo, la corrección o incorrección de dicha Resolución, en los extremos cuestionados, y su posterior notificación edictal, en modo alguno vulnera el derecho de la interesada a oponerse a la misma mediante los recursos procedentes, es decir, no se le causa indefensión alguna. Como consta en el expediente (aunque la interesada haya omitido toda referencia al respecto en su instancia de nulidad), previamente a la presentación de dicha instancia ha dispuesto del cauce procedimental adecuado para oponerse a tales actos, cauce que aparece con ocasión de la notificación de la providencia de apremio dictada con posterioridad a aquéllos. Oposición, además, que ha ejercido sin traba alguna, interponiendo contra dicha providencia el oportuno recurso de reposición, en el que alega, al amparo de lo establecido en el artículo 99 del Reglamento General de Recaudación, la indebida notificación de la liquidación de la sanción en período voluntario, por los mismos motivos alegados en la instancia de nulidad. Y debe recordarse en este punto que, como motivo de oposición a las liquidaciones en período voluntario, al supuesto de *“falta de notificación”* de la liquidación a que se refiere dicho precepto reglamentario se equipara, según reiterada jurisprudencia, el supuesto de notificaciones incorrectas o defectuosas, esto es, el supuesto aquí planteado, al menos en la tesis que plantea la interesada (vid. entre otras muchas la STS, Sala 3ª, de 20 de mayo de 2009, f.j. 3º).

Será, pues, en el cauce de dicho recurso de reposición (que no consta que haya sido resuelto) en donde la Administración deberá pronunciarse sobre la validez y eficacia de la notificación edictal de la Resolución de referencia, a los efectos de tener o no por transcurrido para la interesada el plazo de pago de la sanción en periodo voluntario, debiendo estarse en su momento a lo allí resuelto.

De este modo, no se ha causado indefensión alguna a la interesada, ni los actos en cuestión han vulnerado su derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, que ha hecho efectivo en el cauce legalmente previsto para ello (la impugnación de la providencia de apremio), por lo que procede desestimar la solicitud de revisión de oficio instada sobre los referidos actos, por no estar incursos en las causas de nulidad de pleno Derecho previstas en el artículo 62 LPAC, sin que, como es bien sabido, pueda utilizarse esta excepcional vía de revisión de los actos administrativos para plantear el enjuiciamiento de cualquier otra clase de vicios o infracciones jurídicas distintas de las aludidas causas de nulidad, por impedirlo el artículo 102 de dicha Ley, conforme con reiterada doctrina jurisprudencial y consultiva (STS, Sala 3ª, de 27 de noviembre de 2009, ya citada, entre otras).

Las precedentes consideraciones deberán incorporarse a la futura resolución del procedimiento, en sustitución de las que figuran en la propuesta de resolución dictaminada,

atinentes esencialmente a cuestiones de anulabilidad, que son impropias, como se dice, del objeto de este especial procedimiento, sin perjuicio todo ello de lo que se resuelva en el citado recurso de reposición.

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

### **CONCLUSIONES**

**PRIMERA.**- El Consejo de Gobierno es el órgano competente para resolver la solicitud de revisión de oficio de la Orden del Consejero de Educación, Formación y Empleo de 14 de mayo de 2007, por las razones expresadas en la Consideración Tercera del presente Dictamen. En consecuencia, y conforme con lo expresado en dicha Consideración, resulta conveniente que dicho Consejo de Gobierno avoque para sí la competencia para resolver la solicitud de revisión de oficio de la Resolución del Director General de Trabajo de 15 de junio de 2007, debiendo acordar la acumulación de las solicitudes referentes a ambos actos administrativos.

Tales determinaciones deberá realizarlas en acuerdo previo y separado respecto de la resolución sobre el fondo de las cuestiones planteadas en dichas solicitudes.

**SEGUNDA.**- Seguidamente, procede que dicte Acuerdo desestimando la solicitud de revisión de oficio en relación con los citados actos administrativos, objeto del presente procedimiento, por las razones expresadas en las Consideraciones Cuarta y Quinta del presente Dictamen, que deberán incluirse en tal Acuerdo en sustitución de las expresadas en la propuesta objeto de Dictamen, por referirse a cuestiones sobre anulabilidad, impropias del objeto de este especial procedimiento.

No obstante, V.E. resolverá.



## DICTAMEN 100/2010

<b>Asunto</b>	Proyecto de Decreto por el que se determina la capacidad económica de las personas beneficiarias y se establece su participación en la financiación de las prestaciones económicas y servicios del sistema de autonomía y atención a la dependencia en la CARM.
<b>Consultante</b>	Consejero de Política Social, Mujer e Inmigración
<b>Fecha</b>	17/05/2010

### Extracto de Doctrina

La competencia para determinar el modelo de copago en su ámbito territorial corresponde a las Comunidades Autónomas, las cuales tienen un margen de maniobrabilidad para establecerlo siempre, claro está, de acuerdo con los criterios generales aprobados por el Consejo Territorial del SAAD en el Acuerdo repetidamente citado. Esta competencia no supone óbice alguno para acordar un modelo consensuado vía Convenio, pero también constituye el “paraguas” bajo el cual el Decreto que ahora pretende aprobar nuestra Comunidad Autónoma encuentre cobertura suficiente para integrarse con plena legitimidad en el conjunto de normas de carácter asistencial aplicables a la cuestión que nos ocupa.

### ANTECEDENTES

**PRIMERO.-** Se inicia el expediente de elaboración del Proyecto de Decreto objeto del presente Dictamen con la remisión, mediante oficios fechados el 3 de abril de 2009, de un borrador del Proyecto a la Federación de Municipios, a los Ayuntamientos de la Región, a la totalidad de Consejerías del Gobierno Regional y al Comité Español de Representantes de Minusválidos (CERMI), como asociación más representativa cuyos fines guardan relación directa con el objeto de la norma que se pretende aprobar, a fin de que formularan las alegaciones que estimasen convenientes.

Constan en el expediente las siguientes alegaciones:

a) De la Consejería de Sanidad y Consumo, en las que se pone de manifiesto la ambigüedad que supone la expresión “cualesquiera otros de análoga naturaleza” que se contiene

en la Disposición adicional única, que deja abierta la posibilidad de que servicios y prestaciones sanitarias o sociosanitarias deban someterse al régimen de participación de los beneficiarios en la financiación, régimen que les es ajeno tal como establece el artículo 15.2 de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y atención a las Personas en situación de Dependencia (en lo sucesivo, LD).

b) De la Consejería de Cultura y Turismo, en las que se afirma que no afectando el contenido del Proyecto a las competencias propias de dicho Departamento, no se efectúa observación alguna.

c) De la Consejería de Universidades, Empresa e Investigación, en las que se indica la conveniencia de que se haga referencia en la parte expositiva del Proyecto a la Resolución de la Secretaría de Estado de Política Social, Familia y Atención a la Dependencia y a la Discapacidad, de 2 de diciembre de 2008, que recoge el Acuerdo del Consejo Territorial del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia (en adelante, Consejo Territorial del SAAD), relativo a la determinación de la capacidad económica del beneficiario y al establecimiento de criterios comunes de acreditación para garantizar la calidad de los centros y servicios.

d) De la Consejería de Presidencia y Administración Pública, en el siguiente sentido:

- Necesidad de rubricar el Capítulo I con el título “Disposiciones Generales” o similar.

- Conveniencia de introducir en la parte dispositiva del Proyecto la definición del objeto, ámbito de aplicación y demás disposiciones que resulten necesarias para una mejor comprensión de los términos empleados en el Proyecto.

- Imposibilidad de atribuir al Consejero competente por razón de la materia la competencia para dictar disposiciones complementarias del Decreto que se pretende aprobar, salvo que dicha facultad le esté legalmente reconocida.

- Conveniencia de introducir la *vacatio legis* de 20 días prevista en el artículo 52.5 de la Ley 6/2004, de 28 de diciembre, del Estatuto del Presidente y del Consejo de Gobierno de la Región de Murcia (en lo sucesivo, Ley 6/2004).

**SEGUNDO.-** Seguidamente se procede a someter el texto a la consideración de los siguientes Órganos Consultivos:



a) Del Consejo Asesor Regional de Personas con Discapacidad que, según se desprende del certificado que se incorpora al expediente, lo informó favorablemente en su sesión del día 22 de junio de 2009, con el voto en contra de dos de sus vocales que arguyen no haber recibido la documentación con tiempo suficiente para estudiarla.

b) Del Consejo Asesor Regional de Personas Mayores que, según certificado emitido por su Secretario, informó favorablemente el texto en su reunión del día 23 de junio de 2009, aunque aquí también tres de sus miembros votaron en contra por no haber recibido el borrador con la antelación suficiente para poder estudiarlo.

c) Del Consejo Asesor Regional de Infancia y Familia que lo informó favorablemente en su sesión del día 22 de junio de 2009, según se acredita con la certificación expedida por el Secretario de dicho Consejo.

d) Del Consejo Regional de Servicios Sociales que, tal como se acredita con la certificación que obra a los folios 111 y siguientes del expediente, lo informó favorablemente en su reunión del día 29 de junio de 2009, con las salvedades que en dicha certificación se recogen relativas, en su mayoría, a la falta de adecuación del Proyecto al Acuerdo del Consejo Territorial del SAAD

Figuran también en el expediente unas alegaciones recogidas en papel con el membrete de Comisiones Obreras, en las que se reitera dicha falta de adecuación.

**TERCERO.-** Seguidamente se incorpora al expediente la siguiente documentación:

a) Memoria de oportunidad redactada por el Jefe de Servicio de Desarrollo Normativo y Órganos de Participación de la Secretaría General de la Consejería consultante, con el conforme del titular de dicha Secretaría General, en la que, con el fin de dar cumplimiento a lo previsto en el artículo 53.1 de la Ley 6/2004, se recogen los fundamentos técnicos y jurídicos que amparan la aprobación del Decreto.

b) Informe sobre impacto por razón de género, elaborado por el Instituto de la Mujer de la Región de Murcia, en el que se concluye afirmando que la evaluación del impacto de género del Proyecto, aplicando el principio de mainstreaming o transversalidad, resulta neutral, es decir, se trata de una norma que no contribuye significativamente al desarrollo de la igualdad de

oportunidades, aunque no empeora la situación inicial de mujeres y hombres en el ámbito regulado, por lo que no puede ser evaluado de forma plenamente positiva, dado que todas las normas legales deben orientarse, en la medida de sus posibilidades, hacia el desarrollo de la igualdad de género en los distintos ámbitos regulados, para lo que propone una serie de recomendaciones a incluir en el texto del futuro Decreto.

c) Memoria Económica, en la que, tras realizar un cálculo estimativo de las aportaciones que realizarán los beneficiarios para cada uno de los servicios o prestaciones que se recogen en el Proyecto, concluye afirmando que la entrada en vigor del Decreto que se pretende aprobar, podría suponer un ahorro de 6.665.030,22 euros.

d) Informe de la Sección de Gestión Económica de la Secretaría General de la Consejería de Política Social, Mujer e Inmigración, en el que se indica que la entrada en vigor del Decreto que se pretende aprobar no incrementará la contribución económica de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia para el mantenimiento de las prestaciones del SAAD, sino todo lo contrario, serán los beneficiarios los que soportarán parcialmente el coste de las mismas al establecer su participación en la financiación del sistema.

e) Propuesta, fechada el 30 de julio de 2009, que el Secretario General de la citada Consejería eleva a su titular para que se proceda a redactar un Proyecto de Decreto que regule la participación de los beneficiarios en la financiación de las prestaciones del SAAD.

f) Nuevo texto (con pequeñas variaciones respecto del último que figura en el expediente) que se remite, para su informe, al Servicio Jurídico de la Vicesecretaría de la Consejería consultante.

g) Informe del citado Servicio Jurídico en el que, tras hacer referencia al objeto, a la competencia, al rango normativo y al procedimiento seguido en la tramitación del Proyecto, formula una serie de consideraciones en relación con las observaciones que se contienen en el Informe sobre Impacto por razón de género, en las que se indica que si se acogiesen las recomendaciones que en él se señalan se atentaría contra lo establecido en la LD en el sentido de que *“los beneficiarios han de participar en la financiación de las prestaciones de la dependencia, en función del tipo y coste del servicio y de su capacidad económica personal, que viene determinada por su renta y patrimonio, sin que se pueda considerar (porque no lo hace el legislador) ninguna otra circunstancia a valorar en el cálculo de dicha capacidad y por tanto, en la determinación de su participación en el coste del servicio, teniendo en cuenta en la consideración del patrimonio la edad*

*del beneficiario y tipo de servicio. Así las cosas, el presente Decreto no puede articular, como señala el informe de impacto de género, medidas de atención específica a los grupos de especial vulnerabilidad definidos expresamente en el artículo 26.2 de la Ley 7/2007, de 4 de abril, de la Región de Murcia, que nos lleve a tener en cuenta otros criterios distintos a los señalados, por cuanto supondría ir contra legem”.*

El informe jurídico concluye del siguiente modo: *“Una vez comprobado que el texto de la norma que se informa se ajusta al contenido competencial de la Región de Murcia, así como a las disposiciones de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia y demás normas de aplicación, por parte de este Servicio Jurídico se informa favorablemente el presente proyecto de decreto”.*

**CUARTO.-** Recabado el preceptivo dictamen del Consejo Económico y Social (CES) es emitido el día 30 de octubre de 2009, 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 destacan las siguientes:

a) La necesidad de incluir en la parte expositiva del texto una referencia al Acuerdo de 27 de noviembre de 2008 del Consejo Territorial del SAAD, sobre determinación de la capacidad económica del beneficiario y sobre los criterios de participación de éste en las prestaciones del Sistema, porque dicho Acuerdo es la base que posibilita la elaboración del Proyecto de decreto y en el mismo se contienen los criterios mínimos comunes para la determinación de la participación económica de las personas beneficiarias en las prestaciones del Sistema que deberán ser respetados por todas las Comunidades al tiempo que establece que las Comunidades Autónomas puedan establecer condiciones más ventajosas en el ejercicio de sus competencias.

b) La necesidad de elaborar un Plan Regional que garantice una oferta pública suficiente de recursos en la Red de Servicios Sociales de la Región de Murcia.

c) En relación con el Servicio de Atención Residencial se debe establecer una fórmula para la determinación de la participación económica de los beneficiarios que, entre los límites del 70% y el 90% a los que se refiere el Acuerdo del Consejo Territorial del SAAD, garantice que se tiene en cuenta su capacidad económica a la hora de concretar su participación en el coste del servicio.

d) El Proyecto no respeta, en la regulación de participación de las personas beneficiarias en la financiación de algunas de las prestaciones, como es el caso del Servicio de Centro de Día y Centro de Noche, el Servicio de Ayuda a Domicilio y las prestaciones económicas, los máximos de participación establecidos para las personas beneficiarias en el citado Acuerdo, olvidando así que el margen que éste deja a la discrecionalidad de las Comunidades Autónomas se circunscribe al establecimiento de condiciones más ventajosas, teniendo los criterios establecidos en dicho Acuerdo el carácter de criterios mínimos comunes de su participación económica en las prestaciones del Sistema.

e) Compartiendo el parecer de la Consejería de Sanidad y Consumo, el CES propone suprimir la Disposición adicional única del Proyecto, por las mismas razones que se esgrimían en el informe jurídico emitido por aquélla.

f) Debería incluirse una Disposición transitoria para garantizar los derechos de las personas beneficiarias en relación con las situaciones de protección reconocidas con anterioridad a la entrada en vigor de la norma que se pretende aprobar.

**QUINTO.-** Sometido el Proyecto a la consideración del Consejo Regional de Cooperación Local, se incorpora al expediente Certificado expedido por su Secretario, acreditativo del informe favorable recibido por el Proyecto tras su consideración por el referido órgano en sesión celebrada el 17 de diciembre de 2009.

**SEXTO.-** Por la Asesora Facultativa de la Oficina para la Dependencia se emite, con fecha 1 de febrero de 2010, informe en el que se analizan las propuestas del CES, señalando lo siguiente:

a) Se acoge la propuesta de incluir en la parte expositiva de la norma una referencia al Acuerdo de 27 de noviembre de 2008, aunque se razona que debido a la naturaleza jurídica del Consejo Territorial del SAAD, sus acuerdos, cuando afecten a las competencias de las Comunidades Autónomas, sólo las vincularán cuando éstas hayan mostrado su conformidad y, en relación con el Acuerdo que nos ocupa, la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, mostró su disconformidad.

b) En relación con la aportación económica de las personas beneficiarias en el Servicio Residencial (art. 10 del Proyecto), se afirma que el precepto cumple las previsiones de la LD en la medida que no se establece una participación igual para todos los beneficiarios, sino que se fija en

función de la capacidad económica de cada uno de ellos, afirmación que se ilustra con una tabla en la que puede apreciarse dicha progresividad. Dicha tabla también evidencia que el porcentaje de participación nunca excede del 90% y en algunos casos incluso puede bajar del 70%. No obstante - se añade en el informe- en orden a evitar confusión en su interpretación se varía la redacción del apartado 1 de dicho precepto, adicionado lo siguiente: “...*siempre y cuando la capacidad económica del beneficiario sea suficiente para alcanzar dicho porcentaje y sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 3*”.

c) Se modifican los porcentajes de participación de los beneficiarios de los servicios de Centro de Día y de Centro de Noche (art. 11); de Ayuda a Domicilio (art. 12); de la prestación económica para cuidados en el entorno familiar y apoyo a cuidadores no profesionales (art. 15); de la prestación económica vinculada al servicio (art. 16); y de la prestación de asistencia personal (art. 17); en el sentido que se recogen en dichos preceptos.

d) Se modifica la redacción de la Disposición adicional única, cuyo contenido queda del siguiente modo:

*“Los servicios y prestaciones de los artículos 14 y 15 de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, o cualesquiera otros de análoga naturaleza, que se presten fuera del SAAD, y en el ámbito de los Servicios Sociales, cuando estén financiados total o parcialmente por fondos procedentes de los Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, estarán sujetos al mismo régimen de participación económica de las personas beneficiarias que regula el presente decreto”.*

e) Se introduce una *vacatio legis* de 20 días.

**SÉPTIMO.-** El borrador resultante se envía a la Dirección de los Servicios Jurídicos que, con fecha 26 de septiembre de 2009, emite informe favorable al Proyecto.

**OCTAVO.-** Con fecha de registro de entrada de 18 de marzo de 2010, se ha recabado el preceptivo Dictamen del Consejo Jurídico sobre el Proyecto de Decreto, al que se acompaña el expediente administrativo y se invocan razones de urgencia a los efectos del plazo para la emisión del Dictamen.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

**CONSIDERACIONES****PRIMERA.- Carácter del Dictamen.**

Compete al Consejo Jurídico emitir Dictamen preceptivo respecto a los proyectos de reglamentos o disposiciones de carácter general que se dicten en ejecución de leyes de la Asamblea Regional o que constituyan desarrollo legislativo de legislación básica del Estado (artículo 12.5 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico). Con este carácter se solicita la consulta y se emite el presente Dictamen, pues, se afirma, se trata de un Proyecto que se dicta en ejecución de la LD.

La Consejería consultante pide, además, que se despache con carácter urgente, ruego que atiende este Consejo Jurídico en la medida que lo permite su carga de trabajo.

**SEGUNDA.- Sobre las competencias autonómicas en la materia y la habilitación legal.**

El artículo 148.1.20ª de la Constitución Española (CE) reconoce la posibilidad de que las Comunidades Autónomas tengan competencias en materia de asistencia social y, así, la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, asumió, conforme el artículo 10.Uno.18 de su Estatuto de Autonomía (EA), la competencia exclusiva en “asistencia y bienestar social”.

Esta competencia exclusiva -en cuyo ejercicio nuestra Comunidad Autónoma, ha dictado todo un elenco de disposiciones normativas entre las que cabe destacar la Ley 3/2003, de 10 de abril, del Sistema de Servicios Sociales de la Región de Murcia- en el supuesto que nos ocupa ha de cohonestarse con el ejercicio de las competencias del Estado que también concurren en esta materia.

En efecto, el Proyecto objeto del presente Dictamen entronca con la LD, norma que fue dictada al amparo de la competencia exclusiva del Estado para regular las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de los deberes constitucionales (art. 149.1.1ª CE), y que contiene preceptos que por su naturaleza delimitan el alcance de las competencias autonómicas en la materia. Se trata, como dice el Consejo de Estado en su Dictamen 336/2006, de regular *“las condiciones básicas que garanticen una igualdad en las posiciones jurídicas fundamentales de quienes se encuentran en situación de dependencia, para el ejercicio de sus derechos y deberes constitucionales, puesto que es,*

*precisamente, el ejercicio efectivo de sus derechos y deberes lo que se ve obstaculizado por su situación de dependencia*". Añade el Consejo de Estado que el Tribunal Constitucional ha trazado la distinción entre las "condiciones básicas" y las "normas básicas", pero en todo caso, "tanto las bases como las condiciones básicas ordenan y limitan el ejercicio de las competencias de las Comunidades Autónomas", por lo que tienen "carácter vinculante y limitativo de esas normas, con independencia de cuál sea su verdadero alcance" (STC 164/2001). Pero también indica que según la Sentencia 212/2005 del citado Alto Tribunal, es necesario que la regulación estatal de las condiciones básicas deje un margen dentro del cual las Comunidades Autónomas puedan ejercer sus competencias sectoriales. En este sentido se puede afirmar que el Decreto que se pretende aprobar no ha de concebirse como el desarrollo normativo de unas bases establecidas en la LD y sí como una norma más que, atendiendo las condiciones básicas fijadas en dicha Ley, se incardine en el conjunto de normas de carácter asistencial vigentes en este ámbito material.

La LD establece, a lo largo de su articulado, un nivel de protección mínimo, común a todos los ciudadanos de cualquier parte del territorio del Estado, definido y garantizado financieramente por éste. Un segundo nivel complementario a aquél acordado por el Estado y las Comunidades Autónomas en régimen de cooperación financiera e instrumentado a través de convenios. Además, sin perjuicio de los anteriores niveles, las Comunidades Autónomas pueden mejorar sus prestaciones con cargo a sus propios presupuestos. Se crea así un Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia (SAAD) que responde a una acción coordinada y cooperativa de la Administración General del Estado y las Comunidades Autónomas, que contemplará medidas en todas las áreas que afectan a las personas en situación de dependencia, con la participación, en su caso, de las Entidades Locales (art. 1.2 LD). Entre los mecanismos de cooperación que se prevén en la LD destaca, en lo que aquí nos ocupa, la creación del Consejo Territorial del SAAD, en cuyo seno deben desarrollarse, entre otras funciones, las de establecer los criterios para determinar la capacidad económica de los beneficiarios, así como el grado de participación de éstos en las prestaciones del SAAD.

En efecto, el artículo 8.2.d) LD, establece que al Consejo Territorial del SAAD le corresponde adoptar los criterios de participación del beneficiario en el coste de los servicios.

Asimismo, el artículo 33 de dicho texto legal, establece, en su apartado 1, que los beneficiarios de las prestaciones de dependencia participarán en la financiación de las mismas, según el tipo y coste del servicio y su capacidad económica personal; añadiendo en el apartado 3 que el Consejo Territorial de la SAAD fijará los criterios para la aplicación de lo previsto en este artículo, que serán desarrollados en los Convenios a que se refiere el artículo 10.

Por último, el artículo 14.7 LD, afirma que a los efectos de dicha Ley, la capacidad económica se determinará, en la forma que reglamentariamente se establezca, a propuesta del Consejo Territorial del SAAD, en atención a la renta y el patrimonio del solicitante.

Dando cumplimiento a estos mandatos legales el citado Consejo adoptó un Acuerdo sobre la determinación de la capacidad económica del beneficiario y sobre los criterios de participación de éste en las prestaciones del SAAD, que fue publicado en el BOE mediante Resolución de 2 de diciembre de 2008, de la Secretaría de Estado de Política Social, Familias y Atención a la Dependencia y a la Discapacidad.

**TERCERA.- Procedimiento de elaboración, contenido, sistemática y cuestiones gramaticales.**

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, si bien han de formularse las siguientes observaciones:

a) De conformidad con el apartado 1 del indicado precepto, el procedimiento de elaboración reglamentaria ha de iniciarse con una memoria que justifique la oportunidad de la norma proyectada, y que incluya la motivación técnica y jurídica, con el grado de detalle suficiente que requiera el caso, de las concretas determinaciones normativas propuestas. La memoria que obra a los folios 117 y siguientes del expediente, sin embargo, no cumple plenamente con la función informadora que, sobre la intención del legislador, debería ofrecer este documento, pues se limita a exponer las razones que justifican la necesidad del Proyecto en su conjunto, pero carece de la motivación de las opciones que el órgano proponente ha considerado necesario incluir desde los primeros borradores en el texto y que constituyen una parte importante de su contenido normativo. Probablemente, a ello contribuya el hecho de que su incorporación al expediente haya sido muy tardía, una vez que ya se había desarrollado buena parte del procedimiento de elaboración de la norma (consulta a los Ayuntamientos, a las Consejerías, etc.), cuando lo idóneo es que las razones que justifican la necesidad y oportunidad de la disposición queden plasmadas desde el principio de la tramitación.

b) Por su parte, el número 3 de este mismo artículo, establece que, una vez elaborado el texto de un proyecto de disposición de carácter general que afecte a los derechos e intereses de



los ciudadanos, el órgano directivo impulsor lo someterá a consulta de los posibles afectados bien de forma directa o bien a través de las organizaciones y asociaciones reconocidas que los representen, pudiendo ser obviado este trámite si las referidas organizaciones o asociaciones hubieran participado por medio de informes o consultas en el proceso de elaboración del texto de la disposición. Opción esta última seguida por la Consejería consultante, aunque no se ha motivado la decisión sobre el procedimiento escogido para evacuar dicho trámite de audiencia.

c) La memoria económica debería haber especificado que, junto al ahorro derivado de la aportación de los beneficiarios de los servicios y de las prestaciones del SAAD, el Proyecto conllevaría la realización de las nuevas actuaciones procedimentales derivadas de la aprobación del Decreto (cálculo de la capacidad económica de las personas beneficiarias, establecimiento de las aportaciones de los beneficiarios en los costes de las prestaciones y demás actuaciones administrativas derivadas de las anteriores), no estando suficientemente explicada la afirmación de que no generará a la Administración regional un mayor coste.

d) 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.

e) El expediente carece de la propuesta del titular de la Consejería competente en materia de servicios sociales al Consejo de Gobierno, para la aprobación del texto como Decreto.

f) 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 previsión de unificar el régimen de aportación económica de los beneficiarios de servicios y prestaciones sociales sin distinción entre las que correspondan al SAAD y las que no (Disposición Adicional única), lo que suscita una duda más que razonable sobre la posible incidencia de la norma que se pretende aprobar sobre otras ya existentes en el ordenamiento jurídico como, por ejemplo, las que regulan el régimen jurídico de los precios públicos por utilización de centros y servicios sociales gestionados por el IMAS.

g) Según el apartado 5 del citado artículo 53 de la Ley 6/2004 los reglamentos regionales deberán ir acompañados, en todo caso, de una disposición derogatoria en la que expresamente se hagan constar los preceptos reglamentarios derogados o modificados por la publicación del nuevo texto.

h) En lo que respecta al cumplimiento en el procedimiento del obligado trámite de solicitar dictamen de este Consejo Jurídico, y más concretamente en lo que se refiere a los requisitos formales exigidos para formalizar consulta, hay que señalar que, según establece el artículo 46.2,c),1º del Decreto 15/1998, de 2 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo Jurídico de la Región de Murcia, a la consulta se ha de unir copia autorizada del proyecto de disposición de carácter general que constituya su objeto. El cumplimiento de este trámite se lleva a cabo de forma inidónea pues dicho Proyecto no aparece autorizado en todas y cada una de sus hojas sino tan sólo mediante una diligencia del Secretario General de la Consejería consultante, en documento separado lo que no aporta garantía suficiente sobre cuál sea el Proyecto que definitivamente se somete a consulta de este Órgano Consultivo para su Dictamen.

II. El Proyecto de Decreto sometido a consulta consta de una parte expositiva innominada; una dispositiva constituida por diecinueve artículos, y una parte final integrada por una disposición adicional, una transitoria y dos finales.

La parte dispositiva queda estructurada en los siguientes Capítulos: I. Objeto y ámbito de aplicación; II. Capacidad económica de las personas beneficiarias; y III. Participación de las personas beneficiarias en el coste de las prestaciones del Sistema de Autonomía y Atención a la Dependencia en la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.

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). 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) Debe eliminarse el guión que se sitúa detrás del número de alguno de los artículos del Proyecto (Directriz 29).

IV. Se debe proceder a una minuciosa revisión del texto, con el fin de subsanar las deficiencias gramaticales que en él se detectan: falta o uso erróneo de signos de puntuación, falta de concordancia de número, uso incorrecto de mayúsculas, etc. 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:

- En el quinto renglón del apartado 5 del artículo 5, se debe sustituir "de" por "del".

- Resultaría más correcto utilizar las expresiones "beneficiario" o "interesado" en vez de "persona beneficiaria" o "persona interesada".

- En el título del artículo 14 la palabra "Servicios" debe figurar en singular.

- Igualmente, en el título del artículo 16 la palabra "vinculadas" debe ir en singular.

- En el apartado 2 del artículo 18 se debe sustituir la palabra "instancias" por la de "instancia".

#### **CUARTA.- Observaciones generales.**

1ª) Se ha cuestionado por los órganos preinformantes el grado de vinculación que para las Comunidades Autónomas puedan tener los acuerdos del Consejo Territorial del SAAD en general y, muy particularmente, el adoptado por dicho Órgano el 27 de noviembre 2008, sobre determinación de la capacidad económica del beneficiario y sobre los criterios de participación de éste en las prestaciones del SAAD.

El CES mantiene que el citado Acuerdo constituye la base que posibilita la elaboración de la norma que se pretende aprobar ya que en él se contienen los criterios mínimos comunes para la determinación de la participación económica de las personas beneficiarias en las prestaciones del SAAD, que deberán ser respetados por todas las Comunidades Autónomas, al tiempo que establece que éstas, en el ejercicio de sus competencias, pueden estipular condiciones más ventajosas.

Por su parte, la Consejería impulsora del Proyecto afirma que en la articulación normativa de los acuerdos del Consejo Territorial del SAAD, es necesario distinguir dos supuestos según se refieran a materias de la competencia estatal o autonómica. Si nos encontramos ante el

segundo supuesto, también cabe diferenciar dos casos *“en función de que el representante de la Comunidad Autónoma haya manifestado o no su conformidad. En el primer caso, el acuerdo del Consejo obligará a la Comunidad Autónoma (art. 8.2 LRJAP), ya que no existe dificultad en reconducirlo a la categoría de convenios del Consejo Territorial del SAAD. En el segundo, el acuerdo no tendrá otro valor que el de una mera recomendación, y ello aún cuando se haya alcanzado por mayoría”*.

Lo que en definitiva se viene a cuestionar aquí es cuál sea el régimen jurídico de los acuerdos del Consejo Territorial del SAAD, y para llegar a dilucidar tal asunto es conveniente, con carácter previo, recordar lo que, al respecto, se recoge en la LD. El artículo 8.1 de dicho texto legal señala que se crea el citado Consejo como un instrumento de cooperación para la articulación del Sistema; añadiendo en el apartado 2 de ese mismo artículo que corresponde al Consejo, entre otras funciones, la de acordar sus normas en cuanto a funcionamiento y Presidencia. Haciendo uso de esta habilitación legal el Consejo, en su sesión constitutiva celebrada el 20 de enero de 2007, aprobó su reglamento interno de funcionamiento, cuyo artículo 12.2 establece que *“los acuerdos y propuestas se adoptarán por asentimiento de los presentes y en defecto por el voto favorable de la mayoría de los representantes de la Administración General del Estado y de la mayoría de los de las Comunidades Autónomas”*. El tenor de este precepto no deja lugar a dudas de que el régimen jurídico aplicable a los acuerdos del Consejo no es otro que el de mayorías consagrado en los artículos 26.1 y 26.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC).

La postura que ahora defiende la Consejería consultante coincide con los fundamentos que la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia mantuvo en el recurso contencioso-administrativo que en su día interpuso contra el Acuerdo aprobatorio del reglamento interno de funcionamiento del Consejo Territorial del SAAD, con la pretensión de que el mismo se anulase por no ser conforme a derecho; recurso que fue desestimado mediante Sentencia de 24 de septiembre de 2008, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª, de la Audiencia Nacional, en la que se afirma lo siguiente:

*“En este sentido se ha de convenir con los demandados que la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, prevé en su artículo 8 in fine que ‘el Consejo Territorial del Sistema, una vez constituido, acordará sus normas en cuanto a funcionamiento y Presidencia’. Tal previsión se ajusta plenamente a las normas generales establecidas, con carácter básico -artículo 148.1 18 CE- en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. El artículo 22 de la referida Ley establece con carácter*

*general el régimen de los órganos colegiados, señalando que ‘1. El régimen jurídico de los órganos colegiados se ajustará a las normas contenidas en el presente capítulo, sin perjuicio de las peculiaridades organizativas de las Administraciones Públicas en que se integran.*

*2. Los órganos colegiados de las distintas Administraciones Públicas en que participen organizaciones representativas de intereses sociales, así como aquellos compuestos por representaciones de distintas Administraciones Públicas, cuenten o no con participación de organizaciones representativas de intereses sociales podrán establecer o completar sus propias normas de funcionamiento’.*

*No obstante en materia de quórum de constitución y régimen de acuerdos prevé, en ambos casos, un régimen de mayorías (artículo 26.1 y 26.4 de la Ley 30/1992), en aras a favorecer su funcionamiento, que no admite excepción.*

*Ello significa que la exigencia de unanimidad que pretende la demandante carece de encaje legal, puesto que el régimen común sólo demanda la mayoría, tanto para la correcta constitución del órgano como para la válida adopción de acuerdos”.*

El argumento que viene a mantener la Consejería para la pretendida exigencia de unanimidad descansa en el hecho de que las materias sobre las que recaerán los acuerdos del Consejo son de competencia compartida entre la Administración General del Estado y las Comunidades Autónomas y, por lo tanto, una simple mayoría no podría vincular a las Comunidades Autónomas que hubiesen votado en contra. Esta cuestión también ha sido judicialmente resuelta en la Sentencia de la Audiencia Nacional de fecha 24 de septiembre de 2008, recaída en el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Comunidad Autónoma de Madrid contra los mismos actos y con los mismos fundamentos jurídicos que el deducido por nuestra Comunidad Autónoma. En esta última sentencia el citado órgano judicial, tras afirmar la plena aplicación de los artículos 26.1 y 26.4 LPAC al régimen de acuerdos del Consejo, indica que la pretendida exigencia de unanimidad no puede fundarse *“en el hecho de hallarnos ante una materia cuya competencia sea compartida, ya que la posible injerencia en la materia por parte de este órgano de cooperación, contraviniendo el reparto de competencias entre Estado y Comunidad Autónoma podría ser objeto del oportuno recurso en vía administrativa o judicial”.*

Lo anterior permite afirmar el carácter vinculante del Acuerdo adoptado por el Consejo Territorial del SAAD, sobre determinación de la capacidad económica del beneficiario y sobre los criterios de participación de éste en las prestaciones del SAAD, en tanto que haya sido

adoptado según el procedimiento y el régimen de mayorías que se establece en Reglamento de Régimen Interior del citado Consejo, circunstancia que no se encuentra documentada en el expediente, pero que puede tenerse por cumplimentada a tenor del contenido de las Sentencias de la Audiencia Nacional antes indicadas, que así lo hacen constar tras comprobar la documentación obrante en autos, entre la que se citan el mencionado Reglamento y el acta de la sesión en la que se adoptó el Acuerdo. En este sentido, pues, se coincide con el CES cuando concluye que el Proyecto ha de respetar los porcentajes de participación en aquél fijados, salvo que se establezcan otros más ventajosos para el beneficiario.

2ª) En relación con el primero de los dos aspectos que se abordan en el Proyecto, es decir, el relativo a la determinación de la capacidad económica del beneficiario, el artículo 14.7 LD establece, como decíamos antes, que la misma se fijará en la forma que reglamentariamente se establezca, a propuesta del Consejo Territorial del SAAD. La norma que se pretende aprobar constituiría, en lo que refiere al contenido de su Capítulo II, el desarrollo reglamentario de dicha previsión legal. En este punto cabe plantearse si las Comunidades Autónomas pueden desplegar tal actividad normativa sin la existencia intermedia de un Real Decreto del Gobierno de la Nación, cuestión que ha de resolverse en sentido positivo por varias razones:

a) La primera de ellas viene constituida por el hecho de que no existe una reserva reglamentaria a favor del Gobierno de la Nación. En efecto, el precepto se limita a establecer la necesidad de reglamentar -con respeto a los mínimos comunes acordados por el Consejo Territorial del SAAD-, la forma en que se determinará la capacidad económica del beneficiario. Cuando el legislador ha querido que el desarrollo reglamentario de una materia se lleve a cabo por Gobierno lo ha explicitado de este modo (en el art. 5.4 en lo que se refiere a las condiciones de acceso al Sistema de Atención a la Dependencia de los emigrantes españoles retornados; en el art. 9.1, en lo que se refiere a la determinación del nivel mínimo de protección garantizado para cada uno de los beneficiarios del Sistema; en el art. 10.3, para determinar la intensidad de protección de cada uno de los servicios previstos en el Catálogo, y la compatibilidad e incompatibilidad entre los mismos; en el art. 20 en relación con la fijación de la cuantía de las prestaciones económicas; en el art. 27.3 respecto de la aprobación del baremo a aplicar en la valoración de la situación de dependencia; en la Disposición adicional cuarta sobre la incorporación a la Seguridad Social de los cuidadores no profesionales).

b) Una segunda razón vendría dada por la imprescindible intervención de las Comunidades Autónomas en el desarrollo e implantación del SAAD, dentro de los criterios comunes fijados por el Consejo Territorial del SAAD, toda vez que la regulación del citado sistema

incide, como se afirma en la Consideración Segunda del presente Dictamen, sobre una materia, como es la asistencia social, contenida en el artículo 148.1.20ª CE y asumida por el conjunto de las Comunidades Autónomas en sus respectivos Estatutos. Para que dicha implantación se lleve a cabo resulta imprescindible regular los criterios para determinar la capacidad económica de los beneficiarios del sistema, como dato indispensable para fijar el régimen de participación en el coste de las prestaciones asistenciales o económicas previsto en la LD. Por lo tanto, aun admitiendo que el Estado viniese obligado a establecer mediante Real Decreto las condiciones básicas para determinar dicha capacidad económica, su inactividad (ha transcurrido más de un año desde la publicación del Acuerdo del Consejo Territorial del SAAD) no puede ser óbice, como señala el Tribunal Constitucional en su Sentencia de 27 de julio de 1982, para que las Comunidades Autónomas lleven a cabo el ejercicio de sus competencias, todo ello, claro está, sin perjuicio de que una posterior actividad normativa del Estado desplazase en lo que la contraviniese a la autonómica.

3ª) En lo que respecta al contenido del Capítulo III del Proyecto relativo a la participación de las personas beneficiarias en el coste de las prestaciones del Sistema de Autonomía y Atención a la Dependencia en la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, la LD contempla en su artículo 33 una contribución económica de los usuarios que se extiende tanto a las prestaciones en servicios como a las prestaciones en metálico, afirmando en el apartado 3 de dicho artículo que el Consejo Territorial del SAAD fijará los criterios para la aplicación de lo previsto en dicho artículo, que serán desarrollados en los Convenios a que se refiere el artículo 10, es decir, aquellos que, en el marco de la cooperación administrativa que rige el SAAD, se podrán celebrar entre la Administración General del Estado y las Comunidades Autónomas. Vemos, pues, que el desarrollo del Acuerdo sobre los criterios generales de copago aprobados por el Consejo Territorial del SAAD que prevé la LD no es normativo y sí consensuado mediante uno de los instrumentos de colaboración previstos en la LD, el Convenio.

Pues bien, ni en la memoria explicativa del Proyecto ni en ningún otro documento del expediente se hace referencia a la existencia de este Convenio o a las dificultades que hayan podido surgir para que el mismo no se haya suscrito. De las certificaciones de los acuerdos adoptados por los Consejos Asesores en materia de servicios sociales parece desprenderse que en el seno del Consejo Territorial del SAAD se habría planteado la posibilidad de que fuese el Estado el que, mediante la aprobación de un Real Decreto, estableciese un único modelo de copago de manera que los usuarios de un determinado tipo de servicio contribuyese de igual forma en el coste de aquél con independencia del territorio en el que se prestase. Con independencia de las distorsiones y las posibles percepciones de inequidad a las que pueda dar lugar la coexistencia

de múltiples modelos de copago, lo cierto es que la competencia para determinar el modelo de copago en su ámbito territorial corresponde a las Comunidades Autónomas, las cuales tienen un margen de maniobrabilidad para establecerlo siempre, claro está, de acuerdo con los criterios generales aprobados por el Consejo Territorial del SAAD en el Acuerdo repetidamente citado. Esta competencia no supone óbice alguno para acordar un modelo consensuado vía Convenio, pero también constituye el “paraguas” bajo el cual el Decreto que ahora pretende aprobar nuestra Comunidad Autónoma encuentre cobertura suficiente para integrarse con plena legitimidad en el conjunto de normas de carácter asistencial aplicables a la cuestión que nos ocupa.

#### **QUINTA.- Observaciones particulares al texto.**

##### I. Al título

Procedería revisar la redacción del Título, porque en su configuración actual resulta confusa e, incluso, impropia, pues da a entender que el Proyecto determina la capacidad económica del beneficiario y fija su participación en la financiación de los servicios, cuando lo cierto es que lo que realmente hace es establecer o regular los criterios para que aquella determinación se lleve a cabo.

##### II. A la parte expositiva.

De acuerdo con las Directrices de técnica normativa antes mencionadas, las disposiciones de carácter general contarán con una parte expositiva que cumplirá con la función de describir su contenido, indicando su objeto y finalidad, sus antecedentes y las competencias y habilitaciones en cuyo ejercicio se dicta.

El Proyecto que ahora nos ocupa viene acompañado de un texto introductorio dando así cumplimiento formal al requisito establecido por dichas Directrices. No obstante, el estudio de su contenido evidencia las siguientes deficiencias que convendría subsanar:

1. La referencia que se contiene en el primer párrafo al artículo 148 CE, como precepto que permite a las Comunidades Autónomas asumir competencias en materia de asistencia social, entre otras, debe hacerse de forma completa, es decir, indicando también el apartado (1) y el subapartado (20).



2. En el primer párrafo *in fine* se contiene una referencia al Estatuto de Autonomía que resulta incompleta e incorrecta; debe sustituirse por la siguiente: Ley Orgánica 4/1982, de 9 de junio, por la que se aprueba el Estatuto de Autonomía para la Región de Murcia.

3. En el párrafo quinto se hace referencia al Consejo Territorial del SAAD y al hecho de que éste aprobó los criterios para la determinación de la capacidad económica del beneficiario y su aportación económica a las prestaciones del SAAD, así como a la fecha de su publicación en el BOE. En dicha inclusión que obedece a una sugerencia del CES, debe especificarse la fecha en que se adoptó dicho Acuerdo, así como incorporar una mención expresa al ajuste de la norma a los criterios que en él se establecen, de acuerdo con el contenido de la Consideración Cuarta, 1ª, del presente Dictamen.

4. Debería incluirse una mención y justificación del cambio que la entrada en vigor del Proyecto (Disposición adicional única) va a suponer en la aportación económica que actualmente realizan los usuarios de los servicios y prestaciones sociales que se llevan a cabo fuera del SAAD.

### III. Al articulado.

#### - Artículo 1. Objeto

Lo apuntado en relación con el Título resulta trasladable a la redacción del Artículo 1. En efecto, aunque en este precepto sí que se establece correctamente que la norma determina los criterios para fijar la participación económica del beneficiario en las prestaciones del SAAD, mantiene una redacción inadecuada en lo que respecta a la capacidad económica de aquél, pues afirma que el Decreto llevará a cabo su determinación, cuando lo cierto es que sólo regula los criterios para hacerlo.

#### - Artículo 4. Renta.

La redacción de este precepto resulta confusa en lo que se refiere al beneficiario con cargas familiares, e incompleta porque no contempla el supuesto del beneficiario con cónyuge en régimen de gananciales o cuando se presente declaración conjunta del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (apartado 7 del Acuerdo del Consejo Territorial del SAAD). Una redacción similar a la que se contiene en el apartado 8 del artículo 4 de la Resolución de 14 de diciembre de 2009, de la Consejería de Bienestar Social y Vivienda del Principado de Asturias, resultaría mucho

más clarificadora, por lo que se sugiere considerar la posibilidad de modificar el tenor del precepto que nos ocupa en dicho sentido.

- Artículo 5. Patrimonio

En el último párrafo del apartado 3 se recoge por dos veces la expresión “y/o”. Respecto del uso que se hace de ella la primera vez, cabe recordar que la conjunción “o” no es excluyente, de forma que puede indicar uno, otro o ambos (para indicar sólo uno u otro se emplea la fórmula “o...o...”). Por tanto, la expresión “y/o”, innecesaria por redundante, se debe sustituir por la conjunción “o”, de modo que la dicción del precepto en este punto quede del siguiente modo: “...por razón de tutela o acogimiento...”.

En lo que respecta a la segunda cita que se hace de dicha expresión caben dos opciones:

a) Si el objetivo es que la previsión recogida en el Proyecto coincida con la que se prevé en el Acuerdo del Consejo Territorial del SAAD, debe sustituirse la expresión “y/o” por la conjunción “y”. De este modo para que una persona mayor de 25 años en situación de dependencia o con discapacidad, vinculada al beneficiario por razón de tutela o acogimiento, se considere persona a su cargo, es necesario que se cumplan dos requisitos: que conviva con el beneficiario y que dependa económicamente de él.

b) Si, por el contrario, lo que se pretende es que sólo sea necesario uno de los dos requisitos (lo que se podría admitir al constituir una mejora sobre los mínimos marcados en el Acuerdo), la redacción debería ser del siguiente tenor: “...siempre que o conviva con el beneficio o dependa económicamente de él”.

- Artículo 6. Período computable.

1. La dicción de este precepto resulta confusa hasta tal punto que en algún momento no se llega a comprender su significado. Es mucho más clara la redacción que se contiene en el Acuerdo del Consejo Territorial de SAAD (apartado 5), por lo que se sugiere transponerla al Proyecto y adicionarle, en su caso, la previsión que se contempla al final del artículo relativa a que se computarán las rentas y patrimonio del ejercicio en el que se produzca la solicitud o revisión de la prestaciones, si es que, durante la tramitación del expediente, se dispusiese de la correspondiente información tributaria.

2. Puesto que la capacidad económica del interesado se calcula valorando la renta y el patrimonio (art. 3 del Proyecto), se debe sustituir la expresión “ingresos” por la más adecuada de “renta”.

- Artículo 7. Determinación de la capacidad económica.

1. Para que no se suscite duda alguna sobre el hecho de que los beneficiarios que tengan 35 o 65 años se encuentran incluidos en el tramo segundo, es decir, entre aquellos a los que la renta se les incrementará al alza con la suma del 2% del valor del patrimonio neto, la redacción de este inciso debe ser del siguiente tenor: “De los 35 a los 65 años, un dos por ciento”.

2. La modificación que se ha introducido en este tramo en relación con lo dispuesto en el Acuerdo del Consejo Territorial del SAAD, reduciendo el porcentaje del 3% al 2%, resulta admisible por cuanto que ello supone el establecimiento de unas condiciones más ventajosas para el beneficiario en lo que se refiere al cálculo de su capacidad económica.

- Artículo 8. Comprobación de la capacidad económica.

La previsión contenida en este artículo implica la comunicación de datos de unas Administraciones públicas a otra distinta (la autonómica). Al respecto cabe recordar lo que ya ponía de manifiesto este Órgano Consultivo en su Dictamen núm. 111/2001, en relación con la imposibilidad de que los datos obtenidos por una Administración pública para el ejercicio de las funciones que le son propias en el ámbito de sus competencias, puedan comunicarse a un tercero, incluso cuando éste sea una Administración pública para el ejercicio de competencias diferentes o de competencias que versen sobre materias diferentes, sin el previo consentimiento del afectado; salvo cuando la comunicación tenga por objeto el tratamiento posterior de los datos con fines históricos, estadísticos o científicos (art. 21.1 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal -en lo sucesivo, LOPD-). Este consentimiento debe ser expreso, voluntario y cumplir las especificaciones precisas para que pueda considerarse como una manifestación de voluntad libre, inequívoca, específica e informada -artículos 3,h) y 6 LOPD-.

Pues bien, el Proyecto al establecer la autorización (sería más correcto utilizar el término consentimiento que es el empleado por la LOPD) lo hace en términos imperativos, privando así al interesado de su derecho a consentir libremente el tratamiento de sus datos personales. Procede, pues, variar la redacción de este precepto en el sentido de que el interesado o su representante

“podrán” prestar su consentimiento, posibilidad que debe materializarse en un documento anexo a la solicitud de la prestación o servicio, pero nítidamente desligado de la misma.

- Artículo 9. Participación económica de las personas beneficiarias.

En el apartado 3 se establece que *“El Consejero que ostente las competencias en materia de aplicación de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, fijará y actualizará mediante Orden, los precios de referencia de los servicios del catálogo del artículo 15 de la citada Ley, a los efectos de determinar la cuantía de la participación de las personas beneficiarias de dichos servicios”*.

Si los precios de referencia que se mencionan en este precepto no fuesen otros que los precios públicos que por la prestación de los servicios o la utilización de los centros integrados en la red de los servicios sociales de la Región de Murcia, estén ya fijados o puedan establecerse en un futuro, su creación, modificación o supresión corresponde al Consejero competente en materia de asistencia social, en los términos previstos en el artículo 21 del Decreto Legislativo 1/2004, de 9 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Tasas, Precios Públicos y Contribuciones, y de este modo debe reflejarse en el Proyecto.

Si no fuese así y por precio de referencia hubiera de entenderse el que se estableciese con la única finalidad de efectuar el cálculo de la participación económica del beneficiario en los servicios del catálogo del artículo 15 LD, estaríamos ante una habilitación reglamentaria que resulta contraria al régimen de la potestad reglamentaria, en tanto que ésta corresponde de forma originaria al Consejo de Gobierno (artículo 32.1 EA) y, sólo por derivación, a los Consejeros, cuando les esté específicamente atribuida por una norma de rango legal (artículos 38 y 52.1 de la Ley 6/2004), a salvo su potestad reglamentaria propia en los aspectos puramente organizativos de su Departamento. Por lo tanto, debido a la insuficiencia del rango normativo del Proyecto para efectuar esta habilitación, tal previsión debería suprimirse y, consecuentemente, en cada uno de los preceptos en los que se contenga una indicación a tal precio de referencia se debe proceder a su fijación o, al menos, a la de los criterios que permitan calcularlo de modo automático.

- Artículo 10. Participación económica de las personas beneficiarias en el Servicio de Atención Residencial.

1. La determinación del precio de referencia, por las razones expuestas en el comentario efectuado en relación con el artículo 9, debe ser fijado en el Proyecto, en los términos que allí se

señalan y haciéndolo, además, “en relación con el precio de concertación de plazas en centros de la iniciativa privada”, tal como se indica en el Acuerdo del Consejo Territorial del SAAD.

2. La habilitación que el apartado 3 realiza a favor del Consejero para determinar y actualizar la cantidad mínima que debe garantizarse al beneficiario para gastos personales, resulta, por las razones que antes se han indicado, contraria al régimen de la potestad reglamentaria, lo que exige que tal previsión se elimine del Proyecto y, en su lugar, se fije directamente la cantidad o los criterios para llegar a ella y los mecanismos para su actualización (por ejemplo, el valor anual del IPC).

- Artículo 11. Participación económica de las personas beneficiarias en el Servicio de Centro de día y de Centro de noche.

1. En relación con este servicio en el Acuerdo del Consejo Territorial del SAAD se afirma que *“la participación del beneficiario se establecerá mediante la aplicación de un porcentaje en función de su capacidad económica, comprendido entre el 10 y el 65 por ciento y aplicado de forma progresiva. En ningún caso esta participación superará el 65 por ciento del indicador de referencia.*

*Si el servicio de Centro de Día o de Noche conlleva transporte y/o manutención los porcentajes de participación establecidos podrán elevarse para tener en cuenta el mayor coste del servicio”.*

En esencia el contenido del precepto que nos ocupa respeta lo dispuesto en el Acuerdo, pero su redacción resulta muy confusa. Se sugiere modificarla para establecer, con carácter general, que la aportación del beneficiario no superará el 65% del precio de referencia y, a continuación, establecer que dicho porcentaje se elevará al 75% cuando el servicio conlleve transporte o manutención.

2. La determinación del precio de referencia para este servicio deberá efectuarse en los mismos términos que se han señalado para el correspondiente al Servicio de Atención Residencial.

- Artículo 12. Participación económica de las personas beneficiarias en el Servicio de Ayuda a Domicilio

1. Se reitera la necesidad de que el precio de referencia del servicio por hora se determine en el Proyecto.

2. Para este Servicio opera el mismo límite que para el Servicio de Centro de Día o de Noche, pues es el establecido por el Acuerdo del Consejo Territorial del SAAD en el apartado 1.b) para todos los Servicios que en él se indican, entre los que se incluye el de Ayuda a Domicilio.

- Artículo 15. Participación de las personas beneficiarias en la Prestación económica para cuidados en el entorno familiar y apoyo a cuidadores no profesionales.

El apartado 3 establece que *“Se garantiza que las personas beneficiarias de la Prestación económica para cuidados en el entorno familiar y apoyo a cuidadores no profesionales perciban, en todo caso, el veinticinco por ciento de la cuantía fijada anualmente, según grado y nivel”*. Límite que no coincide con el que marca el Acuerdo del Consejo Territorial del SAAD que lo fija, para este tipo de prestaciones, en un 75%, salvo que se haya reconocido algún tipo de compatibilidad con los Servicios del Catálogo, por lo que el Proyecto debe contemplar este mismo límite.

- Artículo 16. Participación de las personas beneficiarias en la prestación económica vinculada al servicio

También aquí resulta necesario modificar los límites mínimos garantizados para las prestaciones económicas que se recogen en los apartados 4, 5 y 6, de tal manera que en ningún caso éstos puedan ser inferiores al 40% de la cuantía establecida anualmente para las prestaciones económicas vinculadas a los servicios que en dichos apartados se indican.

- Artículo 17. Participación económica de la persona beneficiaria en la prestación de asistencia personal.

Este precepto, en su apartado 3, señala lo siguiente:

*“Se garantiza que las personas beneficiarias de la Prestación económica de asistencia personal perciban, en todo caso, el veinticinco por ciento de la cuantía establecida anualmente para esta prestación económica.*

*No obstante, cuando la contratación de una asistencia personal tenga por finalidad facilitar a la persona beneficiaria el acceso a la educación y al trabajo, dicho porcentaje será del cincuenta por ciento de la cuantía establecida anualmente para esta prestación económica, salvo que se le*

*haya reconocido algún tipo de compatibilidad con las prestaciones económicas o servicios del catálogo, en cuyo caso, se podrá reducir hasta el veinticinco por ciento”.*

Como se ha indicado en las observaciones formuladas a los artículos que preceden al que ahora nos ocupa, el límite mínimo que se recoge en relación con esta prestación ha de ajustarse al que se establece en el Acuerdo del Consejo Territorial del SAAD, sin que, por lo tanto, la cantidad resultante a percibir por el beneficiario pueda ser inferior, en ningún caso, al 40 por ciento de la cuantía establecida anualmente para las prestaciones económicas vinculadas a la asistencia personal.

- Artículo 19. Deducciones por prestaciones de análoga naturaleza y finalidad.

En el primer párrafo debe eliminarse la expresión que lo cierra: “...y cualquier otra prestación análoga de otros sistemas de protección pública”, pues la analogía ya viene establecida al inicio del párrafo.

- Disposición adicional única. Régimen Jurídico de prestaciones de análoga naturaleza que se presten fuera del SAAD.

Se establece en esta Disposición que *“Los servicios y prestaciones de los artículos 14 y 15 de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, o cualesquiera otros de análoga naturaleza, que se presten fuera del SAAD, y en el ámbito de los Servicios Sociales, cuando estén financiados total o parcialmente por fondos procedentes de los Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, estarán sujetos al mismo régimen de participación económica de las personas beneficiarias que regula el presente decreto”.*

El tenor de esta Disposición suscita las siguientes cuestiones:

1ª. No parece necesario incluir los servicios y prestaciones de los artículos 14 y 15 de la LD, puesto que el objeto del Decreto lo constituye, precisamente, el establecimiento del régimen de participación económica de los beneficiarios de dichos servicios y prestaciones.

2ª. No se señalan en la Memoria de oportunidad las razones de índole técnico o jurídico que aconsejen unificar el régimen de aportación económica de los beneficiarios de servicios y prestaciones sociales sin distinción entre las que correspondan al SAAD y las que no, sin que tampoco se haya señalado a que prestaciones de entre las existentes afectaría y qué

normas sería necesario modificar o derogar para que tal previsión pudiese desplegar efectos jurídicos. Esta falta de información impide a este Consejo pronunciarse sobre el contenido de esta Disposición, aunque sí se sugiere incluir al final de la misma la expresión “*siempre y cuando su régimen jurídico lo permita*”, con el fin de poder salvar la ilegalidad en la que se pudiera incurrir en el supuesto de que alguna de las aportaciones económicas cuyo régimen se quiera modificar estuviese regulado por norma de rango legal.

- Disposición transitoria única. Participación en el coste de los servicios de las personas en situación de dependencia atendidas en centros públicos o concertados.

Esta Disposición fue incluida a sugerencia del CES con el fin de de garantizar los derechos de las personas beneficiarias en relación con las situaciones de protección reconocidas con anterioridad a la entrada en vigor del Decreto que se pretende aprobar, del mismo modo que lo hace el Acuerdo del Consejo Territorial del SAAD. Sin embargo, la transcripción efectuada merece dos consideraciones:

1ª. Resulta más adecuado referirse a centros públicos o concertados que a plazas públicas de centros de titularidad pública o privada.

2ª. Debe incluirse una referencia a los “*perceptores de alguna prestación económica vinculada a tales servicios*” (los incluidos en el SAAD), tal como se contempla en el citado Acuerdo.

- Disposición final primera. Habilitación normativa.

La habilitación reglamentaria que se efectúa en esta Disposición resulta contraria al régimen de la potestad reglamentaria, en tanto que ésta corresponde de forma originaria al Consejo de Gobierno (artículo 32.1 EA) y, sólo por derivación, a los Consejeros, cuando les esté específicamente atribuida por una norma de rango legal (artículos 38 y 52.1 de la Ley 6/2004), a salvo su potestad reglamentaria propia en los aspectos puramente organizativos de su Departamento, tal como se indica en la observación efectuada en relación con el artículo 9 del Proyecto. En consecuencia, esta Disposición debe suprimirse.

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

## **CONCLUSIONES**



**PRIMERA.-** La Comunidad Autónoma cuenta con competencia suficiente para aprobar la norma sometida a consulta, correspondiendo hacerlo al Consejo de Gobierno, mediante Decreto.

**SEGUNDA.-** En aplicación de lo establecido en el artículo 61.3 del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo Jurídico, aprobado por Decreto 15/1998, de 2 de abril, se consideran de carácter esencial las siguientes observaciones:

- Las que se contienen en relación con la necesidad de que los porcentajes de participación de los beneficiarios en los servicios y prestaciones económicas que se recogen en el Proyecto, se adecuen a los que fijados por el Consejo Territorial del SAAD en su Acuerdo publicado mediante Resolución de 2 de diciembre de 2008, de la Secretaría de Estado de Política Social, Familias y Atención a la Dependencia y a la Discapacidad.

- La realizada sobre la necesidad de eliminar el carácter preceptivo con el que aparece configurado en el artículo 8 del Proyecto el consentimiento del solicitante para el tratamiento de sus datos personales.

- Las que se señalan en relación con la necesidad de suprimir las habilitaciones reglamentarias contenidas en los artículos 9.3 y 10.3, así como en la Disposición final primera, en los términos que indican en las observaciones efectuadas a estos preceptos en el presente Dictamen.

- La que se indica sobre la necesidad de incluir al final de la Disposición adicional única la expresión *“siempre y cuando su régimen jurídico lo permita”*.

**TERCERA.-** El resto de observaciones podría contribuir a la mejora del texto.

No obstante, V.E. resolverá.



**DICTAMEN 101/2010**

**Asunto** 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

**Fecha** 17/05/2010

**Extracto de Doctrina**

Nota: igual doctrina que la expresada en el Dictamen 53/2010.



## DICTAMEN 102/2010

<b>Asunto</b>	Proyecto de Decreto por el que se aprueba el Reglamento del juego del bingo de la Región de Murcia y se modifica el Reglamento de máquinas recreativas y de azar de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.
<b>Consultante</b>	Consejera de Economía y Hacienda
<b>Fecha</b>	17/05/2010

### Extracto de Doctrina

La reforma en trámite de la Ley 2/1995, según se desprende de la certificación del acta correspondiente a la sesión de la Comisión del Juego y Apuestas de 22 de julio de 2008, en la que se informó el Proyecto de Decreto (el Anteproyecto de Ley también aparece publicado en la página web de la Consejería consultante), suscita la conveniencia y la necesidad de posponer el nuevo Reglamento a la aprobación de la reforma legal iniciada, como ya ha reiterado este Consejo Jurídico anteriormente (Dictámenes 181/2008 y 93/2010), pues lo contrario podría conducir a la falta de coherencia e integración de la normativa del juego regional, sin obviar la falta de habilitación legal de determinadas propuestas reglamentarias.

Esta conveniencia se transforma en exigencia constitucional -artículo 53.1 CE-, por la aplicación del principio de reserva de ley, cuando se trate de aspectos de esta normativa, que impliquen restricciones a las empresas del sector o al acceso a las salas de juego, por ejemplo, al contener limitaciones a la libertad de empresa y del ciudadano, respectivamente, sobre las que la Ley regional ha de concretar los fines y objetivos que la reglamentación ha de perseguir y las consecuencias que derivan de su incumplimiento (régimen sancionador).

### ANTECEDENTES

**PRIMERO.-** Con fecha 4 de septiembre de 2008, el Director General de Tributos remite para su tramitación un primer borrador del Proyecto de Decreto por el que se aprueba el Reglamento del Juego del Bingo de la Región de Murcia y se modifica el Reglamento de Máquinas Recreativas y de Azar de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, al que acompaña la memoria justificativa suscrita por el titular del centro directivo el 1 de septiembre anterior (folios 49 a 66), desglosada en los siguientes apartados: antecedentes, motivación técnica y jurídica de las modificaciones introducidas, informe de la Comisión del Juego y Apuestas, disposiciones afectadas, omisión del trámite de audiencia, repercusión económica e impacto de género:

a) Antecedentes. En un plano general se destaca que *“en los últimos años se han producido novedades en el contexto del juego del bingo que requieren su incorporación al ordenamiento regional, como son las nuevas modalidades, que mediante instalaciones y aparatos electrónicos permiten al usuario realizar variaciones de dicho juego de forma automática utilizando cartones virtuales con diverso formato. Al mismo tiempo, la evolución tecnológica ha permitido introducir en el bingo tradicional nuevos sistemas de venta de cartones y medios de pago, así como también mejoras en la gestión del propio juego.”* Se añade que se ha intentado mejorar el texto con las aportaciones de la experiencia acumulada, por lo que se ha elaborado un texto completo del Reglamento del Bingo, en lugar de modificaciones parciales. En relación con las modificaciones que se introducen al Reglamento de Máquinas Recreativas y de Azar (aprobado por Decreto regional 72/2008, de 2 de mayo), a través de la Disposición final primera del Proyecto de Decreto, se señala que traen causa en la demanda del sector por la evolución del mercado, que ha introducido la quinta apuesta simultánea en las máquinas especiales para salones de juego y salas de bingo, y por los avances tecnológicos, con la creación de modelos de máquinas de instalación exclusiva en salas de bingo. En cuanto a la participación, destaca el amplio consenso alcanzado con la Federación Murciana del Recreativo y con la Asociación Murciana Empresarial del Juego, que aportaron sus propuestas que han sido de gran utilidad en la redacción de este proyecto.

b) Motivación técnica. De forma particularizada se analizan las modificaciones introducidas al articulado (folio 51 a 62), que serán objeto de análisis ulteriormente.

c) Motivación jurídica. Se señala, entre otros aspectos, que se ha optado por la elaboración de un texto completo, siguiendo las recomendaciones de los órganos consultivos autonómicos, al igual que se contiene la estructuración formal del texto, con un total de 48 artículos, divididos en 4 títulos: Título Preliminar; Régimen de autorizaciones (Título I); De las salas, del personal y del desarrollo de las partidas (Título II); y, por último, Régimen Sancionador (Título III).

d) Omisión del trámite de audiencia. Se razona que se ha prescindido del trámite de audiencia, al amparo de lo dispuesto en el artículo 53.3,d) de la Ley 6/2004, de 28 de diciembre, del Estatuto del Presidente y del Consejo de Gobierno de la Región de Murcia (en lo sucesivo Ley 6/2004) , por cuanto organizaciones y las asociaciones que agrupan o representan a los ciudadanos en materia de juegos están integradas en la Comisión de Juego y Apuestas de la Región de Murcia, que informó el Proyecto de Decreto.

e) Repercusión económica de la norma. Se establece que la aplicación de los reglamentos modificados no va a suponer mayor coste económico en el plano administrativo, puesto que los

procedimientos se tramitarán sin gastos adicionales. Por el contrario, se señala que la reforma sí tiene trascendencia respecto a las arcas autonómicas, sobre todo con la puesta en marcha del bingo electrónico, al que le es aplicable una tributación especial.

f) Impacto por razón de género. Se señala que no existe en la disposición elaborada una dición o referencia discriminatoria por razón de género.

**SEGUNDO.-** El primer borrador remitido a la Secretaría General también se acompaña de la siguiente documentación:

- a) Propuesta para la modificación del juego del bingo tradicional y la regulación del bingo electrónico, de 15 de febrero de 2008, de la Asociación Murciana Empresarial del Juego (AMEJ).
- b) Propuesta para la regulación de las máquinas recreativas tipo B exclusivas para Salas de Bingo, de 21 de julio de 2008, de la precitada Asociación.
- c) Propuesta de la Federación Murciana del Recreativo (FEMURE), de 25 de julio de 2008, sobre el número de partidas simultáneas y premios de las máquinas especiales para salones de juego y salas de bingo.
- d) Acuerdo adoptado por la Comisión de Juego y Apuestas, en su sesión de 22 de julio de 2008, en el que se informó favorablemente el Proyecto de Decreto, acompañando el acta íntegra correspondiente a aquella sesión (folio 69), en la que se recoge la observación realizada por el representante de FEMURE “para solicitar que las máquinas de instalación exclusiva en salas de bingo también sean autorizadas para su instalación en salones de juego”. En igual sentido, el representante de la Asociación de Casinos de Juego para que dicha máquinas exclusivas se puedan instalar en dichos establecimientos.

**TERCERO.-** El 29 de octubre de 2008, el Servicio Jurídico de la Consejería de Economía y Hacienda emite informe al Proyecto de Decreto, realizando observaciones a la documentación que integra el expediente, concretamente a la omisión de un estudio económico, que tendría que analizar los costes de su implantación con cita a la doctrina de este Consejo Jurídico. También que el análisis del impacto de género es insuficiente, limitándose a afirmar la ausencia de repercusiones sin mayor motivación. En cuanto al procedimiento, se destaca la falta la participación de otros departamentos de la Administración regional que ostentan competencias que inciden en la regulación, siguiendo también la doctrina elaborada por este Órgano Consultivo (por todos, Dictámenes 4/99, 73/00, 149/03 y 54/08), como los competentes en materia de sanidad y consumo

(protección del consumidor y ludopatías) o en espectáculos y establecimientos públicos; también resalta la conveniencia de la participación de los colegios profesionales por el establecimiento de los requisitos a tener en cuenta en los salones para su adecuación al Código Técnico de Edificación. Igualmente, por la regulación de las autorizaciones de instalación y funcionamiento, recomienda al centro directivo que reflexione sobre la conveniencia de un trámite de audiencia a las Corporaciones Locales (Memoria del Consejo Jurídico del año 2002).

De otra parte, además de una observación de tipo general sobre la denominación de la Consejería competente, así como las referencias al órgano competente, se realizan de forma particular a los siguientes artículos del Reglamento: 1, 2, 3, 4, 7, 8, 9, 10, 11, 13, 14, 16, 17, 19, 20, 22, 24, 25, 26, 32, 35, 39 y al Título III, así como a la Disposición final primera del Proyecto de Decreto.

**CUARTO.-** Con fecha 5 de enero de 2009, el titular del centro directivo remite al Secretario General de la Consejería consultante el segundo borrador del Proyecto de Decreto, al que se incorporan la mayor parte de las observaciones advertidas en el informe jurídico precitado, según refiere, a la vez que se modifican los anexos en los que se establece la dotación y cuantía de los premios, a propuesta de AMEJ, acompañando la siguiente documentación:

1ª) Escrito de la citada Asociación, de 10 de octubre de 2008, proponiendo una modificación del Anexo sobre el nuevo premio del bingo acumulado.

2ª) Certificación del acuerdo de la Comisión de Juego y Apuestas, de 10 de octubre de 2008, acompañada del acta íntegra de la sesión, que tiene como asunto del día “el desarrollo del Juego y Apuestas en la Región correspondiente al año 2007”.

3ª) Solicitud de informe sobre el Proyecto de Decreto a las Consejerías de Sanidad y Consumo, y Presidencia y Administración Pública, siendo evacuado por el Servicio Jurídico de este último departamento el 29 de diciembre de 2008, en el que se realizan únicamente observaciones de índole formal (inclusión de un índice y advertencia de alguna errata gramatical).

4ª) Escrito de alegaciones del Sindicato Comisiones Obreras de Cartagena, de 15 de octubre de 2008, en el que se realizan observaciones a los artículos 29 (requisitos generales del personal), 35 (desarrollo del juego del bingo tradicional) y 36 (disposiciones generales sobre la celebración de partidas), a la vez que muestra su preocupación por el artículo 45 del Proyecto de Reglamento (instalación de terminales en el bingo electrónico), en tanto no limita el número de

terminales del bingo automático, al referirlo al aforo de la sala principal (y no a la sala del bingo automático), lo que supondría en la práctica la desaparición del bingo tradicional y con ello numerosos puestos de trabajo.

5ª) Memoria complementaria justificativa del Reglamento del Bingo, de 5 de enero de 2009, en relación con determinadas observaciones del órgano preinformante.

**QUINTO.-** El 20 de enero de 2009 emite informe jurídico la Vicesecretaria de la Consejería de la Consejería de Economía y Hacienda, indicando las actuaciones procedimentales que proceden.

**SEXTO.-** El Dictamen del Consejo Económico y Social de la Región de Murcia (CESRM en lo sucesivo), adoptado en su sesión plenaria de 30 de marzo de 2009, valora positivamente el Proyecto de Decreto, sin perjuicio de realizar concretas observaciones al mismo (folios 168-211).

**SÉPTIMO.-** Analizadas por el centro directivo las observaciones del CESRM, se introducen las modificaciones al texto que se justifican en los folios 214 a 216 del expediente, resultando el tercer borrador del Proyecto de Decreto (folios 217 a 263).

**OCTAVO.-** Recabado el informe de la Dirección de los Servicios Jurídicos de la Comunidad Autónoma, es evacuado el 22 de diciembre de 2009 en el sentido de informar favorablemente el Proyecto de Decreto, a reserva de la subsanación de las siguientes observaciones:

1º) En cuanto a la documentación integrante del expediente, pone de manifiesto que la motivación técnica y jurídica de la regulación propuesta, memoria y declaración de impacto de género deberían ampararse en la firma del responsable del Servicio competente, al igual que destaca la insuficiencia del apartado de repercusión económica para entender cumplimentado el estudio económico de la norma proyectada, según exigencias de la Ley 6/2004.

2º) Respecto al procedimiento, después de destacar la importancia de la participación de otros departamentos de la Administración regional en la elaboración de la norma, considera reprochable que la Consejería de Sanidad y Consumo, a la que se había otorgado un trámite de audiencia, no haya participado (si bien se desconocía el dato de que ulteriormente había remitido el correspondiente informe). También echa en falta la participación de los colegios profesionales, en relación con los requisitos técnicos de los salas de bingo.

3º) En cuanto a las observaciones particulares al texto, se realizan las siguientes:

- A la Disposición derogatoria única del Proyecto de Decreto, en cuanto la expresión “en lo que atañe al juego del bingo”, pues suscita dudas sobre la vigencia de otras normas.

- A los artículos 10.1, 13.2, 14.2 y 36.6 del Proyecto de Reglamento.

**NOVENO.-** La valoración de las observaciones del informe del órgano preinformante es realizada por el titular del centro directivo competente, mediante escrito de 14 de enero de 2010, en el que se manifiesta:

1. Respecto a la falta de firma del responsable del Servicio, se explica que el funcionario que impulsó la norma ya no se encuentra en el mismo, sin que tampoco exista una concreta atribución al mismo, según el Decreto vigente de estructura.

2. Se amplía la repercusión económica de la norma, en los términos expresados en los folios 284 y 285.

3. Se hace referencia al informe evacuado por la Consejería de Sanidad y Consumo, que se recibió por el órgano proponente con posterioridad a la remisión del expediente a la Dirección de los Servicios Jurídicos de la Comunidad Autónoma, y que propone que se incorpore al artículo 28 del Reglamento los requisitos de las hojas de reclamaciones (folio 297).

4. Sobre la falta de participación de los colegios profesionales, se considera que las condiciones técnicas se encuentran suficientemente avaladas por el representante de la Dirección General competente en materia de urbanismo en la Comisión de Juego y Apuestas.

5. Se amplían las consideraciones del impacto de género del Proyecto.

6. Se modifica el artículo 13.2,c).

7. Se da nueva redacción a la Disposición derogatoria única del Proyecto de Decreto y a los artículos 14.2, 17.3 y 36.6 del Reglamento proyectado.

Finalmente, se remite al titular de la Secretaría General el cuarto borrador del Proyecto de Decreto, que constituye el texto sometido a nuestro Dictamen (Doc. núm. 12, folios 298 a 319),



según se infiere de la diligencia de copia autorizada suscrita por la titular de la Consejería de Economía y Hacienda.

**DÉCIMO.-** Con fecha 20 de enero de 2010 se ha recabado el Dictamen preceptivo del Consejo Jurídico, acompañando el expediente administrativo.

A la vista de los referidos Antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

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

El expediente sometido a consulta versa sobre un Proyecto de Decreto por el que se aprueba el Reglamento del Juego del Bingo de la Región de la Murcia y se modifica el Reglamento de Máquinas Recreativas y de Azar de la Región de Murcia (aprobado por Decreto 72/2008, de 2 de mayo), por lo que compete al Consejo Jurídico emitir el presente Dictamen con carácter preceptivo, en virtud de lo establecido en el artículo 12.5 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia (LCJ).

**SEGUNDA.- Habilitación legal para el desarrollo reglamentario. Incidencia de la reforma acometida de la normativa reguladora del juego.**

1. Como refiere la parte expositiva del Proyecto de Decreto, la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia (CARM en lo sucesivo) ostenta competencias exclusivas en materia de casinos, juegos y apuestas, excepto las apuestas y loterías del Estado, conforme al artículo 10.Uno.22 de nuestro Estatuto de Autonomía (EAMU), abarcando las potestades legislativas y reglamentarias, así como la función ejecutiva.

En desarrollo de las competencias estatutarias, se aprobó la Ley 2/1995, de 15 de marzo, Reguladora del Juego y Apuestas de la Región de Murcia (en lo sucesivo Ley 2/1995) que ordena, con carácter general, las actividades relativas al juego y apuestas en sus distintas modalidades; en lo que afecta a la materia objeto principal del Proyecto de Decreto (aprobación del Reglamento del Juego del Bingo), el artículo 6 de la Ley regional recoge, entre los juegos sujetos a autorización administrativa, el bingo, que se practicará en los salones específicamente autorizados para su realización (artículo 14), en los que también se permiten instalar máquinas de juego tipo B con las condiciones que reglamentariamente se establezcan. También el Proyecto incide en el Reglamento

de Máquinas Recreativas y de Azar de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia (Disposición final primera del Proyecto de Decreto), para regular, por primera vez, las máquinas exclusivas tipo B para salas de bingo, y establecer la posibilidad de partidas quintuples en las máquinas de instalación exclusiva en salones de juego y salas de bingo.

El vigente Reglamento del Bingo fue aprobado por el Decreto 63/1997, de 31 de julio, que ha sufrido diversas modificaciones puntuales, citadas en la parte expositiva del Proyecto de Decreto.

El Consejo de Gobierno se encuentra específicamente habilitado por la Ley 2/1995 para el desarrollo reglamentario (artículo 10.3 y Disposición final primera), revistiendo también 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.

2. La reforma en trámite de la Ley 2/1995, según se desprende de la certificación del acta correspondiente a la sesión de la Comisión del Juego y Apuestas de 22 de julio de 2008, en la que se informó el Proyecto de Decreto (el Anteproyecto de Ley también aparece publicado en la página web de la Consejería consultante), suscita la conveniencia y la necesidad de posponer el nuevo Reglamento a la aprobación de la reforma legal iniciada, como ya ha reiterado este Consejo Jurídico anteriormente (Dictámenes 181/2008 y 93/2010), pues lo contrario podría conducir a la falta de coherencia e integración de la normativa del juego regional, sin obviar la falta de habilitación legal de determinadas propuestas reglamentarias.

Esta conveniencia se transforma en exigencia constitucional -artículo 53.1 CE-, por la aplicación del principio de reserva de ley, cuando se trate de aspectos de esta normativa, que impliquen restricciones a las empresas del sector o al acceso a las salas de juego, por ejemplo, al contener limitaciones a la libertad de empresa y del ciudadano, respectivamente, sobre las que la Ley regional ha de concretar los fines y objetivos que la reglamentación ha de perseguir y las consecuencias que derivan de su incumplimiento (régimen sancionador).

Atendiendo a éste y a otros principios (jerarquía normativa), y para el caso de la que la aprobación de la reforma de la Ley puede demorarse en el tiempo, este Consejo Jurídico recomienda al órgano proponente la posibilidad de tramitar una modificación puntual del reglamento específico, en relación con aquellas propuestas del sector, amparadas en la Ley vigente, que demanden, en opinión del centro directivo competente, su pronta aprobación,

posponiendo la regulación completa de los reglamentos específicos de los juegos a la aprobación de la futura reforma legal, lo que daría coherencia a la reforma normativa iniciada.

### **TERCERA.- Procedimiento y documentación.**

1. En cuanto a la tramitación seguida, se indica por parte del titular del centro directivo competente que se ha prescindido del trámite de audiencia, al amparo de lo dispuesto en el artículo 53.3,d) de la Ley 6/2004, por cuanto las organizaciones o asociaciones que agrupan o representan a los ciudadanos en materia de juegos y apuestas, tales como la Unión de Consumidores de Murcia, la Asociación Española de Casinos, Asociación Murciana de Empresarios de Juegos (bingo) y Asociación Independiente de Empresarios de Máquinas Recreativas, se integran en la Comisión del Juego y Apuestas, que informó el Proyecto de Decreto en su sesión de 22 de julio de 2008, al igual que asistió a dicha reunión, en calidad de asesor aunque sin voto, un responsable de la Asociación de Ayuda al Jugador de Azar de la Región de Murcia.

En relación con el presente Proyecto de Decreto, nada que objetar a la participación de otros departamentos de la Administración regional, en tanto se ha dado audiencia a la Consejería competente en materia de espectáculos públicos (Consejería de Presidencia y Administración Pública) y a la Consejería de Sanidad y Consumo, en la vertiente de competencias en salud pública y consumo, aunque no consta la remisión del texto a los centros directivos competentes en estas materias, si bien esta última actuación coordinadora corresponde a la Consejería consultada, que únicamente ha remitido un informe del asesor jurídico.

Respecto a los consumidores y usuarios, este Consejo reitera la observación realizada en el Dictamen 93/2010, a cuyas consideraciones se remite, por cuanto no consta que su representante haya participado efectivamente en la elaboración del informe de la Comisión del Juego y Apuestas. Por ello, conforme a las reglas de participación previstas en la reforma de la Ley de Consumidores y Usuarios (artículo 15. 1, f de la Ley 1/2008, de 21 de abril, por la que se modificó el Estatuto de los Consumidores y Usuarios de la Región de Murcia), se considera la conveniencia de otorgar una audiencia a las Asociaciones de Consumidores y Usuarios de la Región de Murcia.

Por otra parte, como se ha sostenido por los órganos preinformantes, la audiencia a los colegios profesionales, cuyos colegiados sean profesionales competentes para la redacción de proyectos, resulta conveniente para examinar la adecuación de los requisitos técnicos de las salas de bingo previstos en el artículos 21 y ss. del Proyecto de Reglamento (Dictamen 54/2008 del Consejo Jurídico), más aún si se tiene en cuenta que el Código Técnico de Edificación (CTE)

aprobado por Real Decreto 314/2006, de 17 de marzo, no se encontraba en vigor cuando se aprobó el Reglamento vigente. La motivación del centro directivo competente para justificar el no otorgamiento de dicha audiencia, consistente en la presencia del titular de la Dirección General competente en materia de urbanismo y vivienda en la sesión de la Comisión del Juego y Apuestas en la que se informó el Proyecto, no excluye *per se* dicha participación, que aún se convierte en más necesaria por el incremento de los aforos de las salas y su repercusión en las medidas de seguridad, como más adelante se expondrá.

2. No se justifica en el expediente la falta del trámite de notificación de los proyectos de reglamentos técnicos a la Comisión Europea, conforme a lo previsto en los artículos 5 y 6 del Real Decreto 1337/1999, de 31 de julio, teniendo en cuenta que este Proyecto de Decreto también modifica el Reglamento de Máquinas Recreativas y de Azar, en cuyo procedimiento de elaboración sí se cumplimentó el citado trámite.

3. Se ha completado el procedimiento de elaboración de la disposición reglamentaria con una ampliación del estudio económico de su repercusión, advertida por el órgano preinformante.

4. También se constata el esfuerzo del titular del centro directivo tendente a ampliar la motivación del informe de impacto por razón de género de la norma proyectada, que resulta exigible 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 el artículo 53.1 de la Ley 6/2004. Al respecto ya se pronunció el Consejo Jurídico en la Memoria del año 2007 (páginas 49 a 51).

**CUARTA.- Incidencia en la regulación del juego de la Directiva 2006/123/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior.**

El fin perseguido por la Directiva 2006/123/CE es la eliminación de los obstáculos que se oponen a la libertad de establecimiento de los prestadores en los Estados miembros y a la libre circulación de servicios entre los mismos, facilitando la apertura y el funcionamiento de los establecimientos empresariales, así como reducir los obstáculos para prestarlos en cualquier Estado de la Unión Europea.

En relación con la libre prestación de servicios, la denominada Directiva de Servicios establece la eliminación de todo procedimiento de autorización que afecte al acceso o ejercicio de

una actividad de servicios, si dicho procedimiento no cumple con los requisitos de necesidad, proporcionalidad y carácter no discriminatorio.

En lo que atañe a la regulación del juego, las actividades, incluidas las loterías, que impliquen apuestas de valor monetario quedan excluidas de su ámbito de aplicación, conforme a lo establecido en la transposición de la citada Directiva al derecho interno (artículo 2 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio). Los motivos que han conducido a la Directiva a su exclusión son los siguientes:

*“Procede excluir las actividades de juego por dinero, incluidas las loterías y apuestas, del ámbito de aplicación de la presente Directiva, habida cuenta de la especificidad de dichas actividades, que entrañan por parte de los Estados la aplicación de políticas relacionadas con el orden público y con la protección de los consumidores”.*

#### **QUINTA.- Modificaciones al Reglamento de Máquinas Recreativas y de Azar.**

Por razones sistemáticas, en tanto se contienen en la Disposición final primera del Proyecto de Decreto, se analizan separadamente las modificaciones puntuales que se introducen al Reglamento de Máquinas Recreativas y de Azar, concretamente a los artículos 9 (modificación del apartado f), adición de un nuevo artículo 9 bis), y 33.2.

Según la memoria justificativa, consisten básicamente en:

1. La modificación al apartado f) del artículo 9 tiene como finalidad incluir -en los modelos de máquinas especiales para salones de juego y salas de bingo- la opción para realizar cinco apuestas simultáneas, a propuesta de la Federación Murciana de Recreativos, según se justifica en la memoria, sin que este Órgano Consultivo tenga nada que añadir a este cambio.

2. La adición del artículo 9 bis (y la consiguiente modificación del artículo 33.2), que introduce por primera vez en la normativa regional del juego las máquinas tipo B de instalación exclusiva en salas de bingo, suscita una serie de cuestiones que requerirían, en opinión de este Órgano Consultivo, que fueran evaluadas por el centro directivo competente antes de proponer la aprobación de una regulación concreta:

a) El Reglamento vigente de Máquinas Recreativas y de Azar (artículo 9, f) contempla modelos de máquinas de instalación exclusiva en salones de juego y salas de bingo. La propuesta

de máquinas tipo B sólo de instalación exclusiva en salas de bingo supone una excepción a esta regulación, aun cuando se especifique en el Proyecto de Decreto que se trata de máquinas cuyo juego consista necesariamente en variaciones basadas en el juego del bingo desarrollado de manera informática o electrónica. De hecho, esta nota de exclusividad ya ha motivado alguna observación por parte del representante de la Asociación Independiente de Empresarios de Máquinas Recreativas en la Comisión del Juego y Apuestas, según el acta correspondiente a la sesión que informó el presente Proyecto (folio 70):

*“El Sr. (...) interviene para solicitar que las máquinas de instalación exclusiva en salas de bingo también sean autorizadas para su instalación en salones de juego.*

*En el mismo sentido interviene también el Sr. (...) para solicitar que las precitadas máquinas se puedan instalar en los casinos.”*

b) Ciertamente, según refiere la memoria justificativa, Comunidades Autónomas limítrofes tienen reconocidos estos modelos de máquinas tipo B, si bien con ciertas particularidades respecto a la regulación ahora propuesta, como seguidamente se expone:

- En el Decreto 200/2009, de 6 de noviembre, por el que se modifican determinados preceptos del Decreto 115/2006, de 28 de julio, que aprobó el Reglamento de Máquinas Recreativas y de Azar de la Comunidad Valenciana, se regulan tanto las máquinas especiales para salones de juego, como las especiales para las salas de bingo.

- En el Decreto 250/2005, de 22 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Máquinas Recreativas y de Azar, de Salones Recreativos y de Juego y del Registro de Empresas de Juego en la Comunidad Autónoma de Andalucía, también se regulan las especiales para cada uno de los establecimientos de juego (especiales para salones de juego y especiales para salas de bingo).

- En el Decreto 6/2004, de 27 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Máquinas de Juego de Castilla-La Mancha, se establecen, al igual que en los anteriores, las máquinas tipo B especiales para salones de juego y para salas de bingo, si bien con la particularidad de que las máquinas especiales para salones de juego podrán instalarse en salones de juego, salas de bingo y casinos de juego, al igual que las especiales para salas de bingo, también pueden instalarse en casinos de juego.

Por tanto, en las dos primeras disposiciones se contemplan la especialidad de máquinas tipo B tanto en salones de juego, como en salas de bingo, y en la tercera, además, se intenta evitar la instalación en exclusiva en un establecimiento, aun reconociendo la especialidad.

c) La terminología empleada en el Proyecto “de instalación exclusiva” suscita si el reglamento dispone de habilitación para introducir esta reserva a favor de determinados establecimientos de juego, cuando en la Ley 2/1995 se recogen aquellos juegos que se reservan en exclusiva a determinados establecimientos (Casinos de Juego), como ha entendido la Consejería consultante, cuando en el borrador del Anteproyecto de Ley se introduce el inciso de “las máquinas exclusivas para salas de bingo” (artículo 10.2).

d) Desde la perspectiva de la planificación, tampoco se razona en la memoria justificativa las consecuencias de la instalación de tales modelos de máquinas tipo B en las salas de bingo, que supone un incremento del número de máquinas existentes (en número máximo de 8, más dos máquinas más por facturación anual de 600.000 euros), frente a la moratoria de autorizaciones de explotación de máquinas recreativas de tipo B, contenida en la Disposición transitoria quinta del Reglamento de Máquinas Recreativas y de Azar vigente, aunque con excepciones para la instalación de máquinas en salas de bingo. De otra parte, tampoco se recoge en el Proyecto la limitación contenida en el artículo 33.2,b) del Reglamento vigente, acerca de que las máquinas exclusivas para salones de juego y salas de bingo se instalarán en salas específicas.

En consecuencia, la regulación de la instalación en exclusiva de modelos de máquinas tipo B en salas de bingo suscita las cuestiones de índole jurídica, competencial entre establecimientos de juego y de planificación indicadas, recomendando a la Consejería competente que acometa un estudio integrado de las modificaciones a introducir al Reglamento de Máquinas Recreativas y de Azar para regular las especialidades (terminología más acorde que la de instalación exclusiva) en los establecimientos de juego, posponiéndolo a la aprobación de la reforma legal por las razones indicadas.

**SEXTA.-** Ámbito de aplicación y régimen jurídico del juego del Bingo. Relación con el Catálogo del Juego y Apuestas.

En el artículo 2 del Proyecto de Reglamento se establecen las fuentes normativas a tener en cuenta en la autorización, organización y desarrollo del juego del bingo, empezando, en la cúspide, por la Ley Reguladora del Juego y Apuestas, prosiguiendo con los reglamentos que la

desarrollan y por el presente Decreto, así como cuantas otras disposiciones de carácter general les sea de aplicación.

Dicha enumeración de fuentes podría mejorarse porque el presente Proyecto de Decreto constituye también un desarrollo de la Ley regional, por lo que carece de sentido anteponer los otros desarrollos reglamentarios de la Ley al presente, de idéntica jerarquía normativa. Si con este inciso (reglamentos que la desarrollan) se pretende destacar el papel del Catálogo de Juego y Apuestas de la Región de Murcia, que es un instrumento básico en la regulación del juego, como se ha destacado en el Dictamen 93/2010, se recomienda que se cite expresamente el citado Catálogo, después de la ley regional, y a continuación el presente Reglamento, conservando, no obstante, el último inciso sobre otras disposiciones de carácter general en el que tienen cabida los restantes reglamentos.

Sin embargo, la complementariedad con el citado Catálogo suscita otros problemas a lo largo del articulado del Proyecto, tales como la previsión contenida en el artículo 3 del Reglamento sobre las modalidades del juego del bingo, o el Capítulo III del Título II sobre el desarrollo y control de las partidas, por las razones que seguidamente se expresan:

1ª) En el artículo 3 del Proyecto de Reglamento se establece que se implantan las siguientes modalidades del juego en el ámbito de la Región de Murcia: bingo tradicional y modalidades electrónicas (bingos electrónico y automático). Sin embargo, dichas modalidades no se crean (ni se implantan, por tanto) por este Reglamento, sino por el Catálogo de Juegos y Apuestas que ha de preceder en su aprobación. Por ello, se ha de modificar la redacción, citando el Catálogo de Juego y Apuestas.

2ª) Con ocasión de nuestro Dictamen 93/2010 se ha destacado que los contenidos del Catálogo de Juegos y Apuestas viene acotado por el artículo 4 de la Ley 2/1995: las modalidades de juego, los elementos imprescindibles para su práctica, las reglas por las que se rige y los condicionantes, restricciones y prohibiciones en cuanto a su práctica.

Pues bien, en atención a tales contenidos propios del Catálogo, el Capítulo III (Del desarrollo y control de las partidas) del Título II del Proyecto, tendría que haberse insertado en aquél, y no haberse mantenido siguiendo la inercia del contenido del Reglamento que se pretende derogar (Decreto 63/1997). También se reitera en ambos Proyectos de Reglamentos la escala del bingo acumulado (en el presente figura en el Anexo II), lo que no resulta operativo a la hora de su modificación, pues afectaría a ambos.



Por último, en la medida en que las modalidades electrónicas son complementarias de la principal (bingo tradicional), según el artículo 3 del Proyecto de Reglamento, resulta contradictorio que no se limite la previsión de terminales para la práctica de tales modalidades, puesto que se establece en el texto (artículo 45) que habrá tantas como permita el aforo de la sala principal, sin que el inciso “sin perjuicio de lo establecido en el artículo 3” salve la aparente contradicción, como ha puesto de manifiesto alguna alegación.

#### **SÉPTIMA. Publicidad del juego del bingo.**

La publicidad y la promoción de los juegos requiere en la actualidad de un tratamiento completo e integrado que sólo puede ser acometido a través de la reforma de la Ley regional en curso, que condiciona las previsiones específicas de este Reglamento, que se limita a reproducir los supuestos previstos en el vigente, incluyendo un nuevo apartado 3 (artículo 4 del Proyecto) que establece, después de la modificación introducida a raíz de una observación del CESRM, que *“cualquier otra actividad publicitaria legalmente prevista, requerirá autorización expresa de la Consejería competente en materia de juego y apuestas”*.

Sin embargo, si la finalidad de dicho apartado es la de anticipar la posibilidad de otras actividades de publicidad señaladas en la reforma de la Ley regional, no se expresa acertadamente porque de su redacción se desprende que estas actividades publicitarias legalmente establecidas requieren autorización de la Consejería competente por mandato del presente Reglamento, cuando dicha sujeción a autorización previa corresponde fijarla a la ley habilitante. Debe, por tanto, modificarse la redacción, remitiéndose a lo previsto en la Ley regional. De otra parte, tampoco es exacto tal enunciado, a la vista de la modificación realizada por la Ley regional 12/2009, de 11 de diciembre, que excluye de la autorización previa determinantes actividades con fines publicitarios.

La necesidad de afrontar la regulación completa a través de la Ley regional viene también demandada por los cambios normativos producidos. La Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad establece en su artículo 5 que la publicidad de los juegos de suerte, envite o azar podrá ser regulada en sus normas especiales o sometida a autorización administrativa. Pues bien, dicho artículo ha sido modificado recientemente por la Ley 29/2009, de 30 de diciembre, por la que se modifica el Régimen Legal de la Competencia Desleal y de la Publicidad para la Mejora de la Protección de los Consumidores y Usuarios. En lo que atañe a la publicidad de determinados bienes y servicios (entre ellos, los juegos de suerte, de envite y de azar), se establece que las reglamentaciones que lo desarrollen especificarán:

*“a) La naturaleza y características de los productos, bienes, actividades y servicios cuya publicidad sea objeto de regulación. Estos reglamentos establecerán la exigencia de que en la publicidad de estos productos se recojan los riesgos derivados, en su caso, de la utilización normal de los mismos.*

*b) La forma y condiciones de difusión de los mensajes publicitarios.*

*c) Los requisitos de autorización y, en su caso, registro de publicidad, cuando haya sido sometida a autorización administrativa previa.*

*En el procedimiento de elaboración de estos reglamentos será preceptiva la audiencia de las organizaciones empresariales representativas del sector, de las asociaciones de agencias y de anunciantes y de las asociaciones de consumidores y usuarios, en su caso, a través de sus órganos de representación”.*

En consecuencia, en lo que atañe a la regulación propuesta, este Órgano Consultivo recomienda que la publicidad se remita a las previsiones legales para que la futura reglamentación que la desarrolle cumplimente las exigencias expuestas. En el caso de que la Consejería considere la necesidad de mantener la regulación en los términos en que figura en el reglamento vigente, teniendo en cuenta que se encuentra específicamente habilitado por la Ley 2/1995 (artículo 9), que permite, en los términos y condiciones que reglamentariamente se establezcan, la publicidad que tenga por objeto la mera información o/ y implantación de nuevas modalidades de juegos y apuestas, siempre que no incite expresamente al juego, debería completarse la regulación en los términos y con los requisitos procedimentales señalados por la citada Ley 29/2009, o mejor remitirse a un posterior desarrollo reglamentario, que afronte la publicidad de acuerdo con lo que establezca la reforma de la Ley en curso.

**OCTAVA.- Sobre los requisitos de las empresas y entidades titulares para la organización y explotación del juego del bingo. El caso particular de las empresas de servicios.**

La ordenación pública de los juegos de azar cabe encuadrarla dentro de las potestades de policía administrativa, en su doble dimensión de policía de orden público y de actividad administrativa de limitación de derechos, por cuanto, desde esta última vertiente, se configura un régimen limitativo a su explotación: requisitos, limitación del número de autorizaciones, etc.

## 1. Empresas y entidades titulares.

En cuanto a las limitaciones a los titulares de empresas, se mantiene la regulación del Reglamento vigente, habiéndose introducido puntuales modificaciones a la hora de definir la actividad empresarial principal (volumen de operaciones). No obstante, aun cuando se infiera de la regulación legal (artículo 19), debería recogerse en este Reglamento, entre los requisitos, la necesidad de su inscripción en el Registro General del Juego.

Desde esta vertiente conviene destacar el principio de reserva de ley, en cuanto afecta a la libertad de empresa ya indicada con anterioridad, teniendo un papel destacado el tratamiento que la reforma de la Ley regional otorgue a tales restricciones; la Ley vigente 2/1995 se remite a los requisitos establecidos en los desarrollos reglamentarios específicos de cada juego, salvo puntuales prescripciones, como la exigencia de que las entidades benéficas, deportivas y culturales sin ánimo de lucro tengan más de cinco años de existencia y sólo puedan explotar una sala de bingo, la inscripción en el Registro del Juego para aquellas personas físicas y jurídicas debidamente autorizadas y la existencia de un capital mínimo en los términos que se establezcan reglamentariamente.

El que se reproduzca la regulación vigente, que en su día no fue dictaminada por este Consejo Jurídico, no es óbice para realizar las siguientes consideraciones sobre ciertas restricciones reglamentarias a los titulares de empresas del Juego de Bingo:

a) En el caso de las personas físicas o jurídicas que pueden ser titulares de la autorización para la organización, gestión y explotación del juego del bingo, el artículo 7 del Proyecto de Reglamento mantiene el requisito vigente de que tengan como objeto social único o actividad empresarial la explotación del juego del bingo, al igual que se establece en otros reglamentos autonómicos. Sin embargo, la restricción sobre el objeto social (circunscrito al juego del bingo) no concuerda con la previsión contenida en el artículo 17 del Anteproyecto de Ley (en el texto publicado en la página web de la Consejería consultante), que especifica con mayor amplitud - como actividad empresarial de las empresas- la gestión y explotación de juegos y apuestas incluidos en el Catálogo de Juegos y Apuestas, al igual que se encuentra previsto en alguna otra norma autonómica (por ejemplo, Decreto 65/2008, de 26 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento del Juego del Bingo de Andalucía).

b) Entre los requisitos exigidos, llama particularmente la atención el enumerado en el apartado d) del artículo 7.1: "(...) *sin que el número de consejeros no comunitarios pueda exceder*

*del proporcional a la parte de capital extracomunitario. Si alguno de los administradores no fuera comunitario, sus facultades deberán ser mancomunadas y no solidarias.”*

En nuestro Dictamen 181/2008, sobre el Proyecto de Reglamento de Casinos, se decía a este respecto:

*“Una limitación similar (aunque circunscrita entonces a los nacionales) venía recogida en la Orden del Ministerio del Interior de 9 de enero de 1979, por la que se aprobaba el Reglamento estatal de Casinos, hoy desplazado en la Región de Murcia por la normativa autonómica. Sin embargo, el Consejo Jurídico considera que debería suprimirse tal inciso, que no dispone de la correspondiente habilitación legal y que nos suscita los límites de la competencia autonómica en materia mercantil, siendo suficiente la remisión al RD 664/1999, de 23 de abril, sobre inversiones exteriores, que se cita en el apartado g) del mismo artículo, como se ha previsto en otros reglamentos de Casinos de Juego de reciente aprobación (Decreto 1/2008, de 10 de enero, de la Comunidad de Castilla y León, o Decreto 116/2006, de 28 de julio, de la Comunidad Valenciana). Esta observación se considera de carácter esencial a los efectos previstos en el artículo 61.3 del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo Jurídico, aprobado por Decreto 15/1998, de 2 de abril (en lo sucesivo ROFCJ)”.*

La misma consideración es aplicable al establecimiento de este requisito en el Proyecto, particularmente la determinación del régimen de responsabilidad de los administradores que no fueran comunitarios, por falta de habilitación legal y carecer de competencias la CARM en la materia (artículo 149.1,6ª CE). A mayor abundamiento, tal determinación de responsabilidad ni siquiera consta en el Reglamento del Bingo aprobado por Orden Ministerial de 9 de enero de 1979, tras la posterior modificación aprobada por Orden de 4 de octubre de 2002.

En el mismo sentido que el indicado, el Dictamen 1704/1999 del Consejo de Estado señala que *“no es posible que una norma reglamentaria establezca las condiciones de capital ni tampoco el régimen de administración de la sociedad”*. También el Dictamen núm. 456/2002 del Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana con respecto a un inciso similar: *“asimismo, el requisito contenido en el inciso final del propio apartado, resulta innecesario, habida cuenta de que en el órgano colegiado no pueden darse facultades mancomunadas (...)”*

Por tanto debe remitirse a la regulación legal y suprimirse del texto.

2. Empresas de servicios.

En el caso de las entidades benéficas, deportivas y culturales que sean autorizadas para la explotación del juego del bingo, el Reglamento vigente y el proyectado recogen la posibilidad de que la gestión del juego sea realizada directamente o a través de empresas de servicios, que deben ser autorizadas por la Dirección General de Tributos, según la regulación contenida en el Capítulo III del Proyecto (artículos 15 a 19). Dicho contrato de prestación de servicios no comporta, en ningún caso, la cesión de la titularidad de la explotación.

Sobre el vínculo contractual que une a estas empresas de servicios con el titular de la autorización la STS, Sala 3ª, de 8 de marzo de 1997, especifica su origen y naturaleza:

*“El Reglamento del Juego del Bingo, aprobado por Orden del Ministerio del Interior de 9 de enero de 1979 dispone en su artículo 6º que las personas y entidades a que se refieren los artículos precedentes podrán realizar por sí mismas y bajo su exclusiva responsabilidad la gestión del juego del Bingo, o contratar la llevanza de esta gestión con una empresa de servicios.*

*La Comisión Nacional del Juego previó a tiempo el riesgo derivado de la falta de medios y de experiencia en el ejercicio del Juego de las entidades concesionarias, y por ello reguló inteligentemente la posibilidad de que la organización y el funcionamiento del juego del Bingo pudiera llevarse a cabo por sociedades de juego, debidamente profesionalizadas, autorizadas y controladas a tal fin por la propia Comisión Nacional del Juego.*

*El contrato de servicio de organización y funcionamiento del juego del Bingo es un contrato mercantil atípico, de los denominados por la doctrina mercantil como contratos de empresa o de gestión de empresa.*

*Para comprender en qué consisten estos contratos es conveniente hacer un ejercicio de aproximación paulatina a su contenido obligacional. Una empresa puede realizar su gestión íntegramente, no sólo su actividad principal, sino las auxiliares o instrumentales (...) pero puede también por razones de eficacia y de economicidad, y por qué no decirlo, por motivos laborales, encargar a otras empresas las tareas instrumentales, auxiliares o secundarias, mediante los correspondientes contratos de servicios, e incluso puede llegar a encomendar a otra empresa el núcleo fundamental de su actividad, es decir, de su gestión empresarial. Esta modalidad de gestión la ha impuesto el legislador español en los fondos de inversión y en los fondos de pensiones (...)*

*La relación jurídica existente entre (...) y (...) es la propia de un contrato mercantil de servicios de los denominados de gestión de empresa”.*

La regulación propuesta mantiene tales postulados cuando el artículo 15.2 establece que mediante aquel contrato la empresa de servicios asumirá la dirección técnica del funcionamiento de la sala, la contratación a su cargo del personal del juego necesario, el mantenimiento y el correcto funcionamiento de la sala y sus instalaciones. Finalmente, dicho artículo apostilla que asume todas y cuantas responsabilidades se deriven de la organización, explotación y funcionamiento del juego, habilitado para ello por el artículo 28.1 de la Ley 2/1995, que considera personas responsables de las infracciones a las personas físicas o jurídicas que las cometan, añadiendo el apartado 2 que las infracciones que los empleados cometan en establecimientos o en locales donde hayan máquinas responderán solidariamente las personas o entidades para quienes presten servicios.

El último inciso suscita la temática de si el reconocimiento de tan amplia responsabilidad de las empresas de servicios excluye la que pudiera corresponder a la empresa que ostenta la titularidad de las autorizaciones, lo que merece una respuesta negativa, como señala la Sentencia anteriormente citada, no reconociendo en aquel caso la legitimación activa de una empresa de servicios en relación con una infracción cometida por la titular de la autorización. Por tanto, se recomienda que se añada un párrafo al final del apartado 2 del artículo 15, del siguiente o análogo tenor: “sin perjuicio de las que pudiera corresponder al titular de la autorización.”

Las relaciones entre la empresa titular y la de servicios también se plasman en el texto en la constitución de fianzas y en el mantenimiento de su cuantía. En tal sentido, el artículo 20.2 establece que si la gestión de la sala la lleva a cabo una empresa de servicios la fianza de 72.000 euros corresponderá el 50% a la empresa y el 50% al titular de la autorización.

Parece más coherente que la obligación de constituir la fianza previa a la solicitud de autorización de funcionamiento recaiga en el titular de la autorización, sin perjuicio de las relaciones internas con la empresa de servicios, y con independencia de que ésta debiera constituir una fianza para su inscripción en el Registro General del Juego, en los términos previstos en el artículo 20 de la Ley 2/1995.

### 3. Fianzas.

El Proyecto de Reglamento se ha modificado a lo largo de su tramitación en este punto, pues en los borradores iniciales se determinaba las fianzas en función de las categorías de las salas, según su aforo (artículo 23), oscilando entre 60.000 euros para las de 1ª categoría (de 351 a 500 personas), 48.000 euros para las de 2ª categoría (251 a 350 personas) y 36.000 para las 3ª

categoría (hasta 250 personas). En el texto último aparece una fianza igual para todo tipo de salas de 72.000 euros, similar a la prevista en el Reglamento vigente (12 millones de pesetas o 72.121,45 euros).

Parece razonable que las garantías se gradúen en función de las categorías de las salas (así se solicitó por el sector según el folio 67), no justificándose en el expediente la razón de su supresión escalonada en el texto, a raíz de una observación del CESRM que, en ningún caso, cuestionaba la diferenciación por categorías (muy al contrario), sino la falta de justificación documental de la reducción de la fianza en relación con la ahora prevista (sin prejuzgar la conveniencia o no de rebajarlas), por cuanto no disminuían en el texto las obligaciones a las que se afecta. En tal sentido, el artículo 20 de la Ley 2/1995 establece para las empresas que pretendan inscribirse en el Registro General del Juego una fianza por importe de 60.000 euros, salvo que reglamentariamente se establezca otras cuantías.

A la concreta regulación reglamentaria se realizan las siguientes observaciones:

a) No se aclara en el texto si las empresas han de constituir una fianza por cada autorización, como sí lo ha hecho algún reglamento autonómico (artículo 13.1 del Decreto 71/2009, de 2 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento del Juego del Bingo de la Comunidad Autónoma de La Rioja).

b) Sobre la afectación de la fianza, el Reglamento vigente (artículo 19.4) señala expresamente: *“la fianza quedará afectada al pago forzoso de las sanciones pecuniarias que los órganos competentes impongan al titular de la sala, o a la empresa de servicios, así como de los tributos que deban ser abonados como consecuencia de la explotación de la sala de bingo.”*

En el Proyecto de Reglamento (artículo 20.5) se ha añadido también la de cubrir los premios que deban ser abonados como consecuencia de la explotación de la sala de bingo. De modo similar se recogen en otros reglamentos autonómicos.

Sobre tal posibilidad, el Consejo de Estado indicó en su Dictamen 1704/1999:

*“(…) no parece oportuno atribuir a la fianza una función de garantía distinta de la que, por su naturaleza, le corresponde”.*

Como ya se dijo en el dictamen de 16 de mayo de 1996 (expediente 1.479/96, relativo al proyecto de Decreto por el que se aprueba el Reglamento de Casinos de Juego de la Comunidad Autónoma de Murcia) y se reiteró en otros dictámenes posteriores:

*“Las fianzas exigidas a las Empresas titulares de Casinos de Juego, como únicas autorizadas para adquirir tal cualidad y desarrollar la correspondiente actividad empresarial, se dirigen a garantizar las responsabilidades en que pueden incurrir como consecuencia del singular régimen jurídico-administrativo al que están sometidas; se trata, por tanto, de mecanismos cautelares de responsabilidades que, siendo de índole netamente administrativa, deben ser exigidos por los órganos administrativos actuantes en ese sector. Por lo mismo, no parece admisible atribuir a esas fianzas una finalidad de garantía respecto de otros conceptos distintos, cuales son los premios, que deban ser abonados por las empresas operadoras, ya que tales conceptos tienen otros mecanismos de garantía y protección”.*

En la Ley 2/1995 (artículo 20.2) se establece que la fianza estará afecta específicamente a las responsabilidades, tanto administrativas como tributarias, derivadas del ejercicio de la actividad del juego y muy especialmente al abono de las sanciones pecuniarias que, en su caso, se impongan.

Los términos del precepto legal son tan amplios que tampoco resulta imprescindible especificar la afectación al pago de los premios arriba indicados, porque el último inciso de la Ley regional (el abono de las sanciones pecuniarias) cubre tal posibilidad, al haber tipificado la Ley 2/1995 (artículo 24, m), como infracción muy grave, el impago total o parcial a los jugadores o apostantes de las cantidades que hubieran sido premiados, si bien es cierto que al ir destinadas dichas sanciones a los jugadores, aun cuando se imponga por vía de sanción a la empresa, tal previsión puede resultar insuficiente, lo que ha motivado que alguna disposición reglamentaria de contenido similar hayan previsto específicamente un procedimiento de pago de premios a los jugadores (artículo 21 del Decreto 176/2002, de 20 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento del Juego del Bingo de Castilla La Mancha).

c) El artículo 20.7 del Proyecto de Decreto de Reglamento no recoge, como requisito para la devolución de la fianza, que no hubiera responsabilidades pendientes a las que estuviera afecta dicha fianza, a diferencia de otros reglamentos autonómicos.

#### **NOVENA.- Autorizaciones de instalación y de funcionamiento.**



Para la apertura de una sala de bingo, el Proyecto sigue el modelo hasta ahora implantado, derivado de la normativa estatal anterior y adoptado por la mayoría de disposiciones reglamentarias, en virtud del cual se requiere una doble autorización: la previa de instalación y la posterior de apertura y funcionamiento, si bien ha de destacarse que alguna Comunidad Autónoma ha simplificado todo este procedimiento, integrando ambas en una sola (Decreto 71/2009, de 2 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento del Juego del Bingo de la Comunidad Autónoma de La Rioja), lo que sin duda contribuye a su simplificación, ahora interdependientes en un procedimiento complejo, como destaca la STS, Sala 3ª, de 24 de abril de 2000: *“un procedimiento de procedimientos (cada uno de ellos con su fase de iniciación, desarrollo y terminación, un sistema integrado), un sistema integrado por dos subsistemas que en cuanto elementos que son de aquél no pueden entenderse el uno sin el otro”*. A su vez tales autorizaciones sectoriales quedan condicionadas por las licencias municipales. Esta duplicidad de autorizaciones es un aspecto de la regulación que requiere de cierta reflexión por parte del centro directivo competente, sin perjuicio de que finalmente se decante por la continuación del sistema ahora vigente.

No obstante, se aconseja que la segunda autorización se identifique únicamente como de “funcionamiento”, eliminado el término “apertura”, propio de la terminología empleada por las normas urbanísticas y medio ambientales, en relación con el ejercicio de las competencias municipales en la intervención de los usos del suelo y de la edificación.

#### I. Requisitos documentales.

##### A) Autorización de instalación.

Entre los requisitos documentales para la autorización de instalación, el artículo 9.2 relaciona, entre otros, al Proyecto básico de las obras e instalaciones del local redactado por técnico competente y visado por el colegio oficial que corresponda, añadiendo a continuación el contenido mínimo de dicho proyecto.

A la regulación indicada se realizan las siguientes observaciones:

1. La definición y el contenido mínimo del proyecto básico viene establecido en el Código Técnico de Edificación (CTE), que distingue entre proyecto básico y de ejecución. Por ello, debe modificarse la redacción en el sentido de suprimir la referencia a los contenidos mínimos del proyecto básico, manteniendo en el texto los requisitos de planimetría y documentación que se

especifican seguidamente en los apartados 1º, 2º, etc., cuya acreditación conlleva *per se* la necesidad de aportar el proyecto correspondiente o parte del mismo.

2. Entre los requisitos, debe especificarse el cumplimiento del CTE, que se acredita en algunas normas autonómicas con la aportación de un certificado suscrito por técnico competente.

3. En varios artículos (9.2. c y 11.1, d y e) se hace referencia a la necesidad de visado colegial, si bien este extremo ha sido objeto de modificación por la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, (artículo 5), en el sentido de no imponer la obligación de visar los trabajos profesionales, salvo cuando se solicite expresamente por los clientes, incluidas las Administraciones Públicas cuando actúen como tales, o cuando lo establezca el Gobierno mediante Real Decreto. En la medida que se trata de un tema pendiente de desarrollar, se recomienda que se añada, cuando se cita, “en los términos que establezca la normativa correspondiente”.

4. Cuando el solicitante es una entidad benéfica, deportiva o cultural, el artículo 9.3 del Proyecto de Reglamento establece que debe acompañar, además, los documentos que se relacionan en el citado apartado, entre ellos, una memoria suscrita por el Presidente o el Secretario de la Junta Directiva en la que se haga constar el número de socios, de reuniones, ingresos y gastos etc. durante los tres años anteriores (apartados g, 1º y 2º); dicha exigencia documental no concuerda con el requisito previsto para estas entidades en el artículo 6,c) del Proyecto -ya fijado en la Ley 2/1995-, que establece la exigencia de estar en funcionamiento ininterrumpido durante 5 años anteriores, a diferencia de otros reglamentos autonómicos que han establecido, por el contrario, tres años. Por ello, esta justificación documental ha de estar referida a los 5 años indicados.

#### B) Autorización de funcionamiento.

El artículo 11 establece los requisitos documentales necesarios para el otorgamiento de esta autorización.

En el apartado a) se señala que deberá presentarse la licencia municipal de actividad o, en su defecto, copia de su solicitud.

Este Consejo Jurídico considera que para obtener la segunda autorización conectada con la apertura concreta del establecimiento (de hecho se establece que debe solicitarse, al menos, con veinte días de antelación a la fecha prevista para ello), un requisito imprescindible es que el

solicitante obtenga la licencia municipal de actividad (o el trámite que pudiera sustituirle), pues podría darse el caso de que se alcanzara la autorización de funcionamiento y no se dispusiera finalmente de la licencia de actividad, lo que impediría en todo caso la apertura del establecimiento. Por tanto, en aras de una mayor coordinación, debe suprimirse el párrafo (“o en su defecto copia de su solicitud”), o bien mantenerse la redacción propuesta del apartado a), pero recogerse en el mismo artículo que, en todo caso, debe acreditarse su obtención por el solicitante antes de la resolución de la autorización de funcionamiento.

## II. Requisitos procedimentales.

### A) Autorización de instalación.

1. Aun cuando pudiera inferirse del párrafo introductorio del artículo 9.6 del Proyecto de Reglamento, debe preverse expresamente en el procedimiento de autorización de instalación el trámite de subsanación de los defectos documentales, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 71 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC).

2. En cuanto a los informes que han de ser recabados por el órgano instructor se consideran acertados los indicados, si bien ha de realizarse la siguiente observación en relación con el informe del Ayuntamiento del municipio correspondiente. Según el artículo 9.6,a) del Proyecto de Reglamento se recabará el parecer municipal sobre la conveniencia o no de su instalación y los usos permitidos en la zona, así como la información pública de los vecinos que vivan a menos de cien metros del perímetro exterior de las fincas o inmuebles donde se pretenda la ubicación, que se abrirá por un plazo de quince días.

Sin embargo, esta última determinación (información pública de los vecinos afectados por parte del Ayuntamiento correspondiente), prevista en la normativa vigente, tiene su origen en los Reglamentos General de Policía de Espectáculos Públicos y de Actividades Recreativas, y de Actividades Molestas, Insalubres, Nocivas y Peligrosas, si bien, en lo que concierne a las licencias de actividades, dicha normativa ha sido desplazada por la Ley regional 4/2009, de 14 de mayo, de Protección Ambiental Integral. Pues bien, en esta última norma, de reciente entrada en vigor, la información pública se encuentra supeditada a que la actividad esté o no sujeta a calificación ambiental, según sus Anexos. Concretamente, el Anexo II de dicha Ley excluye expresamente el trámite de calificación ambiental (no de la licencia de actividad) a las actividades de ocio,

espectáculos o restauración, tales como cines, teatros, bares con música o cocina, discotecas, salas de fiesta, casinos, bingos, salones de juego, etc.

Por tanto, la obligación que se impone a los Ayuntamientos de ordenar la información pública de los vecinos que vivan a menos de cien metros del perímetro exterior de las fincas, orientada indudablemente a garantizar su conocimiento por parte de posibles afectados, no vendría sustentada ahora en la normativa ambiental citada, sino que lo sería en virtud del presente Proyecto de Reglamento, sin olvidar las previsiones de la LPAC (artículo 86) sobre la participación de los interesados y la información pública en los procedimientos. Aclarada su habilitación, se suscitan las siguientes cuestiones:

a) La redacción vigente induce a cierta confusión sobre si realmente se trata de una información pública, dirigida a todos los interesados incluidos los del citado perímetro, que debe insertarse en el tablón de edictos del Ayuntamiento respectivo y en el Boletín Oficial de la Región de Murcia (BORM), o se trata del otorgamiento de un trámite de audiencia particularizado a los vecinos afectados en el citado radio de influencia (100 metros), lo que supondría, en muchos casos, una gran dificultad para su efectiva notificación.

b) Decantándose este Consejo Jurídico por el trámite de información pública (que se debería anunciar en el BORM y en el tablón de edictos del Ayuntamiento correspondiente) para que cualquier posible interesado pueda personarse, conforme al artículo 86 LPAC, parece que debería recogerse expresamente tal requisito de información pública en la regulación del procedimiento (no circunscrito al trámite del informe municipal), correspondiendo al órgano que lo instruye su cumplimiento, por plazo que no debe ser inferior a 20 días, en aplicación del precitado artículo 86.2 LPAC.

c) En cuanto al órgano competente para la resolución de la autorización de instalación, hubiera sido aconsejable que se concretara en el texto (artículo 10.1), si bien dicha indeterminación puede deberse a la reforma de la Ley regional en curso.

d) Sobre los efectos del silencio administrativo, que se considera con carácter desestimatorio según el artículo 10.1, último párrafo, del Proyecto, ya se indicó en el Dictamen 54/2008 de este Consejo Jurídico que *“la previsión de que el silencio administrativo sea desestimatorio es contraria a lo dispuesto en el artículo 43.2 LPAC pues, para ello, debería establecerse en una norma con rango de ley”*. La reciente modificación de la LPAC por la Ley 25/2009 sigue manteniendo tal exigencia, pero con mayores restricciones, en tanto se establece

que el silencio sólo puede ser desestimatorio en los supuestos en los que una norma con rango de ley lo establezca “por razones imperiosas de interés público”. Igual razonamiento cabe aplicar al artículo 11.3, último párrafo, y al artículo 17.1, que recogen también supuestos de silencio administrativo positivo.

#### B) Autorización de funcionamiento.

En el artículo 11.2 se establece que presentada la documentación “*La Consejería competente en materia de juego girará visita de inspección al local, a fin de comprobar la correspondencia con el proyecto aprobado, instalación de medidas de seguridad, colocación de las mesas, capacidad máxima y funcionamiento de los aparatos de juego y sistemas de control*”.

A fin de separar las funciones de inspección de las diversas Administraciones competentes, en correspondencia con cada una de las competencias ejercitadas a través de distintas autorizaciones y licencias, convendría que se especificara en el apartado 2, como se ha hecho en otros reglamentos autonómicos, que esta inspección se extienda al cumplimiento de los requisitos previstos en la normativa de juego para evitar que pueda entrecruzarse con otras inspecciones establecidas en normas regionales u ordenanzas municipales (Dictamen 95/2007 de este Consejo Jurídico), y acotar también las responsabilidades de las Administraciones, en el caso de incumplimiento de distintas normas sectoriales.

#### III. Vigencia, caducidad, extinción de las autorizaciones.

Se recogen en el Proyecto (artículo 12) una amalgama de supuestos que dan lugar a la extinción, caducidad y revocación de las autorizaciones (se omite la revocación en el título del artículo, pese a ser citada en el apartado 2.e,<sup>10</sup>), que debe ser modificado y completado con las observaciones que seguidamente se expresan, dejando a un lado la precisión jurídica de tales conceptos (caducidad, extinción y revocación), para evitar la extensión del presente Dictamen.

En la regulación se distinguen un grupo de supuestos que parecen no requerir la tramitación de un procedimiento *ad hoc* para la aplicación de tales efectos (apartado 2, a, b, c y d), frente a los restantes (apartado 2,e) que sí requerirían un procedimiento específico, entendiéndose tal referencia al sancionador o al general de la LPAC, que exigiría una audiencia al interesado, lo que sería necesario que se concretara en el texto. Sin embargo, este Órgano Consultivo considera que, a excepción de los supuestos de renuncia o disolución de la empresas titulares, los supuestos c) y d) del apartado 2 también requerirían un procedimiento específico, cuando la revocación no sea

resultado de un expediente sancionador, de acuerdo con lo previsto en el artículo 29.1,a) de la Ley 2/1995. Difícilmente se entiende que pueda ser de directa aplicación -sin mediar el correspondiente procedimiento- el no haber renovado en plazo o el impago de los impuestos específicos sobre el juego o la ocultación total o parcial de la base imponible de los mismos. Igual razonamiento respecto al artículo 19, c), d) y e).

Además, se realizan las siguientes observaciones:

- a) El artículo 12.2 debe comenzar refiriéndose a la caducidad y extinción de las autorizaciones y a los efectos que produce (cancelación de la inscripción en el Registro General del Juego) y no a la cancelación de la inscripción que es una consecuencia de lo anterior.
- b) La obligación de que la renuncia (apartado 2,a) deba ir suscrita necesariamente por el titular de la autorización y por la empresa de servicios, cuando la gestión es llevada a cabo por ésta, puede suscitar problemas en el caso de falta de acuerdo, habiéndole entendido así otras normas autonómicas cuando suprimen este requisito, haciendo referencia solamente al titular de la autorización.
- c) En el artículo 12, apartado 2.e,6º, ha de sustituirse licencia de apertura por licencia de actividad, conforme a la terminología urbanística, debiendo añadirse también por “falta de licencia”.
- d) En el apartado anterior debe separarse en el texto el resto del párrafo que constituye un supuesto diferente.

#### IV. Renovación, modificación y transmisión de las autorizaciones.

En cuanto a la renovación, dos aspectos han de ser destacados:

- a) El artículo 13.1 establece que deberá solicitarse, como mínimo, con dos meses de antelación a la fecha de expiración de la inscripción, si bien el *dies a quo* no debería hacer referencia a la inscripción, sino a la fecha de vigencia de las autorizaciones, conforme al contenido de la autorización que se establece el artículo 11.3 del Proyecto, aunque cabe suscitar que al establecerse en el Reglamento dos autorizaciones distintas, éstas tienen a su vez fechas distintas de vigencia, como más arriba se ha indicado, sin que el precepto distinga si tienen que se renovadas ambas o sólo la de funcionamiento.

b) Se recogen como motivos para denegar la renovación (artículo 13.2), además de las causas que pueden dar lugar a la revocación o a la suspensión de las autorizaciones, según la Ley 2/1995, “La reiteración en el descuido manifiesto en la conservación de las instalaciones, así como la negligencia notoria en la llevanza de la sala” y “Haber sido sancionado el titular, con carácter firme, al menos dos veces por la comisión de infracciones muy graves, cuya imposición sea competencia de Consejo de Gobierno”. Si comparamos ambos supuestos se detecta una falta de adecuación y proporcionalidad entre ellos, en tanto las primeras conductas (mal estado de las medidas de seguridad de las instalaciones y la negligencia en la llevanza de la sala) se encuentran subsumidas en varias faltas consideradas como graves por el artículo 25 de la Ley 2/1995, para las que el texto no exige haber sido sancionado, ni tampoco reiteración. Sin embargo, para aplicar el segundo motivo, se requiere haber sido sancionado por la comisión de faltas muy graves y al menos dos veces. De otra parte, se incurre en contradicción entre este motivo y el previsto en el apartado 2 a) del mismo artículo (la concurrencia de alguna de las causas previstas en la Ley 2/1995, que den lugar a la revocación o suspensión) pues, según la normativa vigente, la comisión de infracciones muy graves o graves pueden llevar aparejadas estas consecuencias (la revocación definitiva sólo las primeras), sin que se exija respecto éstas la reiteración. Deben, por tanto, modificarse estos apartados para solventar los aspectos indicados.

Respecto a la modificación de las autorizaciones, el Proyecto distingue entre los supuestos sujetos a autorización previa de la Consejería competente y los que únicamente han de ser comunicados, habiéndose incorporado entre estos últimos la suspensión de funcionamiento de una sala por un periodo no superior a seis meses (artículo 14.2,g), frente a la regulación vigente, que considera como un supuesto sujeto a autorización previa a la suspensión del funcionamiento de una sala por un periodo superior a 30 días. Sin embargo, contradice tal previsión la regulación contenida en el apartado 12.2,e), 7º del Proyecto de Reglamento, que recoge entre las causas de extinción “*cuando permaneciese cerrada por más de treinta días consecutivos sin previa autorización*” (...), por lo que debe ser modificada en consecuencia.

En cuanto a la transmisión de las autorizaciones, el Reglamento vigente y el proyectado mantienen la exigencia de la doble autorización para el titular del establecimiento, sin que prevea la posibilidad de que la autorización de instalación pueda desgajarse en la de funcionamiento (ya se ha indicado con anterioridad que es un procedimiento complejo) y, por tanto, puedan pertenecer a titulares distintos, puesto que sólo contempla la gestión a través de las empresas de servicios, en virtud del contrato de prestación suscrito entre el titular de las autorizaciones y la empresa, que no comporta en ningún caso la cesión de la titularidad de la explotación (artículo 15.1 del Proyecto).

Sin embargo, de la redacción del artículo 14.3, que regula de forma separada la transmisión de la autorización de instalación y la de funcionamiento con requisitos diferentes (aunque en el apartado 13.4, c se mezclan) parece desprenderse que pudiera hacerse separadamente, por lo que este Consejo Jurídico considera que deberían integrarse los requisitos para la transmisión de ambas, como viene establecido en el Reglamento vigente.

**DÉCIMA.- Los requisitos de los locales. El incremento de su aforo y la creación de las salas complementarias. Incidencia en la planificación.**

El Título II, Capítulo I, del Proyecto de Reglamento regula las condiciones de los locales donde se practica este juego, incorporando previsiones nuevas como el aumento de aforo, sobre todo en las salas de segunda y tercera categoría, así como la creación *ex novo* de las denominadas “salas complementarias”, cuyo estudio será abordado en los siguientes apartados.

1. Sobre el aumento del aforo de las salas.

Se ha modificado sustancialmente el aforo de las salas de bingo en las categorías segunda y tercera, con un incremento de 100 personas más en ambas. A lo anterior el Proyecto añade que no se computarán en los aforos máximos las personas que estén en las salas complementarias (artículo 23.3), que tendrán su aforo determinado (30% del aforo máximo de la sala principal), que pueden suponer adicionalmente por sala complementaria 75 personas más en las de tercera categoría y 105 en las de segunda.

A este Órgano Consultivo le preocupa especialmente que el aumento significativo del aforo pueda conllevar una aplicación automática de las nuevas categorías a las salas de bingo existentes, sin que lleve aparejado, según el Proyecto de Reglamento, una modificación de los proyectos ya autorizados con un incremento proporcional de las medidas de seguridad y del cumplimiento de la normativa técnica correspondiente a este importante incremento del aforo, lo que explicaría nuestra consideración sobre la participación en el procedimiento de los Colegios Profesionales. Por tanto, debe quedar expresamente indicado en el texto (o mediante una disposición adicional) el necesario cumplimiento de la normativa técnica (medidas de seguridad, etc.) si se plantea su equiparación automática, salvo que las categorías con incremento de aforo sólo se apliquen a las nuevas solicitudes de autorizaciones y no a las existentes, lo que también debe dejarse constancia en el Proyecto.



Respecto al aforo de las salas complementarias, cuyo análisis más detallado se realizará posteriormente, cabe plantearse su adecuación, a la vista de otras regulaciones. Así, el Decreto 43/2006, de 31 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento del Juego del Bingo de la Comunidad Valenciana establece para éstas un aforo máximo del 15% del autorizado de la sala principal.

## 2. Las distintas dependencias que integran las salas de bingo, según el Proyecto.

Una primera aproximación a la regulación propuesta es que no se recoge en el articulado, de forma ordenada, la distribución de las salas de bingo, como en otras disposiciones autonómicas, en tanto sus dependencias aparecen dispersas en el articulado o en otras normas (Reglamento de Máquinas Recreativas y de Azar) y su regulación y denominación no es siempre coincidente. Veamos, pues, cuáles son intentando realizar una labor recopilatoria:

- Recepción y Servicio de admisión. Según el Reglamento de Máquinas Recreativas y de Azar (artículo 33), en las dependencias de recepción de las salas de bingo se podrán instalar máquinas tipo B exclusivas para salones de juego y salas de bingo en cuantía máxima de una por cada cincuenta personas de aforo permitido en el local. En el Proyecto, manteniendo la regulación del Reglamento del Bingo vigente (artículo 27), se establece el Servicio de Admisión, donde está ubicado el control de admisión de visitantes.

- Sala principal de juego. En el artículo 25 del Proyecto de Reglamento se alude a la sala principal de juego para diferenciarla de las denominadas salas complementarias, que son de nueva creación.

- Salas específicas. El artículo 33 del Reglamento de Máquinas Recreativas y de Azar señala que las máquinas exclusivas para salones de juego y salas de bingo se instalarán, en todo caso, en una sala específica colocada tras el preceptivo control de acceso.

- Salas complementarias. El artículo 25.1 del Proyecto hace referencia a que las salas de bingo podrán tener salas complementarias o áreas diferenciadas de la sala principal para el desarrollo de las modalidades de juego electrónicas, así como para la explotación de máquinas y juegos que estén expresamente autorizados, que se ubicarán en el mismo inmueble o en inmueble adyacente. También se señala que en las mismas podrán darse servicios de cafetería.

A la vista de lo indicado se suscitan una serie de interrogantes:

¿Tienen la misma finalidad las salas específicas que las complementarias? Si la tienen, aunque se hayan incrementado con las máquinas exclusivas para salas de bingo, qué sentido tiene no acogerse a la misma terminología (salas específicas) prevista en el Reglamento de Máquinas Recreativas y de Azar.

Por ello, una primera observación que cabe realizar a la regulación es la necesidad de definir claramente en el articulado las distintas dependencias que integran una sala de bingo, unificándose igualmente la terminología.

3. El tratamiento particularizado de las salas complementarias y su incidencia en la planificación.

Con ocasión del Dictamen 181/2008 sobre el Reglamento de Casinos, este Consejo Jurídico analizó la creación de las denominadas antesalas y salas desconcentradas, poniendo énfasis, en el caso de las primeras, en la indeterminación de su regulación, considerando que podían implicar una alteración sustancial de la autorización inicial. Algunas de aquellas consideraciones serán objeto de reiteración en el presente Dictamen.

Además del aforo y de la falta de clarificación de las dependencias que integran una sala de bingo, la regulación de las salas complementarias suscita una serie de cuestiones que se abordan seguidamente:

a) Se establece en el artículo 25.1 del Proyecto de Reglamento que se ubicarán en el mismo inmueble o en inmueble adyacente. El término “adyacente”, definido en el Diccionario de la Real Academia Española como “situado en la inmediación o proximidad de algo”, es un concepto jurídico indeterminado, que no cabe circunscribirlo a un inmueble colindante, que sería lo recomendable, al tener el establecimiento un único servicio de admisión a visitantes, sino que cabría instalarla en un radio mayor por el término empleado.

b) Tampoco se razona nada en el expediente sobre la incidencia en la planificación del juego de la creación de tales salas complementarias adyacentes, puesto que el Proyecto mantiene la regulación vigente de que no se podrá autorizar la instalación y funcionamiento de salas de bingo que se encuentren ubicadas en un radio inferior a 1.500 metros de otra ya existente (artículo 22.2), por lo que podría interpretarse como una forma de eludir tal prohibición, mediante la ampliación de

las autorizaciones existentes. En cuanto a la distancia entre salas de bingo, este Órgano Consultivo reitera las consideraciones realizadas en el Dictamen 149/2003.

c) Tampoco se acota en el texto el número de salas complementarias, a diferencia del Decreto 43/2006, ya citado, de la Comunidad Valenciana que establece claramente que las salas de bingo sólo podrán tener una sala complementaria (artículo 33.3).

d) El procedimiento para la autorización de las salas complementarias (artículo 25.4) figura desgajado del procedimiento general de autorización de instalación y funcionamiento, o de sus modificaciones, entendiéndose este Órgano Consultivo que debe tramitarse como una modificación de las autorizaciones existentes. Tampoco se establece en la documentación técnica a aportar que debe ir suscrita por técnico competente.

Por último, respecto a las prohibiciones de accesos a las salas de bingo ha de tenerse en cuenta también a los incapacitados junto a los menores para que el artículo 26 del Proyecto de Reglamento se ajuste al artículo 22.5 de la Ley 2/1995.

#### **UNDÉCIMA.- Régimen transitorio.**

En la Disposición transitoria única del Proyecto de Reglamento se establece que las autorizaciones concedidas con anterioridad seguirán siendo válidas durante el plazo de vigencia por el que se hubieran otorgado, debiendo realizarse su renovación, en su caso, con arreglo a las disposiciones de este Reglamento.

De forma acertada se ha incluido la incidencia del nuevo reglamento en las autorizaciones ya concedidas, como sugerimos en nuestro Dictamen 54/2008, si bien el inciso “en su caso” referido a las renovaciones no añade ningún elemento nuevo y, por el contrario, introduce cierta incertidumbre en la aplicación de la nueva normativa, por lo que se recomienda que se suprima, al indicar que las renovaciones se ajustarán al nuevo Reglamento.

Por el contrario, no existe ninguna previsión en el Proyecto de Decreto respecto a las solicitudes de autorizaciones que pudieran estar en tramitación a la fecha de entrada en vigor del presente Reglamento, lo que también habrá de ser tenido en cuenta en el régimen transitorio del Proyecto de Decreto, si existiera alguna.

#### **DUODÉCIMA.- Cuestiones de técnica normativa y correcciones gramaticales.**

- El inciso que se ha añadido al artículo 25.1 del Proyecto (salas complementarias), de que la plantilla mínima se incrementará en el número de trabajadores que establezcan los correspondientes convenios colectivos, debería añadirse al final del artículo 31 (plantilla de personal).

- Debe citarse de forma completa la LPAC en el artículo 9.2,a).

- Se recomienda sustituir en el artículo 9.3,d) la palabra “expedirá”, que se reitera anteriormente, por “evacuará”.

- En los artículos 10.1, 13.1 y 14.2 y 37 deberían suprimirse los espacios.

- Resulta innecesaria la cita a la Orden de la Consejería en el artículo 10.2.

- Sería más preciso si en el artículo 11.2 se aludiera a los servicios de inspección, en lugar de la Consejería competente.

- Se debería suprimir el acento en la conjunción “o” en los artículos 12.e, 4º) y 14.3, b).

- Se debe huir de la cita concreta a la Ley 2/1995 en el artículo 13.2,a), de acuerdo con la técnica que se ha adoptado, con carácter general, en el texto.

- Se debería modificar el interlineado en el artículo 16.

- En el Capítulo III, relativo a las empresas de servicios, debería sustituirse “tramitación” por “autorización”.

- En el artículo 21.4 la parte final debería corregirse del siguiente modo: “dispondrá, al menos, de un micrófono de reserva”.

- En el artículo 40, 6 suprimir la coma tras “las cuantías de los premios”.

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

## **CONCLUSIONES**

**PRIMERA.**- El Consejo de Gobierno se encuentra específicamente habilitado por la Ley 2/1995 para aprobar el reglamento específico del Juego del Bingo. No obstante, se recomienda a la Consejería consultante que la aprobación de la reforma de la precitada Ley regional, ahora en trámite, preceda a la refundición del desarrollo reglamentario que se nos somete a Dictamen, teniendo en cuenta la incidencia del principio de legalidad en la introducción de determinadas restricciones a las empresas titulares de autorizaciones, al ejercicio de la actividad en esta materia, o al régimen de publicidad, entre otras, así como las que pudieran derivarse de la revisión de la normativa regional y de su adecuación a la modificación de diversas normas estatales.

En el caso de que urja aprobar determinadas propuestas del sector amparadas en la Ley vigente, éstas pueden ser tramitadas mediante modificaciones puntuales del Decreto vigente.

**SEGUNDA.**- En cuanto al procedimiento de elaboración, se consideran de carácter esencial las realizadas sobre la participación de las Organizaciones de Consumidores y Usuarios y la falta de justificación del trámite a la Comisión Europea (Consideración Tercera, 1 y 2). Asimismo la indicada sobre la participación de los colegios profesionales en la Consideración Tercera, 1.

**TERCERA.**- En cuanto al conjunto normativo, se consideran observaciones de carácter esencial:

- La realizada a la adición del artículo 9 bis y 33.2 sobre máquinas tipo B de instalación exclusiva para salas de bingo (Consideración Quinta).

- La concerniente a la publicidad del juego del bingo (Consideración Séptima).

- La atinente al último inciso del artículo 7.1,d) sobre un requisito de los titulares de empresas (Consideración Octava, 1,b).

- Las realizadas a la regulación de la solicitud de autorización de instalación y al procedimiento (Consideración Novena, I, A y II, A)

- Las relativas a la solicitud de autorización de funcionamiento y al procedimiento (Consideración Novena, I, B y II, B).

- Las concernientes a la vigencia, caducidad, extinción y revocación de las autorizaciones (Consideración Novena, III).

- Las realizadas a la renovación, modificación y transmisión de las autorizaciones (Consideración Novena, IV).

- La relativa al aumento del aforo de las salas y al tratamiento de las complementarias, incluyendo la observación sobre el acceso a las salas (Consideración Décima).

- La relativa al régimen transitorio (Consideración Undécima).

**CUARTA**- Las restantes observaciones, incluidas las de técnica normativa, contribuyen a la mejor inserción del texto en el ordenamiento jurídico.

No obstante, V.E. resolverá.



**DICTAMEN 103/2010**

**Asunto** Responsabilidad Patrimonial instada por x en representación de x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.

**Consultante** Consejero de Agricultura y Agua (2004)

**Fecha** 24/05/2010

**Extracto de Doctrina**

En relación con la eficacia interruptiva del plazo de que se trata, por causa de la presentación de reclamaciones de responsabilidad ante Administraciones Públicas distintas de la que resulta responsable del servicio público en cuestión, este Consejo Jurídico abordó la cuestión en su Dictamen nº 131/07, de 1 de octubre, del que ha de partirse. La doctrina de las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia no ofrece una posición uniforme sobre la cuestión, aunque se decanta por negar eficacia interruptora a los requerimientos y reclamaciones de cualquier naturaleza que no vayan dirigidos contra la Administración a la que finalmente se considere responsable del daño (al margen de los supuestos relativos a la existencia de actuaciones penales), aunque existen pronunciamientos que permiten particularizar el análisis en atención a las especiales circunstancias del caso concreto.

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** Con fecha 16 de marzo de 2005, la compañía de seguros “--, S.A.” presenta reclamación de responsabilidad patrimonial del Ayuntamiento de San Pedro del Pinatar, en solicitud de una indemnización de 1.026,52 euros, cantidad a la que ascienden los daños sufridos en el vehículo de x., asegurado por la indicada compañía. La reclamación se hace en base a la garantía de daños propios contratada.

Según se manifiesta en la solicitud, los daños se ocasionan cuando el 15 de agosto de 2004, la x. colisiona con su vehículo contra una arqueta que sobresale unos 25 cm. sobre el nivel del suelo en una zona habilitada como aparcamiento de la Playa de Torre Derribada.

**SEGUNDO.-** Presentado recurso contencioso-administrativo frente al silencio de la Entidad Local reclamada, se sigue por los trámites del Procedimiento Abreviado con el núm. 134/2006, ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Cartagena. En el seno de la instrucción correspondiente a dicho proceso judicial se recaba informe del Ingeniero Técnico Industrial

Municipal, de fecha 31 de agosto de 2006, según el cual la arqueta en cuestión se encuentra en terrenos de la Dirección General del Medio Natural de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, destinados a aparcamiento de la Playa de la Torre Derribada. La arqueta es propiedad del Ayuntamiento de San Javier y forma parte de la instalación de agua potable que daba servicio a La Manga del Mar Menor.

**TERCERO.-** Con fecha 1 de septiembre de 2006, la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de San Pedro del Pinatar desestima la reclamación, dado que ni la instalación ni los terrenos donde se ubica son de competencia municipal.

**CUARTO.-** Por el Juzgado, atendiendo la solicitud en tal sentido de la mercantil actora, se requiere a la Dirección General del Medio Natural para que certifique si los terrenos en los que tuvo lugar el accidente son de su titularidad, si por ellos discurre la conducción de agua potable del Ayuntamiento de San Javier con la que se abastece a La Manga del Mar Menor y si las arquetas existentes corresponden a dicha conducción.

El 12 de junio de 2007, el Director-Conservador del Parque Regional “Salinas y Arenales de San Pedro del Pinatar”, dependiente de la Dirección General del Medio Natural, a través del Servicio de Protección y Conservación de la Naturaleza, emite el siguiente informe:

*“Los aparcamientos recogidos en el croquis remitido se corresponden con los aparcamientos del Coterillo, incluidos en el Parque Regional de Salinas y Arenales de San Pedro del Pinatar, en terrenos propiedad de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia y gestionados por la Dirección General del Medio Natural. En dichos terrenos y en zona de servidumbre de la carretera de acceso al Puerto de San Pedro del Pinatar, discurre la conducción que abastece de agua potable a La Manga del Mar Menor, gestionada por el Ayuntamiento de San Javier y las arquetas existentes en dicha servidumbre se corresponden con la conducción referida”.*

**QUINTO.-** El 13 de julio de 2007, la compañía de seguros “--, S.A.”, actuando representada por Letrado, presenta reclamación de responsabilidad patrimonial ante la Dirección General del Medio Natural.

Si bien la copia que de dicha solicitud consta en el expediente está incompleta, pues únicamente se han incorporado las páginas impares de la misma, sí puede deducirse, de ella y de la documentación que la acompaña, lo siguiente:



a) La mercantil reclamante es aseguradora del vehículo que el 15 de agosto de 2004, sobre las 21 horas y conducido por x., *“circulaba junto al aparcamiento de la Playa Torre Derribada, situado junto al Puerto de San Pedro del Pinatar. Como consecuencia de la existencia en la calzada de una arqueta de cemento con la inscripción de agua potable, que sobresalía unos 25 centímetros del nivel de la carretera, el vehículo asegurado por mi mandante colisionó contra dicha arqueta con su parte inferior, sufriendo serios daños en el cárter y resto de la parte delantera del vehículo”*. La arqueta carecía de señalización.

b) El título de imputación se identifica con la omisión del deber del titular de la vía de conservarla y mantenerla en las mejores condiciones posibles de seguridad para la circulación y su señalización.

c) Propone prueba testifical de varias personas, identificadas con su nombre y dirección.

Se adjunta a la reclamación la siguiente documentación:

- Escritura de apoderamiento del Letrado actuante.

- Condiciones particulares del contrato de seguro.

- Croquis de localización del lugar del accidente.

- Reportaje fotográfico de los daños padecidos por el vehículo y de la arqueta. Su calidad en la copia remitida al Consejo Jurídico es muy baja.

- Denuncia de la conductora ante la Policía Local de San Pedro del Pinatar, en la que manifiesta:

*“Que hoy, sobre las 21 horas, la denunciante conducía su vehículo, un Audi A3, con matrícula “—”, por la zona habilitada como aparcamiento de la Playa Torre Derribada. Al estar oscureciendo la misma afirma no ha observado la existencia de una arqueta de cemento con una inscripción de agua potable que sobresalía del nivel del suelo unos 25 centímetros. Dicha arqueta está sin señalizar. El vehículo de la denunciante ha colisionado con dicha tapa, dañando el cárter y la parte inferior del coche. El vehículo ha perdido todo el aceite. La compareciente solicita que le sean abonados todos los gastos ocasionados por dicho incidente. La denunciante ha solicitado*

*presencia policial, no pudiendo ser atendido dicho servicio por los mismos por encontrarse en otros servicios de mayor gravedad'.*

- Actuaciones del Ayuntamiento de San Pedro del Pinatar, recogidas en los Antecedentes Segundo y Tercero de este Dictamen.

- Factura de taller y justificante electrónico de transferencia bancaria efectuada por la aseguradora al taller mecánico por importe coincidente con la cantidad reclamada (1.026,52 euros).

**SEXTO.-** Con fecha 31 de julio de 2007, la Vicesecretaría de la Consejería de Desarrollo Sostenible y Ordenación del Territorio requiere a la Dirección General del Medio Natural que informe acerca de la titularidad de la carretera y de la arqueta, si como sobre otros diversos extremos.

**SÉPTIMO.-** Consta en el expediente que por la reclamante se ha interpuesto recurso contencioso-administrativo, que se sigue por los trámites del Procedimiento Abreviado con el número 729/2008, por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 2 de Murcia, frente a la desestimación presunta de la reclamación.

**OCTAVO.-** Por Orden de 20 de marzo de 2009, de la Consejería de Agricultura y Agua, adoptada por el Secretario General en virtud de delegación, se ordena iniciar la tramitación del procedimiento y se designa instructor.

**NOVENO.-** El 12 de mayo se confiere trámite de audiencia a la reclamante, que no consta que hiciera uso del mismo, al no presentar alegación ni justificación adicional alguna.

**DÉCIMO.-** El 18 de noviembre, el Director-Conservador del Parque Regional de "Salinas y Arenales de San Pedro del Pinatar" emite informe del siguiente tenor:

*"1º. La propiedad de los terrenos donde se sitúa la arqueta corresponde a la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, según información suministrada por la Dirección General del Catastro del Ministerio de Economía y Hacienda.*

*2º. La zona en la que se encuentra ubicada la arqueta corresponde a Zona de Dominio Público, o en su defecto a Zona de Servidumbre, según la Ley 7/1993, de 30 de septiembre, de Carreteras, ya que se encuentra a una distancia aproximada inferior a 3 metros de la arista exterior*

de la calzada. Cualquier actuación que se deba acometer en dicha zona necesita la autorización de la Dirección General de Transportes y Puertos, que es la titular de la carretera de acceso al Puerto de San Pedro del Pinatar.

3º. La arqueta es propiedad del Ayuntamiento de San Javier, que posee los derechos de la red de aguas de La Manga del Mar Menor, tanto su gestión como su mantenimiento, son competencias del Negociado de Aguas de La Manga del citado Ayuntamiento.

4º. La Dirección General de Patrimonio Natural y Biodiversidad no tiene ninguna responsabilidad de mantenimiento de la arqueta ni de la red de agua.

5º. La situación de la arqueta, así como sus características de forma y de elevación con respecto al suelo, en ese punto concreto de la zona de aparcamiento, es anterior a la habilitación del área como tal por parte de la Consejería de Medio Ambiente, incluso es anterior a la aprobación del Plan de Ordenación de los Recursos Naturales del Parque Regional de Salinas y Arenales de San Pedro del Pinatar.

6º. La arqueta no se encontraba sobre la calzada en el momento del accidente, sino sobre el terreno desnudo previo a su acondicionamiento como área de aparcamiento y estancia. La construcción del actual aparcamiento del Coterillo tuvo lugar en el año 2005. Tras los trabajos la arqueta se situó a nivel del firme (ver Anexo Fotográfico).

7º. En el momento del accidente la zona no estaba separada de la calzada por ningún elemento estructural, y el firme se encontraba al mismo nivel que los terrenos utilizados como aparcamiento por los visitantes. Tras los trabajos de acondicionamiento se habilitó una acera que separa la calzada del aparcamiento y delimita la zona de paso de vehículos.

8º. La falta de señalización en la zona, a la que se alude en el procedimiento, se debe a que en el momento del accidente el aparcamiento del Coterillo se encontraba en fase de proyecto, tras la acometida de las obras se acondicionó la zona para hacerla viable a su función. En el momento actual el área recreativa del Coterillo se encuentra perfectamente delimitada y debidamente señalizada.

## CONCLUSIONES

*Considerando que la carretera de acceso a las salinas, el puerto deportivo Villa de San Pedro y que discurre por el Parque Regional de las Salinas y Arenales de San Pedro del Pinatar tiene como titular a la Dirección General de Transportes y Puertos.*

*Visto que la arqueta se sitúa en la Zona de Domino Público de la carretera de acceso al puerto.*

*Visto que la arqueta es de titularidad del Ayuntamiento de San Javier y que la línea de tubería de red de agua que abastece a La Manga discurre paralela a la carretera antes mencionada.*

*Visto que esta Dirección General no es responsable del mantenimiento de ambas infraestructuras, ni de la carretera ni de la red de agua.*

*Considerando que la zona de aparcamiento en la que se produjeron los hechos no se encontraba asfaltada ni señalizada en el momento de producirse el accidente, solo cabe destacar la presencia de una serie de estructuras metálicas que servirían de parasoles.*

*Considerando que el asfaltado del aparcamiento del Coterillo se realizó con posterioridad al accidente. Visto que en esa obra de rehabilitación se procedió a la construcción de una acera que separa la carretera del aparcamiento, y que la arqueta, actualmente, se encuentra situada al borde de la misma y al mismo nivel del asfalto por el relleno producido.*

*Visto que tras las obras de rehabilitación la zona del aparcamiento esta correctamente señalizada.*

*Visto que la Dirección General de Transportes y Puertos llevó a cabo unas obras de mejora y adecuación de la carretera de acceso al puerto de San Pedro en el año 2005, en las que se ensancharon sus márgenes, se mejoró el firme, se colocaron medidas correctoras de velocidad, se señaló correctamente, se habilitaron un carril bici y una senda peatonal.*

*Considerando que no hay constancia de otros accidentes producidos en ese lugar.*

*Considerando que la altura de la arqueta en aquellos (sic) tenía como fin, precisamente, la de relevar (sic) su presencia destacándola sobre el resto del suelo, debido a su proximidad al borde de la carretera.*

*Visto que aún hoy es posible localizar una serie de arquetas de la misma red de agua que tienen las mismas características, pero que no resultan peligrosas por su ubicación.*

*Por todo ello, no se encuentran motivos justificables para asumir estos hechos por la Dirección General de Patrimonio Natural y Biodiversidad como responsable de los daños producidos por el accidente de tráfico sufrido por la reclamante”.*

**UNDÉCIMO.-** Conferido nuevo trámite de audiencia a la mercantil reclamante, presenta escrito en el que da por reproducidas las alegaciones efectuadas en la reclamación inicial.

**DUODÉCIMO.-** El 30 de diciembre de 2009 la instructora formula propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación, al considerar que la Consejería de Agricultura y Agua no tiene obligación de indemnizar a la interesada toda vez que la titularidad de la vía en la que se produce el accidente corresponde a la Dirección General de Transportes y Puertos, a quien corresponde su conservación y mantenimiento y, por otro lado, la titularidad del servicio de suministro de agua potable es del Ayuntamiento de San Javier.

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 19 de enero de 2010.

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.- Plazo para reclamar y legitimación.**

I. Si bien los hechos generadores del daño por el que se reclama tienen lugar el 15 de agosto de 2004 y la reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración regional no se

presenta hasta el 13 de julio de 2007, ha de considerarse que ésta es temporánea. En efecto, la reclamación se insta con anterioridad a la prescripción del derecho a reclamar que, de conformidad con 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 4.2 del Reglamento de los Procedimientos en materia de Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, ocurre al año de haberse producido el hecho lesivo.

Al respecto, debe destacarse que, antes de que transcurriera un año desde el evento lesivo, el 16 de marzo de 2005, la reclamante presenta una reclamación ante la Administración que considera responsable de los daños: el Ayuntamiento de San Pedro del Pinatar. Aunque esta Entidad Local no es responsable de los daños al no ser titular de ninguno de los servicios implicados en su generación, considera el Consejo Jurídico que, en atención a las peculiares circunstancias del supuesto, la reclamación presentada ante ella interrumpe la prescripción del derecho a solicitar la indemnización.

En relación con la eficacia interruptiva del plazo de que se trata, por causa de la presentación de reclamaciones de responsabilidad ante Administraciones Públicas distintas de la que resulta responsable del servicio público en cuestión, este Consejo Jurídico abordó la cuestión en su Dictamen nº 131/07, de 1 de octubre, del que ha de partirse.

Dicho Dictamen advertía que la doctrina de las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia no ofrece una posición uniforme sobre la cuestión, aunque se decanta por negar eficacia interruptora a los requerimientos y reclamaciones de cualquier naturaleza que no vayan dirigidos contra la Administración a la que finalmente se considere responsable del daño (al margen de los supuestos relativos a la existencia de actuaciones penales). Ello viene fundamentado, en unos casos, en la exigencia a estos efectos de la triple identidad de elementos (sujeto, objeto y fundamento) en la acción de reclamación, como en la STSJ del País Vasco de 28 de enero de 1998 (y, en parecida línea, las SSTSJ de Castilla-La Mancha de 23 de enero de 2002 y de Murcia de 28 de enero de 2004). Otras sentencias fundan tal postura en considerar que es una carga u obligación del reclamante averiguar la identidad de la Administración titular de la carretera en cuestión, para lo cual tiene la posibilidad de dirigir el oportuno requerimiento de información a las que pudiese considerar responsables (SSTSJ de Cantabria de 4 de febrero de 1999 y de Extremadura de 28 de Septiembre de 2001), actuación ésta que tiene plena eficacia interruptora del plazo prescriptivo frente a la Administración requerida (STSJ de Aragón de 21 de noviembre de 2003); o bien se estima necesario que en la reclamación

presentada en plazo contra una Administración que finalmente resultase no ser la competente sobre el servicio público en cuestión, se hubiese planteado, al menos, la duda sobre tal extremo (STSJ de Asturias de 4 de marzo de 2004). En un sentido análogo, tampoco se reconoce virtualidad interruptora del plazo prescriptivo a la formulación de reclamaciones o requerimientos dirigidos a un concesionario de la Administración, pero no a ésta (SSTSJ de la Rioja de 24 de mayo de 2001, de Andalucía-Sevilla de 13 de febrero de 2002, y de Murcia de 31 de enero de 2006).

Por su parte, el Dictamen nº 378/98, de 18 de marzo, del Consejo de Estado, señala que *“una actuación, para que tenga efecto interruptivo (del plazo de prescripción de que tratamos) tiene que tener carácter recepticio, es decir, tiene que dirigirse hacia el supuesto “deudor”.*

En la misma línea, su Dictamen nº 579/08, de 24 de abril, expresa lo siguiente:

*“No puede entenderse que el citado plazo quedara interrumpido por las acciones ejercidas por la solicitante contra el Ayuntamiento de Padrón. Y ello por cuanto ninguna de dichas acciones se dirigió contra la Administración General del Estado, lo que es presupuesto imprescindible para que se produzca el efecto interruptivo de la prescripción conforme al artículo 1973 del Código Civil.*

*Tampoco puede apreciarse en el caso presente que el plazo para reclamar frente a la Administración General del Estado quedara interrumpido por aplicación de lo dispuesto en el artículo 1974 del Código Civil, que previene que “la interrupción de la prescripción de acciones en las obligaciones solidarias aprovecha o perjudica por igual a todos los acreedores y deudores”. Y es que, aun cuando se afirmare que hay solidaridad entre el Ayuntamiento de Padrón y la Administración General del Estado con relación al hecho causante de los daños, se trataría de una solidaridad impropia. La doctrina y la jurisprudencia han reconocido, junto a la denominada solidaridad propia, regulada en nuestro ordenamiento jurídico en los artículos 1137 y siguientes del Código Civil, la existencia de otra modalidad de solidaridad, llamada impropia, vinculada a la responsabilidad extracontractual. Esta dimana de un ilícito, liga a los sujetos que han concurrido a su producción y surge cuando no es posible individualizar las respectivas responsabilidades. La misma doctrina y jurisprudencia han declarado que a esta última especie de solidaridad no le son aplicables todas las reglas prevenidas para la solidaridad propia y, en especial, no lo es el artículo 1974 del Código Civil, según el criterio sentado con carácter general por el Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo en Sentencia de 14 de marzo de 2003”.*

Sin perjuicio de lo expuesto, que debe considerarse el criterio general sobre la cuestión, existen pronunciamientos que permiten particularizar el análisis en atención a las especiales

circunstancias del caso concreto. Así, en el de la STSJ de Andalucía-Sevilla, de 29 de noviembre de 2002, que considera que como el interesado creía razonablemente que la Administración inicialmente reclamada era la responsable del servicio cuestionado, dicha actuación es apta para interrumpir el plazo de prescripción. Y el Tribunal Supremo, aun cuando no puede considerarse que tenga sentada doctrina al respecto, en su Sentencia de 15 de noviembre de 2002, Sala 3ª, se inclina por dar eficacia interruptora a la formulación de reclamaciones a Administraciones no competentes si concurre alguna circunstancia excepcional que así lo justifique, como en el caso allí planteado, en que la actuación de la Administración responsable llevó a confusión sobre la titularidad del servicio público; y ello en aplicación del principio general que postula una interpretación del instituto de la prescripción de acciones favorable al ejercicio de éstas, por estar fundado dicho instituto en razones de seguridad jurídica y no de justicia intrínseca, lo que se entiende especialmente aplicable en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración.

En este sentido parece ir el Dictamen del Consejo de Estado nº 1616/08, de 13 de noviembre, que expresa que *“ante todo debe destacarse que, en principio y de modo general, las actuaciones hechas ante una Administración que no es la competente no tienen, por sí, virtualidad suficiente para interrumpir el plazo de prescripción. En este caso, sin embargo, debe destacarse que la interesada se dirige ante la Administración gallega porque el atestado de la Guardia Civil considera que la carretera es autonómica y la propia Administración gallega la tramita inicialmente al confundir la vía AC-12 con la AC-211. El error viene de la denominación del tramo, que es en realidad el de la antigua N-VI, de titularidad estatal. Siendo así, debe entenderse que la duda acerca de cuál fuere la titularidad de la vía sólo se desvanece a efectos de interponer la correspondiente reclamación cuando consta efectivamente así, al manifestarlo la Administración gallega”*.

Nuestro citado Dictamen 131/07, dando un paso más en la interpretación favorable a la temporaneidad de la acción, expresaba que *“en el presente caso, y aunque en rigor no puede decirse que la Administración haya inducido a error al reclamante a la hora de determinar la titularidad del tramo de carretera en cuestión (como hubiese podido suceder, por ejemplo, si en dicho tramo se hubiera mantenido -indebidamente- una señalización indicativa del carácter estatal de la carretera, lo que no consta en el expediente), existen circunstancias que justifican que no haya de estimarse prescrita la acción dirigida contra la Administración regional, como el hecho de estar ante un singular y aislado tramo de la carretera (la travesía) que no pertenece al Estado, que, sin embargo, sigue conservando su titularidad sobre el resto de la vía; travesía que tampoco es de responsabilidad del Ayuntamiento (no consta que se le haya cedido su conservación, como sucede en otros casos), sino que fue transferida a la Comunidad Autónoma en el año 1984, como señala el*



*informe de la Demarcación de Carreteras del Estado reseñado en el Antecedente Segundo. Dichas circunstancias, es decir, el carácter de travesía del tramo y su plena inserción en el núcleo urbano, según las fotografías obrantes en el expediente, suscitaban la razonable apariencia de que la Administración responsable de la conservación de la vía pública podía ser la municipal o la estatal, pero no la autonómica; y ello sin perjuicio de que no exista norma jurídica que obligue a las Administraciones Públicas a instalar señalización sobre la titularidad de sus vías públicas”.*

En el supuesto ahora examinado llegamos a la misma conclusión acerca de la temporaneidad de la reclamación ejercitada, en atención a las circunstancias en que se produce el daño, pues el lugar donde ocurren los hechos y la instalación del servicio público de agua potable que causa los daños se ubican en el término municipal de San Pedro del Pinatar, lo que puede llevar razonablemente a la interesada a creer que la Administración titular de la arqueta es la municipal reclamada. En consecuencia, debe considerarse que la reclamación deducida ante el indicado Ayuntamiento produjo un efecto interruptivo de la prescripción del derecho a reclamar. Máxime si se advierte que, desde el momento en que la aseguradora conoce que la Entidad Local no es responsable, no permanece inactiva, sino que el 13 de julio de 2007, es decir, antes de transcurrir un año desde que el 1 de septiembre de 2006 la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento desestima su reclamación, presenta otra, esta vez ya ante la Administración regional.

II. La entidad de seguros reclamante ostenta legitimación activa para deducir la pretensión indemnizatoria objeto de Dictamen, en cuanto subrogada en los derechos de la titular del vehículo por el que se reclama indemnización, por haber abonado a ésta 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 conservación y señalización de una vía pública de su titularidad, por lo que aquélla está legitimada pasivamente para resolver la reclamación, sin perjuicio de la eventual existencia de otra Administración responsable que la instrucción del procedimiento pudiera alumbrar.

### **TERCERA.- Procedimiento**

Se han seguido, en líneas generales, las pautas establecidas por las disposiciones reguladoras de este tipo de procedimientos, toda vez que consta el preceptivo informe del Servicio a cuyo funcionamiento se imputan los daños y el trámite de audiencia a uno de los interesados. No obstante, cabe realizar las siguientes observaciones:

a) Como se ha dicho en la Consideración Segunda de este Dictamen, la Administración regional ostenta legitimación pasiva en la presente reclamación, toda vez que el daño se imputa a uno de sus servicios: el de conservación y mantenimiento en las debidas condiciones de seguridad de la carretera que, atravesando el Parque Regional de las Salinas y Arenales de San Pedro del Pinatar, conduce al puerto de esta localidad.

Atendida la identificación que la mercantil reclamante realiza de la Dirección General del Medio Natural como titular de dicha carretera y del deber de mantenimiento a cuya omisión imputa el daño padecido, inicialmente podría considerarse correcta la admisión a trámite de la reclamación por Orden de la Consejería a la que se adscribe el indicado centro directivo (Consejería de Agricultura y Agua), como también el nombramiento de instructor.

Sin embargo, cuando el informe que emite el Director-Conservador del Parque el 18 de noviembre de 2009 manifiesta que la Dirección General del Medio Natural (en esa fecha la denominación había pasado a ser la de Dirección General de Patrimonio Natural y Biodiversidad) no es titular de la vía ni de la instalación implicadas en el incidente, lo procedente no es continuar la tramitación del procedimiento hasta proponer la desestimación de la reclamación por dicho motivo, como se ha hecho, sino remitir directamente las actuaciones al órgano que considere competente, si éste pertenece a la misma Administración Pública, como prescribe el artículo 20.1 LPAC.

En el supuesto sometido a consulta, y según deriva de la instrucción realizada, el órgano competente para resolver la reclamación formulada ante la Administración regional sería el titular de la Consejería a la que esté adscrita la Dirección General de Transportes y Puertos, titular de la vía en cuya zona de dominio público se ubica la conducción de agua potable, por lo que lo procedente es efectuar dicha remisión de la reclamación y de lo actuado hasta el momento para que la Consejería de Obras Públicas y Ordenación del Territorio continúe la tramitación y subsane las deficiencias y omisiones procedimentales que se exponen a continuación.

b) En las reclamaciones de responsabilidad patrimonial que tienen por objeto el resarcimiento de daños sufridos por vehículos a motor, es siempre aconsejable recabar el parecer técnico del Parque Móvil o unidad similar del correspondiente Departamento, acerca de la valoración del daño y de la coherencia o compatibilidad entre éste y el mecanismo de su producción.

c) La reclamante propone, en su inicial escrito de solicitud de indemnización, que se recabe el testimonio de varias personas a las que identifica con su nombre y apellidos y facilita su dirección postal. No consta que se haya practicado dicha prueba, como tampoco que el instructor la haya rechazado expresamente, lo que debe ser corregido. Cabe recordar que, caso de proceder a rechazar la práctica de la prueba propuesta, el instructor únicamente podrá hacerlo mediante resolución motivada en el carácter manifiestamente improcedente o innecesario de aquella (art. 80.3 LPAC), en la estricta interpretación que, por afectar al principio contradictorio, tales extremos demandan conforme a reiterada doctrina jurisprudencial y de este Órgano Consultivo (por todos, Dictamen 165/2003).

d) Como ya ha señalado en numerosas ocasiones el Consejo Jurídico (por todas, Dictamen 165/2009), cuando de la instrucción del procedimiento se deduzca la existencia de una Administración distinta a la regional que sea titular de un servicio implicado en el evento lesivo, es preceptivo otorgarle un trámite de audiencia como interesada en el procedimiento, toda vez que del mismo podría derivarse una cuota de responsabilidad para ella, en atención a su concurrencia en la producción del daño, ex artículos 84 y 140 LPAC.

En el supuesto sometido a consulta, la arqueta contra la que colisiona el vehículo asegurado por la reclamante pertenece a la conducción que da soporte al servicio de abastecimiento domiciliario de agua potable a la población de La Manga del Mar Menor, del que al parecer es titular el Ayuntamiento de San Javier, conforme al artículo 26.1 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases de Régimen Local (LBRL).

Debe, en consecuencia, otorgarse trámite de audiencia al Ayuntamiento de San Javier, una vez se haya ultimado la instrucción del procedimiento.

e) El escrito de reclamación inicial de la aseguradora obrante en el expediente remitido al Consejo Jurídico, está incompleto, pues únicamente constan las páginas impares del mismo, lo que debe ser corregido.

Del mismo modo, la fotocopia de los reportajes fotográficos unidos al expediente (páginas 51 a 62) son de tan ínfima calidad que las hacen inútiles a fin de ilustrar tanto los daños padecidos por el vehículo como las características y ubicación de la arqueta con la que colisionó el vehículo, por lo que, si es posible, habría de ser corregido.

f) No puede este Consejo Jurídico dejar de poner de manifiesto la paralización sufrida por el procedimiento, entre la presentación de la reclamación el 13 de julio de 2007 y su admisión a trámite y nombramiento de instructor, por Orden de 20 de marzo de 2009, en clara vulneración de los principios de celeridad y agilidad que han de presidir los procedimientos administrativos.

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

### **CONCLUSIÓN**

**ÚNICA.-** Se dictamina desfavorablemente la propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación, pues es necesario retrotraer las actuaciones al momento inmediatamente anterior a la propuesta de resolución para completar la instrucción del procedimiento, por la Consejería competente conforme a lo indicado en la Consideración Tercera de este Dictamen.

Una vez realizados los trámites señalados y conferido nuevo trámite de audiencia a la mercantil reclamante, habrá de remitirse el expediente al Consejo Jurídico para Dictamen sobre el fondo.

No obstante, V.E. resolverá.



## DICTAMEN 104/2010

<b>Asunto</b>	Revisión de oficio del expediente de contratación 113/2009 del Servicio Murciano de Salud, para la adjudicación del servicio de mantenimiento y soporte hardware y software de base del CPD corporativo y diversos hospitales.
<b>Consultante</b>	Consejera de Sanidad y Consumo
<b>Fecha</b>	24/05/2010

### Extracto de Doctrina

1.A la vista de las actuaciones obrantes en el expediente remitido, debe señalarse que el procedimiento revisorio objeto de Dictamen está incurso en caducidad, por haber transcurrido más de tres meses desde su iniciación (el 1 de febrero de 2010) sin haberse dictado y notificado su resolución, de conformidad con lo establecido en el artículo 102.5 LPAC.

2. Aunque resulta difícil dar una respuesta apriorística y para todos los casos respecto de lo que haya de entenderse como informe determinante a los efectos del citado artículo 42.5, c) LPAC, en principio puede señalarse que es aquél que, por su singular contenido o función, el órgano competente ha de tener necesariamente a la vista para poder resolver expresamente (Dictamen de este Consejo Jurídico nº 181/09 y Dictamen del Consejo de Estado nº 2.072/99, de 8 de julio), no bastando, pues, para poder resolver válidamente el procedimiento, que se haya solicitado su emisión (como, por el contrario, es lo propio en el caso de los informes meramente preceptivos). Así parece deducirse del artículo 83.3 LPAC, siendo tal necesidad de tener a la vista estos informes preceptivos y “determinantes” lo que justifica que, en tanto no se obtengan, se pueda interrumpir el plazo máximo para la resolución del procedimiento, si bien el citado artículo 42.5, c) LPAC establece un límite temporal en la suspensión de dicho plazo máximo, para evitar con ello una excesiva pendencia del procedimiento. En la materia de revisión de oficio de actos administrativos que ahora nos ocupa, regulada en los artículos 102 y siguientes LPAC, el único informe de naturaleza jurídica que, en principio y sin perjuicio de las circunstancias de cada caso, puede calificarse como determinante del contenido de la resolución final es el dictamen de este Consejo Jurídico,

### ANTECEDENTES

**PRIMERO.-** Previa la oportuna tramitación, el 19 de octubre de 2009 la Dirección-Gerencia del Servicio Murciano de Salud (SMS) adjudicó provisionalmente a la empresa “-, S.L.” el contrato de servicios de mantenimiento y soporte de hardware y software de base del CPD corporativo del SMS y diversos hospitales.

**SEGUNDO.-** Mediante Orden de la Consejera de Sanidad y Consumo, de 1 de febrero de 2010, se inició un procedimiento de revisión de oficio para la declaración de nulidad de dicho acto de adjudicación.

**TERCERO.-** Realizada la oportuna instrucción, el 26 de febrero de este año la citada Consejera acuerda suspender el plazo máximo de tres meses establecido en la normativa vigente para notificar la resolución de dicho procedimiento. Dicha suspensión se fundó, según se deduce del expediente remitido, en la necesidad de solicitar el preceptivo informe de la Dirección de los Servicios Jurídicos, invocando a tal efecto el artículo 42.5,c) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC).

**CUARTO.-** Emitido dicho informe el 27 de abril de 2010, el 5 de mayo de este año tiene salida desde la Consejería de Sanidad un oficio en el que se solicita la emisión del preceptivo Dictamen de este Consejo Jurídico, uniendo el expediente tramitado. Adjunto a otro posterior oficio de dicha Consejería, registrado de entrada en este Consejo Jurídico el siguiente 14 de mayo de 2010 (no consta registro de salida), se remite un acuerdo de la Consejera, de fecha 5 de mayo de ese año, en el que se acuerda suspender nuevamente el referido plazo de tres meses, ahora basado en la solicitud del preceptivo Dictamen de este Consejo.

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 procedimiento de revisión de oficio de un acto administrativo de la Administración regional, conforme con lo establecido en los artículos 12.6 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, reguladora de este Consejo Jurídico, en relación con el 102 LPAC.

**SEGUNDA.- Caducidad del procedimiento.**

A la vista de las actuaciones obrantes en el expediente remitido, debe señalarse que el procedimiento revisorio objeto de Dictamen está incurso en caducidad, por haber transcurrido más

de tres meses desde su iniciación (el 1 de febrero de 2010) sin haberse dictado y notificado su resolución, de conformidad con lo establecido en el artículo 102.5 LPAC.

A lo anterior no obsta el que, con fecha 26 de febrero de este año, la Consejera consultante acordase la suspensión de dicho plazo, pues tal suspensión no puede considerarse válida y, por tanto, debe revocarse con efectos retroactivos desde su fecha. Como se indicó en los Antecedentes, la Consejería fundó tal suspensión en el artículo 42.5, c) LPAC, que permite tal medida cuando en el procedimiento deban solicitarse informes que sean *“preceptivos y determinantes del contenido de la resolución”*, considerando dicho órgano como tal el informe de la Dirección de los Servicios Jurídicos, apreciación que no resulta correcta, pues aunque dicho informe reúne la condición de preceptivo según el artículo 7.1, l) de la Ley 4/04, de 22 de octubre, de Asistencia Jurídica de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, el mismo no puede calificarse de determinante del contenido de la resolución.

En efecto, aunque resulta difícil dar una respuesta apriorística y para todos los casos respecto de lo que haya de entenderse como informe determinante a los efectos del citado artículo 42.5, c) LPAC, en principio puede señalarse que es aquél que, por su singular contenido o función, el órgano competente ha de tener necesariamente a la vista para poder resolver expresamente (Dictamen de este Consejo Jurídico nº 181/09 y Dictamen del Consejo de Estado nº 2.072/99, de 8 de julio), no bastando, pues, para poder resolver válidamente el procedimiento, que se haya solicitado su emisión (como, por el contrario, es lo propio en el caso de los informes meramente preceptivos). Así parece deducirse del artículo 83.3 LPAC, siendo tal necesidad de tener a la vista estos informes preceptivos y *“determinantes”* lo que justifica que, en tanto no se obtengan, se pueda interrumpir el plazo máximo para la resolución del procedimiento, si bien el citado artículo 42.5, c) LPAC establece un límite temporal en la suspensión de dicho plazo máximo, para evitar con ello una excesiva pendencia del procedimiento.

En la materia de revisión de oficio de actos administrativos que ahora nos ocupa, regulada en los artículos 102 y siguientes LPAC, el único informe de naturaleza jurídica que, en principio y sin perjuicio de las circunstancias de cada caso, puede calificarse como determinante del contenido de la resolución final es el dictamen de este Consejo Jurídico, pues el citado precepto lo configura como parcialmente vinculante, en el sentido de que la Administración regional no puede declarar la nulidad del acto sometido a revisión si no es con el informe favorable de dicho órgano consultivo. Por el contrario, el informe de la Dirección de los Servicios Jurídicos es preceptivo, pero no existe regulación normativa o circunstancia alguna especial que permita configurarlo, además, como determinante del contenido de la posterior resolución, como exige el comentado precepto de la LPAC para que pueda tener el indicado efecto suspensivo.

Por otra parte, en cuanto al momento en que surte efecto la suspensión del referido plazo máximo de resolución y notificación, fundada en la solicitud de un informe que haya de calificarse válidamente como preceptivo y determinante, ha de recordarse que en el reseñado Dictamen nº 181/09 expresamos que *“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)”*.

Aplicado todo lo anterior al caso que nos ocupa, y excluido a los efectos que aquí interesa lo relativo a la solicitud del informe de la Dirección de los Servicios Jurídicos, resulta que, en la fecha en que puede considerarse que la solicitud de nuestro Dictamen tiene trascendencia externa al órgano solicitante, el 14 de mayo de 2010 (vid Antecedente Cuarto), ya había transcurrido con exceso el plazo legal de tres meses, por lo que procede declarar la caducidad del procedimiento, sin perjuicio de la posibilidad de incoar uno nuevo con el mismo objeto.

### **TERCERA.- Actuaciones adicionales.**

Sin perjuicio de lo anterior, y por lo que atañe a las actuaciones adicionales a realizar en el nuevo procedimiento que se incoe al efecto, debe advertirse ya desde este momento que, a los pretendidos efectos de acreditar la existencia de una causa de nulidad de pleno Derecho en el acto de adjudicación del contrato, resulta insuficiente el informe de 6 de noviembre de 2009 que a tal fin obra en el expediente (folio 123), por su escasa motivación. En efecto, alegado por el órgano consultante que el procedimiento utilizado para la adjudicación, esto es, el negociado sin publicidad (adjudicando directamente el contrato a una concreta empresa) fue inadecuado porque se basó en un presupuesto erróneo, como fue considerar que no existía otra empresa que pudiera prestar el



servicio de que se trataba (por razones de exclusividad en la comercialización, distribución y mantenimiento de los productos objeto del contrato, y de razones atinentes a la propiedad intelectual o industrial de tales productos), resulta que el informe que se ha emitido para justificar el error en dichas apreciaciones de exclusividad se limita a señalar que *“se ha tenido conocimiento de la posible existencia de otras empresas que pueden prestar los servicios objeto del contrato”*, sin mayor concreción ni justificación, lo que, como se dice, resulta manifiestamente insuficiente para acreditar el extremo al que se refiere.

En este sentido, no sólo debe justificarse que existen efectivamente (y no sólo posiblemente, como indica dicho informe) otras empresas que puedan prestar los servicios en cuestión, sino que éstas deben identificarse, justificando por qué reúnen tal aptitud, y ello con similar grado de detalle al empleado en el informe-propuesta de 11 de septiembre de 2009, emitido para justificar entonces la indicada exclusividad de la empresa que luego, y en virtud de dicho informe, resultó adjudicataria del contrato (vid. folios 2 a 4 exp.).

Tras la emisión de dicho informe y cualesquiera otras actuaciones que procedan, deberá otorgarse a los interesados el preceptivo trámite de audiencia, tras lo cual habrá de formularse una nueva propuesta de resolución que, de ser favorable a la declaración de nulidad de la referida adjudicación provisional, deberá ser remitida a este Consejo Jurídico, en unión del expediente, para la emisión de su preceptivo Dictamen.

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

### **CONCLUSIONES**

**PRIMERA.**- Previa revocación de la suspensión acordada el 26 de febrero de 2010, procede declarar la caducidad del procedimiento de revisión de oficio objeto del presente Dictamen, por las razones expresadas en su Consideración Segunda.

**SEGUNDA.**- A los efectos del nuevo procedimiento de revisión de oficio que se pueda incoar con el mismo objeto, deben tenerse en cuenta las observaciones realizadas en la Consideración Tercera del presente Dictamen.

No obstante, V.E. resolverá.



## DICTAMEN 105/2010

<b>Asunto</b>	Proyecto de Decreto por el que se modifican diversos artículos del Decreto 221/2006 y del Decreto 222/2006, del 27 de octubre de 2006, para su adaptación a la Directiva 2006/123/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior.
<b>Consultante</b>	Consejero de Cultura y Turismo
<b>Fecha</b>	24/05/2010

### Extracto de Doctrina

La propia naturaleza de las entidades afectadas (clubes y entidades de recreación y promoción deportiva) parece excluirlas del ámbito de aplicación de la DS. En efecto, los clubes deportivos, que por definición son asociaciones privadas sin ánimo de lucro, por regla general y salvo algunos de ellos, especialmente los constituidos en Sociedades Anónimas Deportivas (artículo 19 de la Ley 10/1990, de 15 de octubre, del Deporte), no participan en competiciones profesionales (en las que existe retribución del deportista, según el artículo 61.4 LDRM), siendo su ámbito propio de actividad el del deporte aficionado y, como tal, no retribuido. El elemento determinante para establecer si los servicios prestados por los clubes deportivos o las entidades de recreación y promoción deportiva se encuadran en el ámbito de aplicación de la DS no es otro que el de la retribución de tales servicios, pues sólo así cabrá entender que dichas asociaciones realizan una actividad económica sometida a las prescripciones de la Directiva Bolkestein.

### ANTECEDENTES

**PRIMERO.-** Con fecha 10 de noviembre de 2009, la Dirección General de Deportes remite a la Secretaría General de la Consejería de Cultura y Turismo un borrador de texto normativo de modificación del Decreto 221/2006, de 27 de octubre, por el que se regulan los clubes deportivos y las entidades de promoción y recreación deportiva de la Región de Murcia, y el Decreto 222/2006, de la misma fecha, por el que se regula el Registro de Entidades Deportivas de la Región de Murcia.

El texto se acompaña de la siguiente documentación:

- Estudio sobre la incidencia económica de la futura norma, según el cual ésta no generará gastos ni ingresos ni incidirá en ninguna variable económica relevante.

- Informe sobre impacto por razón de género de las medidas que se establecen en la futura norma, que concluye afirmando que *“la promulgación de la norma tendrá una incidencia muy positiva en la consecución del objetivo perseguido de eliminar las desigualdades entre hombres y mujeres y conseguir la efectiva igualdad entre ambos”*.

- Memoria justificativa de la oportunidad de la futura norma, que expone el marco jurídico en que se inserta la nueva norma y los motivos que la hacen oportuna y necesaria. Entre estos últimos se señala la tramitación simultánea de una Ley regional que modificará la Ley 2/2000, de 12 de julio, del Deporte de la Región de Murcia (LDRM), para adaptarla a la Directiva 2006/123/CE, relativa a los servicios en el mercado interior (DS). Señala que los Decretos cuya modificación ahora se pretende regulan la inscripción registral como un requisito imprescindible para el reconocimiento oficial de los clubes deportivos y entidades de promoción y recreación deportiva de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia y, en consecuencia, para comenzar la correspondiente actividad. Dicha inscripción obligatoria en el registro se considera una carga desproporcionada y que no encuentra justificación en ninguna de las causas que a tal efecto establece la DS.

- Certificación expedida por el Secretario del Consejo Asesor Regional del Deporte de la Región de Murcia, acreditativa del informe favorable del indicado órgano al texto normativo objeto de la consulta.

- Propuesta que el Director General de Deportes eleva al Consejero de Cultura y Turismo para la tramitación del texto como Proyecto de Decreto.

**SEGUNDO.-** Con fecha 15 de julio de 2009, la Secretaría General de la Consejería de Cultura y Turismo comunica el Anteproyecto a las distintas Consejerías de la Administración regional, a los Ayuntamientos de la Región y a las Federaciones Deportivas de la Región de Murcia.

Únicamente formulan observaciones, sobre técnica normativa, las Consejerías de Política Social, Mujer e Inmigración, y la de Presidencia y Administraciones Públicas.

El 10 de noviembre de 2009 se emite informe sobre el trámite de audiencia concedido. Se manifiesta que las sugerencias efectuadas por las Consejerías consultadas se han incorporado al texto.

**TERCERO.-** El 17 de noviembre se recaba el Dictamen del Consejo Económico y Social de la Región de Murcia, que se emite el 4 de diciembre. El referido Órgano Consultivo valora positivamente el Proyecto, pues lo considera una adecuada transposición de la normativa europea al ordenamiento jurídico regional, formulando diversas observaciones y las siguientes conclusiones:

- Conveniencia de anticipar la modificación de la LDRM a la de los Decretos que la desarrollan.

- Debe profundizarse la línea de simplificación de trámites derivada de la DS, incluso más allá de las exigencias normativamente impuestas por el Estado y Europa.

- Debe reforzarse la actuación inspectora y supervisora por parte de la Administración para garantizar que los servicios se prestan en las condiciones comunicadas o declaradas por sus titulares. En consecuencia, considera que la reforma debe acompañarse de planes de actuación de la Administración regional, para evitar el incumplimiento de los requisitos exigidos y el consiguiente menoscabo de los derechos de los consumidores y la distorsión de las reglas de la competencia.

**CUARTO.-** El 8 de enero de 2010, el Servicio de Deportes valora las observaciones formuladas, sin que de ellas se derive cambio alguno en el articulado del Proyecto.

**QUINTO.-** El 19 de enero, el Servicio Jurídico de la Secretaría General de la Consejería consultante informa favorablemente el Proyecto y recibe el visto bueno del Vicesecretario.

**SEXTO.-** Recabado el preceptivo informe de la Dirección de los Servicios Jurídicos, se emite el 11 de febrero, en sentido favorable al Proyecto, si bien se formulan diversas observaciones procedimentales y de detalle sobre la redacción de algunos preceptos, y otras de técnica normativa y sobre la fórmula utilizada en la determinación de la entrada en vigor de la norma.

Todas ellas son asumidas e incorporadas al texto, según consta en informe del Servicio Jurídico, con el visto bueno del Vicesecretario, de 22 de febrero.

**SÉPTIMO.-** Consta en el expediente la Propuesta de Acuerdo que el Consejero de Cultura y Turismo somete al Consejo de Gobierno para la aprobación del Proyecto como Decreto y una copia autorizada del mismo.

El Proyecto, según dicha copia autorizada, consta de una parte expositiva, dos artículos y dos disposiciones finales.

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 26 de febrero de 2010.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

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

En presencia de un Proyecto que pretende modificar dos Decretos que, como señalamos en nuestros Dictámenes 133 y 142/2006, son ejecutivos o de desarrollo de una Ley de la Asamblea Regional, la LDRM, el presente Dictamen reviste 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

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

En la tramitación del Proyecto se han seguido los trámites esenciales establecidos por el artículo 53 de la Ley 6/2004, de 28 de diciembre, del Estatuto del Presidente y del Consejo de Gobierno de la Región de Murcia, por el que se regula el procedimiento para el ejercicio de la potestad reglamentaria, si bien, como señala la Dirección de los Servicios Jurídicos, no en su orden lógico. Constan en el expediente la propuesta del órgano directivo al Consejero de adscripción, la memoria de oportunidad y necesidad, una memoria económica, el informe de impacto de género, el trámite de audiencia concedido e informe sobre el mismo, la certificación acreditativa del parecer favorable del Consejo Asesor Regional del Deporte, el informe del Servicio Jurídico de la Consejería con el visto bueno de la Vicesecretaría, el informe del Consejo Económico y Social de la Región de Murcia y el de la Dirección de los Servicios Jurídicos. Consta, asimismo, la propuesta de Acuerdo que el Consejero impulsor del Proyecto eleva al Consejo de Gobierno para su aprobación como Decreto y una copia autorizada del mismo.

Procede, no obstante, efectuar las siguientes observaciones:

a) El certificado expedido por el Secretario del Consejo Asesor Regional del Deporte expresa que el Proyecto que se sometió al indicado órgano consultivo versaba sobre la modificación, entre otros, del artículo 4 del Decreto 221/2006, precepto que no consta entre los que en la copia autorizada del Proyecto se pretenden modificar. No consta en el expediente el texto que fue sometido a la consideración del Consejo Asesor, si bien en informe de 22 de febrero de 2010, al valorar las observaciones formuladas por la Dirección de los Servicios Jurídicos, se indica que el texto no ha sufrido variación alguna durante su tramitación, por lo que cabe entender que la alusión al artículo 4 del Decreto 221/2006 es un simple *lapsus calami*, cuando lo que se quería indicar era la reforma del artículo 14 del Decreto.

Éste es el segundo error que se advierte en dicho certificado, tras el que la Dirección de los Servicios Jurídicos puso de manifiesto respecto de la fecha de expedición. Ello mueve a este Consejo Jurídico a recordar la necesidad de extremar el celo y el cuidado en el desarrollo de la actividad certificatoria del contenido de los actos de la Administración, en orden a evitar errores incompatibles con la exactitud y precisión que ha de exigirse a quienes tienen encomendada tan esencial función.

b) El expediente remitido al Consejo Jurídico carece del preceptivo extracto de secretaría, exigido por el artículo 46.2 del Reglamento de organización y funcionamiento del Consejo Jurídico de la Región de Murcia, aprobado por Decreto 15/1998, de 2 de abril.

### **TERCERA.- Competencia y habilitación legal.**

1. Tratándose de una disposición modificativa de normas reglamentarias ya existentes, la competencia material que se ejerce ahora es la misma que se hizo efectiva en la promulgación de aquéllas, por lo que cabe dar por reproducidas las consideraciones que, al respecto, se realizaron en nuestros Dictámenes 133 y 142/2006, relativos a los Proyectos de los que a la postre serían los Decretos 221 y 222/2006.

Baste con señalar ahora que el artículo 10. Uno, 17 del Estatuto de Autonomía para la Región de Murcia (EAMU) atribuye a la Comunidad Autónoma competencia exclusiva en materia de “*promoción del deporte y de la adecuada utilización del ocio*”. Sobre esta base competencial se dicta la vigente LDRM, que dedica el Capítulo III, de su Título V a los clubes deportivos, siendo la regulación del Registro de Entidades Deportivas de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia objeto de regulación en el Título VI.

En desarrollo de dicha normativa legal y haciendo efectiva la habilitación genérica al Consejo de Gobierno que a tal efecto prevé la Disposición final segunda LDRM, se dictan los Decretos 221 y 222/2006, cuya modificación ahora se pretende.

2. Por otra parte, la citada modificación se justifica por la necesaria adaptación de la normativa reglamentaria dictada en desarrollo de la LDRM a la versión de ésta resultante de la Ley 12/2009, de 11 de diciembre, por la que se modifican diversas leyes para su adaptación a la DS, conforme a lo establecido en su Disposición final tercera, según la cual, en el plazo más breve posible, las normas dictadas en desarrollo de las leyes que son objeto de modificación deberán adaptarse a la presente Ley en lo que contradigan o se opongan a la misma.

Del mismo modo, la denominada como “Ley Paraguas” (Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio) mediante la que se transpone parcialmente y en una primera fase la DS al ordenamiento español, señala que corresponde a las Administraciones Públicas competentes, en su respectivo ámbito territorial, aprobar las normas de desarrollo y ejecución de la Ley.

De hecho, son ambas leyes, estatal y regional, los fundamentos inmediatos del Proyecto sometido a consulta, el cual, por razones cronológicas, si bien en el inicio de su tramitación no contaba con los aludidos referentes legales, lo que justificaría su apoyo o amparo normativo directo en la norma comunitaria, una vez promulgadas aquéllas, queda sometido a ellas, no pudiendo ignorarlas, lo que debe reflejarse en la denominación del futuro Decreto, que habrá de contener una mención a la Ley regional que desarrolla.

En este sentido, es cierto que el Proyecto persigue adaptar las normas reglamentarias deportivas a las exigencias de la DS, que tiene por objeto la eliminación de las barreras que obstaculizan el desarrollo de las actividades de servicios entre Estados miembros, al objeto de hacer efectiva la libre circulación de servicios, en cumplimiento del artículo 43, que garantiza la libertad de establecimiento, y del artículo 49, que establece la libre prestación de servicios dentro de la Comunidad, ambos del Tratado de la Comunidad Europea (TCE). No obstante, el Proyecto se enmarca, como hemos dicho, en el proceso de transposición de la norma comunitaria y de consecuente adaptación del ordenamiento jurídico interno a sus prescripciones.

El peculiar sistema elegido por el Estado para la transposición de la Directiva, no exento de críticas por algún sector doctrinal, consiste en un volcado de la norma comunitaria al ordenamiento interno en dos niveles: en el primero, hecho efectivo con la Ley 17/2009, se aprueba una ley

horizontal que incorpora los principios generales de la Directiva y aporta un marco jurídico de referencia, para proceder, en una segunda fase, a la depuración del ordenamiento jurídico español, mediante la identificación y evaluación de la normativa potencialmente afectada por la norma comunitaria, al objeto de determinar si se acomoda o no a lo previsto en ella y, a la vista de ello, proceder cuando sea preciso a su derogación o adaptación. En este sentido, el Consejo de Estado dirá en Dictamen 99/2009, emitido con ocasión del Anteproyecto de la futura Ley 17/2009, que se trata de *“una ley abierta y flexible que se limita, en muchos casos, a reproducir, a veces con las lógicas adaptaciones, los preceptos de la Directiva, incorporándolos al ordenamiento a modo de grandes principios o mandatos de carácter general que habrán de inspirar la normativa que, en cumplimiento de lo previsto en la disposición final quinta y a fin de completar la transposición, dicten el Estado y las Comunidades Autónomas, así como, en el nivel reglamentario, las Entidades Locales. De este modo, el proceso de transposición de la Directiva de Servicios no se agotará con la aprobación de esta norma, sino que deberá continuar con la adecuación del actual marco normativo de las actividades de servicios a lo establecido en la Directiva y en el propio anteproyecto, en todos los ámbitos sectoriales y territoriales”*.

En el indicado sistema, la Ley 17/2009, de carácter básico, responde a esa primera fase, mientras que la Ley regional 12/2009, al igual que otras leyes denominadas “ómnibus” dictadas por el Estado (Ley 25/2009, de 22 de diciembre) y otras Comunidades Autónomas (Islas Baleares, Ley 8/2009, de 16 de diciembre; Castilla La Mancha, Ley 7/2009, de 17 de diciembre; Andalucía, Decreto-Ley 3/2009, de 22 de diciembre; Galicia, Ley 1/2010, de 11 de febrero; y Navarra, Ley 6/2010, de 6 de abril) se ubican ya en la segunda fase, que no se agota con la armonización de las normas legales con la DS, sino que se extiende, asimismo, a los niveles reglamentarios. Éstos, a su vez, se adaptarán a la Directiva mediante su acomodación a las normas legales de las que son desarrollo y que, previamente, habrán sido ya ajustadas o adecuadas a la norma comunitaria.

En cualquier caso, cabe concluir que la Comunidad Autónoma tiene competencia para dictar la norma proyectada, correspondiendo su aprobación al titular originario de la potestad reglamentaria: el Consejo de Gobierno, ex artículo 32 EAMU y 22.12 de la Ley 6/2004.

#### **CUARTA.- La justificación de la modificación legal.**

Como se ha dicho, el Proyecto sometido a consulta trae causa de la modificación operada en la LDRM por la Ley 12/2009, y así se refleja en la parte expositiva de aquél. Durante la tramitación de la última de las leyes citadas no se recabó el parecer de este Consejo Jurídico, lo que no obsta a que en este Dictamen y con ocasión de la consulta efectuada en relación a un



proyecto reglamentario directamente derivado de aquélla, este Órgano Consultivo formule las siguientes consideraciones acerca de la justificación de la reforma de la LDRM en los términos en los que se ha producido.

Careciendo de los informes de oportunidad y necesidad de la indicada modificación legislativa y del análisis, que debió de realizarse durante la tramitación de la reforma legislativa, acerca de en qué medida y con qué alcance la DS exigía la modificación del régimen legal del deporte regional, entiende este Consejo Jurídico que dicha fundamentación debió ser similar a la manejada por la Dirección General de Deportes para justificar la necesidad de la reforma de los Decretos 221 y 222/2006, dada la simultánea tramitación de ambas modificaciones, legal y reglamentaria.

Atendiendo, pues, a la memoria justificativa de la reforma reglamentaria (folios 170 y siguientes del expediente), en ella se afirma que, tras analizar la normativa deportiva regional a la luz de las disposiciones de la DS, se estima necesaria la modificación de las previsiones relativas a la obligatoria inscripción en el Registro de Entidades Deportivas de la Región de Murcia, tanto de los clubes deportivos como de las entidades de promoción y recreación deportiva, como requisito necesario para su reconocimiento oficial y, en consecuencia, para poder iniciar su actividad.

Una interpretación estricta del alcance y efectos del reconocimiento oficial y del ámbito de aplicación de la norma comunitaria, quizás habría hecho innecesaria la reforma operada sobre la LDRM y la que ahora se pretende de sus normas desarrollo.

En primer lugar, el reconocimiento oficial no es requisito indispensable para que las asociaciones deportivas puedan iniciar y desarrollar su actividad.

En efecto, ya en nuestros Dictámenes 19/2000 y 133/2006 se apuntaba que el citado reconocimiento oficial no tiene carácter constitutivo para las entidades deportivas de base asociativa, que, como tales asociaciones pueden constituirse, existir con personalidad jurídica, realizar actividades y ser titulares de bienes sin necesidad del expresado reconocimiento, el cual no es condición previa y necesaria para la realización de su actividad, sino únicamente para que pueda integrarse en el sistema organizativo público del deporte diseñado por la LDRM, mediante su adscripción a Federaciones Deportivas, su participación en competiciones oficiales y el acceso al régimen subvencional y de fomento instaurado al efecto por la Administración regional. Esta limitación de los efectos del reconocimiento determina que tenga un carácter meramente voluntario.

Por otra parte, la propia naturaleza de las entidades afectadas (clubes y entidades de recreación y promoción deportiva) parece excluirlas del ámbito de aplicación de la DS. En efecto, los clubes deportivos, que por definición son asociaciones privadas sin ánimo de lucro, por regla general y salvo algunos de ellos, especialmente los constituidos en Sociedades Anónimas Deportivas (artículo 19 de la Ley 10/1990, de 15 de octubre, del Deporte), no participan en competiciones profesionales (en las que existe retribución del deportista, según el artículo 61.4 LDRM), siendo su ámbito propio de actividad el del deporte aficionado y, como tal, no retribuido.

Del mismo modo, las entidades de recreación y promoción deportiva promueven y organizan actividades físicas y de recreación deportivas, con finalidades lúdicas, formativas o sociales, excluyendo expresamente las de finalidad competitiva. Su ámbito, por tanto, es también el del deporte aficionado no profesional.

Si atendemos ahora al ámbito de aplicación de la DS, aun cuando su artículo 2 no excluye del mismo expresamente a las actividades deportivas no retribuidas, el Considerando 35 de la parte expositiva de la Directiva aclara que *“las actividades de deporte aficionado no lucrativas revisten una importancia social considerable. A menudo persiguen objetivos enteramente sociales o recreativos. Por consiguiente, no pueden constituir actividades económicas en el sentido de la legislación comunitaria y deben quedar fuera del ámbito de aplicación de la presente Directiva”*. Cabe recordar al respecto que el artículo 50 TCE dispone que *“se considerarán como servicios las prestaciones realizadas normalmente a cambio de una remuneración”*, definición de servicio que es adoptada también por el artículo 4 DS y el artículo 3 de la Ley 17/2009. Esta última, en su artículo 2.1 señala que su ámbito de aplicación comprende *“los servicios que se realizan a cambio de una contraprestación económica”*.

En consecuencia, el elemento determinante para establecer si los servicios prestados por los clubes deportivos o las entidades de recreación y promoción deportiva se encuadran en el ámbito de aplicación de la DS no es otro que el de la retribución de tales servicios, pues sólo así cabrá entender que dichas asociaciones realizan una actividad económica sometida a las prescripciones de la Directiva Bolkestein.

Ciertamente, estas entidades pueden prestar servicios por los que se exige una retribución, como ocurre en el caso de clubes o entidades titulares de centros o instalaciones deportivas, cuyo uso permiten o ceden a cambio de una contraprestación económica y en la cual pueden ofrecerse incluso servicios adicionales destinados a los usuarios. Así, la propia Directiva señala en su Considerando 33 que tal actividad sí queda incluida dentro de su ámbito de aplicación. Ahora bien,

para ser titulares de tales centros o instalaciones y para realizar dicha actividad de servicios las entidades deportivas no precisan de su inscripción en el Registro de Entidades Deportivas, pues su capacidad para ser titulares de bienes o de actividades económicas no depende de su reconocimiento oficial sino de su personalidad jurídica, la cual, como ya se expuso, se obtiene sin necesidad de aquél (artículo 51.1 LDRM).

En definitiva, parece que la consideración y consiguiente eliminación de la inscripción obligatoria en el Registro de Entidades Deportivas de la Región de Murcia como restricción para el libre establecimiento de prestadores o la libre prestación de servicios, constituye una medida de liberalización más amplia que la exigida por la DS y la Ley 17/2009. En cualquier caso, ese exceso liberalizador es acorde con el espíritu del TCE (art. 53) y no contraviene la Directiva ni la Ley de transposición que, a tal efecto, tienen el carácter de normas de mínimos, consustancial a sus respectivas naturalezas finalista y orientadora de la transposición, por lo que no es merecedora de ninguna observación de legalidad.

**QUINTA.- De las concretas modificaciones reglamentarias proyectadas.**

1. La modificación del artículo 3 del Decreto 221/2006.

La reforma operada sobre el artículo 50 LDRM por la Ley 12/2009, que suprime de la definición legal de club deportivo la alusión a su inscripción en el Registro de Entidades Deportivas es la que mueve a proponer esta modificación. Con ello se adecua el precepto reglamentario al legal que es objeto de desarrollo, lo que desde la perspectiva de la técnica normativa, es correcto.

No obstante, desde el punto de vista material y sustantivo de la regulación de los clubes deportivos, conviene advertir que sigue siendo elemento definitorio de los mismos su inscripción en el Registro de Entidades Deportivas de la Región de Murcia, toda vez que la modificación legal no alcanzó al artículo 35 LDRM, que continúa estableciendo tal inscripción como condición común a todas las modalidades de entidades deportivas, también, por tanto, de los clubes.

2. La modificación del artículo 3.2 del Decreto 222/2006.

Como se indica en la Consideración Tercera de este Dictamen, la modificación operada sobre la LDRM de las previsiones relativas a la inscripción en el Registro de Entidades Deportivas de la Región de Murcia, tanto de los clubes deportivos como de las entidades de promoción y

recreación deportiva, persigue suprimirla como requisito necesario para que tales entidades puedan iniciar su actividad (art. 57.1 LDRM).

La redacción del precepto que ahora se pretende modificar deriva de una observación efectuada por este Consejo Jurídico en el Dictamen 142/2006, con ocasión del Proyecto que a la postre se convertiría en Decreto 222/2006. Allí se volvía a precisar, como ya hicimos en el Dictamen 133/2006, que la inscripción en el Registro era requisito necesario para el reconocimiento oficial de la actividad de las entidades y no para el inicio de su actividad.

Tales razonamientos siguen manteniendo su vigencia tras la DS y la Ley 17/2009, como quedó expuesto en la Consideración Tercera de este Dictamen, por lo que no sería necesaria la modificación propuesta, toda vez que el precepto reglamentario, en su redacción vigente, no configura la inscripción registral como requisito indispensable para el inicio de la actividad de las entidades deportivas, sino únicamente para el reconocimiento oficial de dicha actividad y para poder acceder a los derechos y beneficios previstos en la LDRM.

#### **SEXTA.- Algunas observaciones particulares sobre el texto.**

##### 1. Al título o denominación de la norma proyectada.

a) Como ya se indicó en una consideración anterior, la modificación reglamentaria, si bien es cierto que persigue adaptar la regulación de los clubes deportivos a la DS, no debe desconocer la existencia de la Ley 12/2009, que resulta ser el fundamento inmediato de la reforma reglamentaria, que adecua la norma inferior a la superior. Debe en consecuencia, sustituirse el último inciso relativo a la adaptación a la DS, por otro relativo a la adecuación a la Ley 12/2009, cuyo título, que habrá de consignarse completo, es expresivo del fundamento último de la reforma como adaptación a la normativa comunitaria.

b) Según la Directriz 53, de las de Técnica Normativa, aprobadas por Acuerdo del Consejo de Ministros de 22 de julio de 2005, el título de las normas modificativas, indicará que se trata de una disposición de esta naturaleza, así como el título de las disposiciones modificadas, no debiendo figurar, en ningún caso, los artículos concretos que son objeto de modificación.

##### 2. A la parte expositiva.

a) La mención realizada a la Ley 12/2009, debería completarse con la expresión del alcance de la reforma operada en el régimen de las entidades deportivas y con la mención expresa de su Disposición final tercera, que contiene el mandato expreso de adecuación de las normas reglamentarias.

b) De conformidad con las Directrices de Técnica Normativa, en la fórmula promulgatoria que antecede inmediatamente a la parte dispositiva de la norma, no debe constar otra referencia a otros informes o participación de órganos consultivos que no sea la de este Consejo Jurídico (directrices 13 y 16). Debe, en consecuencia, consignarse en párrafo aparte la mención al informe del Consejo Asesor Regional del Deporte, en el que también debería dejarse constancia de la participación del Consejo Económico y Social de la Región de Murcia.

### 3. Disposición final primera.

Atendidos los términos tan genéricos en que se expresa la Disposición, cabría entender incluida en la facultad atribuida al Consejero, desde una habilitación reglamentaria omnímoda, hasta la realización de actuaciones o el dictado de actos administrativos concretos y singulares tendentes a la ejecución del Decreto. La primera resultaría contraria al régimen de la potestad reglamentaria, en tanto que ésta corresponde de forma originaria al Consejo de Gobierno (artículo 32.1 EAMU) y, sólo por derivación, a los Consejeros, cuando les esté específicamente atribuida por una norma de rango legal (artículos 38 y 52.1 de la Ley 6/2004), a salvo su potestad reglamentaria propia en los aspectos puramente organizativos de su Departamento. Del mismo modo, el Consejero cuenta con un poder de dirección, gestión e inspección del Departamento del que es titular (artículo 16.2 de la Ley 7/2004), cuyo ejercicio ampara todas esas otras actuaciones de carácter no normativo a que podría referirse la Disposición comentada.

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

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

### **CONCLUSIONES**

**PRIMERA**.- La Comunidad Autónoma goza de competencia material y el Consejo de Gobierno de competencia orgánica para aprobar la modificación reglamentaria proyectada.

**SEGUNDA**.- Sin perjuicio de lo expresado en las Consideraciones Cuarta y Quinta de este Dictamen acerca de la necesidad de adaptación de las entidades deportivas regionales a las prescripciones de la DS, no se advierten objeciones de legalidad en el texto sometido a consulta.

**TERCERA**.- Revisten carácter esencial las observaciones relativas al título de la futura disposición, en los términos indicados en la Consideración Sexta, apartado 1, de este Dictamen, y a la supresión de la Disposición final primera, en los términos expresados en la Consideración Tercera, apartado 3, también de este Dictamen.

**CUARTA**.- El resto de observaciones formuladas, de asumirse, contribuirían a la mejora técnica del Proyecto y a su mejor inserción en el ordenamiento.

No obstante, V.E. resolverá.



## DICTAMEN 106/2010

<b>Asunto</b>	Revisión de oficio instada por x, contra liquidación complementaria por el concepto del impuesto de sucesiones.
<b>Consultante</b>	Consejera de Economía y Hacienda
<b>Fecha</b>	31/05/2010

### Extracto de Doctrina

1.La excepcionalidad de esta institución y el carácter tasado de las causas en las que cabe sustentarla configuran una suerte de carga para el interesado que insta la nulidad, quien debe alegar la concurrencia de una o varias de tales causas en el acto objeto de la pretensión anulatoria, argumentando o razonando en qué medida y en atención a qué consideraciones el acto ha incurrido en tal o tales causas, no siendo suficiente a estos efectos una mera invocación in genere de existencia de nulidad.

2.Ha de recordarse la constante doctrina, elaborada en interpretación del artículo 62.1, letra e) LPAC, pero trasladable a la revisión de los actos dictados en materia tributaria, dada la identidad de los términos utilizados por el artículo 217.1, letra e) LGT, según la cual para que opere esta causa de nulidad, el empleo de los dos adverbios "total y absolutamente" recalca "la necesidad de que se haya prescindido por entero, de un modo manifiesto y terminante, del procedimiento obligado para elaborar el correspondiente acto administrativo; o bien de algunos de sus trámites esenciales que se pueda equiparar a esa omisión total. Junto a lo anterior, precisamente para ponderar la especial gravedad del vicio que se alega, ha de analizarse si se causó indefensión al interesado, para lo que habrán de tenerse en cuenta, entre otras circunstancias, las consecuencias que sufrió por tal conculcación y lo que hubiera podido variar el acto administrativo originario en caso de haberse observado el trámite omitido" (Dictamen del Consejo de Estado 670/2009).

### ANTECEDENTES

**PRIMERO.-** El 10 de agosto de 2002 fallece x. En su testamento lega a su esposa x. el usufructo de todos sus bienes e instituye como heredero universal a su único hijo, x. Asimismo, lega a cada una de sus cinco nietas, todas ellas hijas de aquél, una parcela de terreno y dos millones de pesetas (12.020,24 euros).

Entre las legatarias consta x. que obtiene la nuda propiedad de la mitad de una parcela (la número 38), descrita como solar edificable con una extensión de 528,12 metros cuadrados, con

una edificabilidad neta de 211,24 metros cuadrados, totalmente atribuibles a su propietario. Según proyecto de reparcelación aprobado, la finca queda afecta al pago de las cuotas de parcelación (1,878 %) y urbanización, fijadas en 9.478,70 euros, como "*gastos de urbanización de cuenta de liquidación provisional de la reparcelación*". La finca se valora en 11.708,18 euros, según escritura de herencia de 19 de diciembre de 2003.

Con fecha 1 de marzo de 2004, fallece x., en cuyo testamento, otorgado antes de la muerte de su marido, establece el mismo legado que aquél.

**SEGUNDO.-** Con fecha 24 de agosto de 2004, x. presenta en el Registro de la Dirección General de Tributos autoliquidación del Impuesto sobre Sucesiones (modelo 650 I), que valora la adquisición hereditaria individual (base imponible) en 17.874,33 euros y se calcula una cuota tributaria de 146,69 euros, efectuándose su ingreso en la misma fecha.

Del mismo modo y en idéntica fecha, se presenta autoliquidación del indicado tributo por la extinción del usufructo constituido a favor de la abuela de la interesada. Se valora dicha extinción en 585,41 euros, ingresando una cuota tributaria de 44,78 euros.

**TERCERO.-** El 24 de enero de 2005, la interesada presenta nueva autoliquidación del Impuesto de Sucesiones y Donaciones, en la que se hace expresa referencia al expediente 2926/2004, en el que se produjo la anterior autoliquidación. En la ahora presentada, la base imponible es idéntica a la de aquella (17.874,33 euros) si bien consta como total a ingresar la cantidad de 0 euros.

Se adjunta a esta nueva autoliquidación escritura de herencia otorgada el 7 de enero de 2005, en la que se atribuye a la interesada la mitad indivisa de la parcela antes descrita (valorada en 5.854,09 euros) y 12.020,24 euros, para una valoración total del legado de 17.874,33 euros.

**CUARTO.-** Con fecha 3 de junio de 2008, se emite dictamen de comprobación de valores de suelo, que atribuye a la parcela asignada a la interesada un valor de 77.283,66 euros.

**QUINTO.-** Con fecha 25 de junio de 2008, se inicia de oficio procedimiento de gestión tributaria, modalidad comprobación de valores, en el que se hace constar que la declaración tributaria, que data de 24 de enero de 2005, se presentó fuera del plazo de 6 meses desde la muerte del causante (1 de marzo de 2004), establecido por la normativa reguladora del Impuesto de Sucesiones y Donaciones, por lo que incurre en recargo y, en su caso, en intereses de demora.



Del mismo modo, se constata que el valor real comprobado de la parcela es superior al declarado por la interesada, por lo que se formula liquidación provisional del impuesto por valor de 2.964,32 euros.

El indicado acto, que acuerda conferir trámite de audiencia, es notificado a la interesada el 17 de julio de 2008.

**SEXTO.-** El 25 de julio, x. presenta alegaciones en las que pone de manifiesto lo siguiente:

a) Que la declaración liquidación del Impuesto de Sucesiones fue presentada el 24 de agosto de 2004 y no el 24 de enero de 2005.

b) Que al fallecer sus abuelos, la parcela tenía un gravamen de deuda de 9.478,70 euros y que posteriormente los gastos de urbanización han sido muy superiores a la previsión inicial.

c) Que el valor que se aplica a la parcela a 1 de marzo de 2004, fecha de muerte de la causante, es comparativamente sobre-elevado teniendo en cuenta los valores aplicados por la Dirección General de Tributos a una parcela próxima y de iguales características, la nº 42, a cuyo titular identifica con nombre y apellidos y número de DNI.

d) Que la valoración ha de referirse al 50%, puesto que ya fue objeto de liquidación por este mismo impuesto en herencia anterior por el 50%.

Aporta junto a las alegaciones nota simple del Registro de la Propiedad, según la cual y de conformidad con proyecto de reparcelación aprobado, la parcela queda afecta al pago de la cuota de urbanización por valor de 9.478,70 euros, como liquidación provisional de la reparcelación.

**SÉPTIMO.-** El 26 de noviembre se dicta acuerdo de liquidación provisional complementaria, con comprobación de valor declarado, que asciende, una vez aplicados los intereses de demora, a la cantidad de 3.680,88 euros. Se desestiman las alegaciones efectuadas sobre la base de un nuevo dictamen de comprobación de valores, que se adjunta al Acuerdo de liquidación.

El dictamen, de fecha 21 de noviembre de 2008, se ratifica en la valoración efectuada el 3 de junio de 2008 y manifiesta que se ha realizado atendiendo a las alegaciones presentadas. Señala, asimismo, que:

a) La valoración se refiere al pleno dominio del bien.

b) Los costes de transformación se corresponden con la cuota de urbanización, gravamen de la finca, expresada en la propia escritura, no habiendo acreditado otros distintos.

c) El valor de repercusión del suelo se ha corregido teniendo en cuenta el valor del resto de parcela no edificable.

El indicado acuerdo, junto con el correspondiente documento de ingreso, se notifica a la interesada el 27 de diciembre de 2008. En él se señala expresamente que en el plazo de un mes contado desde el día siguiente al de su notificación, puede interponerse contra el mismo bien reclamación económico-administrativa, bien recurso potestativo de reposición. Del mismo modo y en idéntico plazo, puede promover tasación pericial contradictoria para corregir el resultado obtenido en la comprobación de valores.

**OCTAVO.-** El 9 de febrero de 2009, la interesada promueve tasación pericial contradictoria, siendo inadmitida su solicitud el 6 de marzo siguiente por extemporánea, toda vez que debía haber sido presentada dentro del plazo del primer recurso o reclamación procedente contra la liquidación, que era de un mes a contar desde el día siguiente a la notificación de aquélla. Producida dicha notificación el 27 de diciembre de 2008, el plazo venció el 27 de enero de 2009.

**NOVENO.-** El 6 de febrero de 2009 y al amparo del artículo 102 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), la interesada insta la revisión de oficio de la liquidación provisional de 26 de noviembre de 2008, al considerar que está incurso en causa de nulidad, pues la declaración-liquidación del impuesto fue presentada dentro del plazo de seis meses desde la muerte de la causante, toda vez que producida ésta el 1 de marzo de 2004, la presentación de la autoliquidación y pago se realizó el 24 de agosto de 2004 y no el 24 de enero de 2005, como erróneamente recoge la liquidación provisional ahora impugnada. En esa fecha, se solicitó de la Dirección General de Tributos que se sellara el modelo de declaración del impuesto 650 D al objeto de poder presentarlo junto con la escritura de herencia en el Registro de la Propiedad. Por un funcionario del indicado órgano se rellenó una nueva declaración en la que consignó como importe a ingresar el de 0 euros, pues ya se había realizado el ingreso el 24 de agosto anterior.

En cuanto al valor comprobado de la parcela, se señala que el inmueble soportaba un gravamen al que había que sumar los gastos de urbanización y que, en un caso similar, se aplicó un valor inferior.

Asimismo se señala que no se ha respetado el procedimiento legalmente establecido, ni se han tenido en cuenta las alegaciones presentadas ni se han motivado suficientemente los actos administrativos.

**DÉCIMO.-** Por Acuerdo del Director General de Tributos de 11 de junio de 2009 se resuelve iniciar el procedimiento de revisión de oficio por nulidad de pleno derecho.

**UNDÉCIMO.-** El 21 de julio se notifica a la interesada la apertura del trámite de audiencia, presentando aquélla una solicitud de suspensión del procedimiento de recaudación en vía ejecutiva (apremio) de la liquidación cuya revisión se insta, considerando la interesada que concurren las circunstancias que legalmente justifican tal suspensión.

**DUODÉCIMO.-** El 22 de diciembre el Servicio Jurídico Tributario, de la Dirección General de Tributos, emite informe en el que reconduce el procedimiento a la normativa tributaria, en particular al artículo 217 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (LGT), reguladora de la revisión por nulidad de los actos jurídicos tributarios.

Reconoce el indicado Servicio que la liquidación impugnada incurre en error al ignorar la presentación de la declaración-liquidación el 24 de agosto de 2004 y tomar en consideración, únicamente, la de 24 de enero de 2005.

No obstante, las alegaciones esgrimidas por la interesada no son encuadrables en las tasadas causas de nulidad establecidas por la normativa tributaria, únicas que permiten la revisión de oficio de los actos administrativos. La fundamentación alegada por la interesada podría sustentar, si acaso, la anulabilidad del acto, pero para ello debería haberlo impugnado en plazo, a través de las vías de recurso y reclamación que le fueron ofrecidas. En atención a lo expuesto, el informe propone desestimar la solicitud de revisión de oficio.

**DECIMOTERCERO.-** Con fecha 12 de enero de 2010, el Servicio Jurídico de la Consejería de Economía y Hacienda emite informe en el que manifiesta que, aunque la interesada no especifica en su solicitud de revisión en qué causa de nulidad se basa su pretensión anulatoria, de los términos en que se expresa cabe deducir que se refiere a la contemplada en el artículo 217.1,

letra e) LGT, es decir, por haber sido dictado el acto impugnado prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido para ello, toda vez que expresamente alega el incumplimiento de las normas del procedimiento de gestión tributaria. Reitera los argumentos del informe emitido por el Servicio Jurídico de la Dirección General de Tributos y concluye señalando la procedencia de desestimar la revisión solicitada.

**DECIMOCUARTO.-** Recabado el preceptivo informe de la Dirección de los Servicios Jurídicos, se emite el 19 de enero, haciendo suya la argumentación del informe del Servicio Jurídico de la Secretaría General de la Consejería de Economía y Hacienda. Complementa dicha fundamentación con diversa jurisprudencia relativa a la calificación de la falta de motivación del acto como causa de anulabilidad y no de nulidad.

Concluye, en definitiva, declarando la procedencia de desestimar la solicitud.

En tal estado de tramitación y una vez incorporado un índice de documentos, se remite el expediente en solicitud de Dictamen, mediante escrito recibido en el Consejo Jurídico el pasado 26 de enero de 2010.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

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

De conformidad con 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, al versar sobre la revisión de oficio de un acto administrativo en materia tributaria, cuya declaración de nulidad se pretende.

#### **SEGUNDA.- Del 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.

Ha de precisarse aquí que, si bien la acción de nulidad se ejercita al amparo de la normativa reguladora del Procedimiento Administrativo Común (artículos 102 y ss LPAC), la tramitación del mismo se ha regido, acertadamente, por las normas específicas de la revisión de oficio de los actos dictados en materia tributaria, atendida la Disposición adicional quinta LPAC, apartado 2, que así lo establece.

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 en tanto que sujeto pasivo del tributo al que se refiere la liquidación cuya nulidad pretende, encontrándonos en presencia de un acto firme al no haber sido impugnado en plazo, invocada, aun tácitamente, una posible causa de nulidad y, a la vista de que tal acción es imprescriptible, procede dictaminar el fondo del asunto.

Cabe señalar, no obstante, que el expediente remitido al Consejo Jurídico carece del preceptivo extracto de secretaría, que exige el artículo 46.2 del Reglamento de Organización y Funcionamiento de este Órgano Consultivo, aprobado por Decreto 15/1998, de 2 de abril.

**TERCERA.- Sobre el fondo del asunto: inexistencia de causa de nulidad.**

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 carácter extraordinario ("*cauce de utilización excepcional y de carácter limitado*", según el Dictamen del Consejo de Estado núm. 3.380/98, de 8 de octubre) que es propio de los procedimientos de revisión de oficio que, en franca pugna con el principio de seguridad jurídica, deriva de su virtualidad para dejar sin efecto actos administrativos que han devenido firmes, impone una interpretación estricta de las normas reguladoras de esta vía impugnatoria y de las causas de nulidad que habilitan su uso, pues en definitiva se trata de abrir un nuevo debate fuera de los plazos preclusivos normales.

Atendido tan extraordinario carácter, este Dictamen se contrae de forma estricta a la determinación de si en el supuesto sometido a consulta concurren tales causas, sin efectuar una

valoración de la actuación administrativa desarrollada, más allá de lo que sea estrictamente necesario para determinar si se dan las circunstancias legales habilitantes para declarar la nulidad del acto administrativo impugnado.

Por otra parte, la excepcionalidad de esta institución y el carácter tasado de las causas en las que cabe sustentarla configuran una suerte de carga para el interesado que insta la nulidad, quien debe alegar la concurrencia de una o varias de tales causas en el acto objeto de la pretensión anulatoria, argumentando o razonando en qué medida y en atención a qué consideraciones el acto ha incurrido en tal o tales causas, no siendo suficiente a estos efectos una mera invocación *in genere* de existencia de nulidad. Bien es cierto que la mera omisión de la concreta causa de nulidad en la que se pretende amparar la acción ejercitada no es suficiente para inadmitirla en virtud del artículo 217.3 LGT, si de las alegaciones de la actora puede deducirse en cuál de ellas se basa, pero la insuficiencia argumentativa en una acción tan excepcional como la ejercida, necesariamente redundará en una mayor dificultad de estimación. Así ocurre en el supuesto sometido a Dictamen, en el que los servicios jurídicos preinformantes han considerado que la pretensión anulatoria se basa en la causa de nulidad contemplada por el artículo 217.1, letra e), es decir, por haberse dictado el acto impugnado prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido para ello. Considera el Consejo Jurídico, no obstante, que procedería haber requerido a la actora para que mejorara los términos de su solicitud con expresión de la causa o causas en las que pretendía basar su acción.

En cualquier caso, coincide el Consejo Jurídico con los órganos preinformantes en que las alegaciones formuladas constituyen una invocación tácita de la causa de nulidad contemplada en el artículo 217.1, letra e) LGT.

A tal efecto, ha de recordarse la constante doctrina, elaborada en interpretación del artículo 62.1, letra e) LPAC, pero trasladable a la revisión de los actos dictados en materia tributaria, dada la identidad de los términos utilizados por el artículo 217.1, letra e) LGT, según la cual para que opere esta causa de nulidad, el empleo de los dos adverbios "total y absolutamente" recalca *"la necesidad de que se haya prescindido por entero, de un modo manifiesto y terminante, del procedimiento obligado para elaborar el correspondiente acto administrativo; o bien de algunos de sus trámites esenciales que se pueda equiparar a esa omisión total. Junto a lo anterior, precisamente para ponderar la especial gravedad del vicio que se alega, ha de analizarse si se causó indefensión al interesado, para lo que habrán de tenerse en cuenta, entre otras circunstancias, las consecuencias que sufrió por tal conculcación y lo que hubiera podido variar el acto administrativo originario en caso de haberse observado el trámite omitido"* (Dictamen del

Consejo de Estado 670/2009). Y es que, en la interpretación estricta que demanda esta causa de nulidad, ha de ser puesta en relación con la función de garantía inherente a la exigencia de que el ejercicio de las potestades y competencias administrativas se actúe a través de un procedimiento, a la vez garantía de los ciudadanos y del interés público. Por ello, la eventual concurrencia de esta causa de nulidad no debe examinarse desde una perspectiva formalista, sino desde una óptica sustantiva, en la que lo decisivo no es tanto la ausencia de uno o varios trámites, como que no se hayan respetado los principios o reglas esenciales que informan el procedimiento (Dictamen del Consejo de Estado 2183/2003).

A la vista de la expresada doctrina, no se advierte en el supuesto sometido a consulta que se haya conculcado el procedimiento legalmente establecido para proceder a la comprobación de valores y a la liquidación resultante de aquélla y que pone fin al procedimiento de gestión tributaria, pues se ajustó a lo establecido en los artículos 57 y 134 LGT y consta que se confirió el trámite esencial de audiencia a la interesada, quien formuló alegaciones.

Manifiesta la actora que no se han tenido en cuenta sus alegaciones; sin embargo, el acto impugnado se basa en un nuevo dictamen de comprobación de valores, que se adjunta a la resolución y que ratifica los obtenidos en el primeramente emitido. Este nuevo dictamen expresamente manifiesta que se ha realizado tomando en consideración las alegaciones de la interesada, explicando la incidencia que en la valoración del bien inmueble tiene la cuota de urbanización expresada en la escritura aportada por la interesada y sin que se hayan acreditado otros costes de transformación distintos.

Vista la ausencia de mayores argumentaciones en defensa de la nulidad postulada ha de concluirse en la improcedencia de la pretensión, pues las alegaciones relativas a la no consideración de las presentadas con ocasión del trámite de audiencia, a la ausencia de motivación del acto y al error cometido por la Administración al considerar que la declaración-liquidación del impuesto de sucesiones se presentó el 24 de enero de 2005, cuando en realidad lo fue el 24 de agosto de 2004, no dejan de ser cuestiones de legalidad ordinaria que podrían haber sido esgrimidas en los procedimientos de recurso y reclamación que oportunamente se ofrecieron a la interesada y que ésta decidió no utilizar, dejando transcurrir los plazos preclusivos para su interposición, pero que no constituyen causa de nulidad alguna, de las tasadas en el artículo 217.3 LGT.

Es necesario, no obstante, efectuar alguna precisión o matización sobre lo dicho:

a) La regla general es que la falta de motivación no da lugar a la nulidad radical del acto sino sólo a su anulabilidad, como ilustra la jurisprudencia recogida en el informe de la Dirección de los Servicios Jurídicos. No obstante, es doctrina del Consejo de Estado (Dictamen 33/2006) que la omisión de la preceptiva motivación del acto administrativo conlleva su nulidad cuando con ello se haya producido indefensión. Así también la STSJ Galicia, de 10 de febrero de 1999, respecto de un acto de comprobación de valores que adolecía de la más mínima motivación, determinando con ello la indefensión del obligado tributario.

En el supuesto sometido a consulta, sin embargo, constan en el acto impugnado y en el dictamen de comprobación de valores, la expresión de los hechos y fundamentos de derecho en que se basan, no debiendo confundirse su sucinta mención con la total ausencia de motivación.

b) La alegación de haber efectuado una sobrevaloración del bien en relación con el valor otorgado a una parcela próxima, cabría ser entendida como una invocación tácita de la causa de nulidad prevista en el artículo 217.1, letra a) LGT, es decir, la lesión por el acto impugnado de un derecho susceptible de amparo constitucional como es el de igualdad.

La doctrina de este Consejo Jurídico (por todos, Dictamen 119/2007) señala que la cuestión esencial, así planteada, es de derecho o de interpretación jurídica, si bien requiere la compañía de un resultado fáctico o término de comparación, que es la actuación administrativa en situaciones semejantes. En el supuesto sometido a consulta, dicho término de comparación es el valor otorgado en certificación expedida por la Dirección General de Tributos a una parcela de iguales características, que se identifica por un número y por su titular. No obstante, no se especifica en el seno de qué procedimiento y con arreglo a qué criterios se efectuó esa valoración, ni el valor otorgado a la indicada finca, ni las características y ubicación exacta de la misma, etc. Ello impide considerar acreditado el elemento fáctico necesario para poder aplicar la doctrina constitucional relativa al detrimento del derecho de igualdad de los ciudadanos en la aplicación de la Ley.

El Tribunal Constitucional ha venido relacionando dicha lesión con la práctica, judicial o administrativa, que se aparta del precedente seguido en ocasiones anteriores. No significa que la Administración esté incapacitada para variar sus criterios en la aplicación de la Ley sino que, ante situaciones idénticas, su apartamiento del criterio habitualmente sostenido debe justificarse, siendo contrario al principio de igualdad que la separación de tal criterio se produzca de modo arbitrario, sin motivación o fundamento razonable o suficiente (por todas, STC 25/1987, de 26 de febrero). También respecto a la relación jurídico-tributaria rige, por supuesto, ese deber de motivar la separación del precedente, de lo que resulta la prohibición de introducir en la aplicación de las



normas tributarias discriminaciones que no deriven de los propios textos legales. Dicho en expresión concisa y breve empleada por la STC 55/1998, de 16 de marzo, el artículo 14 CE protege frente a una diferenciación de índole subjetiva.

En el supuesto sometido a consulta, la insuficiencia en la acreditación del precedente (obligado *tertium comparationis* cuya carga probatoria corresponde a la actora, STC 130/2007, de 4 de junio) impide considerar que la valoración del bien en que se basa la liquidación ahora impugnada se apartó de él o que la diferencia de valor otorgado a una y otra parcela no era razonable.

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

### **CONCLUSIÓN**

**ÚNICA.-** Se dictamina favorablemente la propuesta de resolución desestimatoria de la solicitud de revisión de oficio instada por la actora, toda vez que no se aprecia la concurrencia en el acto impugnado de causa de nulidad alguna.

No obstante, V.E. resolverá.



## DICTAMEN 107/2010

<b>Asunto</b>	Revisión de oficio del acuerdo plenario de 26-06-2006, por el que se aprobó definitivamente la modificación nº 1 del Plan Parcial "Los Cármenes", de las Torres de Cotillas.
<b>Consultante</b>	Ayuntamiento de Las Torres de Cotillas
<b>Fecha</b>	31/05/2010

### Extracto de Doctrina

Si se admite por el Ayuntamiento que con la modificación núm. 1 se produjo la de los espacios libres públicos previstos en el instrumento de planeamiento de desarrollo (que incorpora la modificación núm. 2 del Plan Parcial), conforme a lo indicado por la Dirección General del Territorio y Vivienda, el acuerdo en su día adoptado por el Pleno municipal del Ayuntamiento de Las Torres de Cotillas, en su sesión de 26 de junio de 2006, 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), al corresponder tal aprobación al Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma.

### ANTECEDENTES

**PRIMERO.-** El 26 de julio de 2006, el Pleno del Ayuntamiento de Las Torres de Cotillas aprobó definitivamente la modificación núm. 1 del Plan Parcial industrial "Los Cármenes", previos los informes técnicos y jurídicos favorables, para su adecuación a la modificación núm. 25 de las Normas Subsidiarias de Planeamiento del municipio (NNSS), concretamente a la Ordenanza I-4, zona industrial de transición a núcleos residenciales. Entre los antecedentes, figura que el primitivo Plan Parcial fue aprobado por el mismo órgano el 30 de julio de 2002.

**SEGUNDO.-** Posteriormente se recibe el informe de la Dirección General de Vivienda, Arquitectura y Urbanismo, de 17 de noviembre de 2006, en el que se señala:

*"1. Se han modificado los espacios libres públicos previstos en el Plan Parcial. Se debe justificar el interés público y analizar las afecciones resultantes para su posible indemnización. Su aprobación definitiva corresponde al Consejo de Gobierno de la CARM, previa aprobación provisional por el Ayuntamiento (artículo 149.3 LSRM)."*

2. *Los usos a los que se destinan los equipamientos de uso público (EP), deben ser los establecidos en el artículo 106.f.2 LSRM.*"

No consta en el expediente que se adoptara decisión alguna al respecto por parte de la Corporación Municipal tendente a revisar el acto de aprobación definitiva.

**TERCERO.-** El 5 de noviembre de 2009, la Junta de Gobierno Local aprueba inicialmente la modificación núm. 2 del Plan Parcial industrial "Los Cármenes", ordenando la información pública durante un mes y la petición de informe preceptivo a la Dirección General competente en la materia.

**CUARTO.-** La Dirección General del Territorio y Vivienda emite informe el 8 de enero de 2010 sobre la Modificación núm. 2 del Plan Parcial, en el que señala:

*"1. La ordenación de los espacios libres públicos recoge la propuesta de modificación de los mismos planteada en la modificación núm. 1 del Plan Parcial industrial Los Cármenes, que se encuentra afectada de unas deficiencias señaladas en el informe emitido desde esta Dirección General el día 17 de noviembre de 2006 y cuya aprobación definitiva corresponde al Consejo de Gobierno de la CARM:*

*a. Se han modificado los espacios libres públicos previstos en el Plan Parcial. Se debe justificar el interés público y analizar las afecciones resultantes para su posible indemnización. Su aprobación definitiva corresponde a Consejo de Gobierno de la Carm, previa aprobación provisional por el Ayuntamiento (...)*

*2. Se deben corregir las referencias normativas ya derogadas (Ley 2/2004).*

*3. Se han de tener en cuenta las determinaciones que procedan del Plan General en tramitación, que si bien remite a la ordenación del Plan Parcial se halla pendiente de concretar las condiciones relativas a las áreas de planeamiento incorporado.*

*El presente informe se emite sin perjuicio de lo que pueda apreciarse en el momento de conocer su aprobación definitiva, a cuyo efecto y de conformidad con el establecido en el artículo 149.3 de la antedicha ley, remita dicho proyecto una vez lo haya aprobado provisionalmente para que pueda proseguirse su tramitación en esta Administración, pues, en tanto en cuanto se constata que tal modificación conlleva una diferente zonificación o uso urbanístico de los espacios libres*

*públicos previstos en el planeamiento vigente y de conformidad con lo establecido en dicho artículo, su aprobación definitiva corresponde al Consejo de Gobierno de esta Comunidad.”*

**QUINTO.-** La Secretaria General del Ayuntamiento, a requerimiento de la Concejala Delegada del Área de Urbanismo, emite informe jurídico sobre la revisión del acuerdo de aprobación definitiva de la modificación núm. 1 del Plan Parcial Industrial “Los Cármenes”, en el que se señala que de las observaciones realizadas por la Dirección General competente en materia de urbanismo se desprende que la aprobación definitiva de aquella modificación debió adoptarse por el Consejo de Gobierno, en lugar del Pleno municipal, por lo que el acto de aprobación definitiva se encuentra viciado de nulidad de pleno derecho, al amparo de lo previsto en el artículo 62.1,b) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), detallando el procedimiento a seguir.

**SEXTO.-** A propuesta de la Concejala Delegada, el Pleno municipal adoptó, en su sesión de 25 de marzo de 2010, el acuerdo de iniciar el procedimiento de revisión de oficio para declarar la nulidad de pleno derecho del acto de aprobación definitiva de la modificación núm. 1 del Plan Parcial citado, de 26 de julio de 2006, dando un trámite de audiencia al promotor del Plan Parcial (Parque Industrial Los Cármenes, S.L.), en su condición de propietario único, que no presenta alegaciones, según diligencia del encargado de registro de 23 de abril.

**SÉPTIMO.-** En la misma fecha se propone por el Alcalde del Ayuntamiento de Las Torres de Cotillas la solicitud de Dictamen preceptivo al Consejo Jurídico, que se recaba el 4 de mayo de 2010, acompañando el expediente administrativo.

A la vista de los referidos Antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

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

Corresponde al Consejo Jurídico la emisión de Dictamen preceptivo 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 el 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”*.

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 (TRLSRM en lo sucesivo), 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, obrando la audiencia al promotor del Plan Parcial afectado, si bien se realizan las siguientes observaciones:

a) Para la emisión de Dictamen por este Consejo Jurídico en los procedimientos de revisión de oficio, el artículo 46.2,1º del Reglamento Orgánico y de Funcionamiento de este Órgano Consultivo, aprobado por Decreto 15/1998, de 2 de abril, exige la propuesta definitiva del acto que se somete a su parecer; en el presente caso, aun cuando pueda deducirse implícitamente del escrito de la Alcaldía de 23 de abril de 2010, proponiendo la solicitud de nuestro Dictamen, debería realizarse tal propuesta de forma explícita y motivada para su plena adecuación a la normativa citada.

b) Entre los actos de instrucción, resulta necesaria la emisión de un informe del técnico municipal, que ilustre al órgano que ha de adoptar la decisión sobre el alcance de la modificación de las zonas verdes previstas en el anterior Plan, cuya alteración motiva la concurrencia del vicio alegado, más aún cuando la modificación del Plan Parcial es de iniciativa particular. Debería completarse el expediente en tal sentido.

c) 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 “Los Cármenes”.

#### 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 de oficio, el transcurso de los tres meses desde su inicio sin dictarse resolución produce la caducidad del mismo, según el artículo 102.5 LPAC, sin que se haya adoptado la suspensión del plazo máximo para resolver y notificar la resolución por el órgano consultante, conforme al artículo 42.5, c) LPAC. En tal sentido, en nuestro Dictamen 16/2009 se justificó la doctrina de este Consejo Jurídico para no equiparar al órgano competente de la Administración regional con un mero interesado, a los efectos de entender desestimada la solicitud de revisión por el transcurso del plazo (artículo 102.5, último apartado, LPAC).

Por ello, incoado el procedimiento de revisión de oficio por acuerdo del Pleno de 25 de marzo de 2010, el mismo órgano dispone de tres meses para su resolución y notificación, que cumple el próximo 25 de junio.

**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 “Los Cármenes”, que desarrolla un sector previsto por las NNSS de Las Torres de Cotillas 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 del único propietario del sector único (--, S.L.), según la memoria del proyecto.

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, según los artículos 21.1,j) y 22.2,c) LBRL, respectivamente, si bien la aprobación inicial puede ser objeto de delegación, conforme a lo previsto en el artículo 21.3 de la citada Ley, correspondiendo en la actualidad a la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Las Torres de Cotillas, según el folio 20 del expediente.

En el caso que nos ocupa, que versa sobre la modificación de un Plan Parcial previsto, el procedimiento se ajustará 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 TRLSRM).

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 anterior

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 “Los Cármenes” 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 tendría que haber seguido el procedimiento cualificado indicado con anterioridad.

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 Concejala Delegada del Área de Urbanismo se propone al Pleno municipal, conforme al informe jurídico de la Secretaria de la Corporación de 12 de marzo de 2010, que se declare la nulidad de pleno derecho del acuerdo plenario de aprobación definitiva de la modificación núm. 1 del Plan Parcial industrial “Los Cármenes”, de 26 de junio de 2006, 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 (más de tres años después), se reconoce en sede municipal que la aprobación de la citada modificación conlleva la modificación de los espacios libres públicos, como advirtió el informe de la Dirección General competente en materia de urbanismo de 17 de noviembre de 2006 (folio 13), habiéndose obtenido tal conclusión sin necesidad de recabar para ello el informe del técnico municipal, lo que presupone que no se discute tal alteración por parte del Ayuntamiento, sin perjuicio de advertir la necesidad de recabar el correspondiente informe del técnico municipal que concrete en qué consiste la alteración de los espacios libres públicos y la justificación del interés público, en los términos indicados en el artículo 149.3 TRLSRM, previo a la aprobación provisional por el Pleno municipal, y posterior elevación al órgano competente de la Administración regional.

Conviene destacar, como se indicó en nuestro Dictamen 210/2009, que el procedimiento cualificado se aplica no sólo a 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, 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, si se admite por el Ayuntamiento que con la modificación núm. 1 se produjo la de los espacios libres públicos previstos en el instrumento de planeamiento de desarrollo (que incorpora la modificación núm. 2 del Plan Parcial), conforme a lo indicado por la Dirección General del Territorio y Vivienda, el acuerdo en su día adoptado por el Pleno municipal del Ayuntamiento de Las Torres de Cotillas, en su sesión de 26 de junio de 2006, 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), al corresponder tal aprobación al Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma.

Por último, se recuerda que el acuerdo que adopte el Pleno, declarando la nulidad de pleno derecho del acto de aprobación definitiva, debería recoger la conservación de las demás

actuaciones realizadas en la tramitación de la modificación núm. 1 del Plan Parcial “Los Cármenes” 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.

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

### **CONCLUSIÓN**

**ÚNICA.**- Se dictamina favorablemente la declaración de nulidad de pleno derecho del acuerdo de aprobación definitiva de la modificación núm. 1 del Plan Parcial “Los Cármenes” del municipio de Las Torres de Cotillas, elevada por la Alcaldía conforme a lo indicado por la Dirección General competente en la materia, al 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 108/2010**

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

**Consultante** Consejera de Sanidad y Consumo

**Fecha** 31/05/2010

**Extracto de Doctrina**

Nota: igual doctrina que la expresada en el Dictamen 2/2010.



**DICTAMEN 109/2010**

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

**Consultante** Consejera de Sanidad y Consumo

**Fecha** 31/05/2010

**Extracto de Doctrina**

Nota: igual doctrina que la expresada en el Dictamen 2/2010.



**DICTAMEN 110/2010**

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

**Consultante** Consejera de Sanidad y Consumo

**Fecha** 07/06/2010

**Extracto de Doctrina**

Nota: igual doctrina que la expresada en el Dictamen 2/2010.



## DICTAMEN 111/2010

<b>Asunto</b>	Resolución de contrato formalizado con la U.T.E. " - - ", S.A., y " - - ", S.A., por los servicios para la construcción de la nueva Casa Consistorial en el municipio de Las Torres de Cotillas.
<b>Consultante</b>	Ayuntamiento de Las Torres de Cotillas
<b>Fecha</b>	07/06/2010

### Extracto de Doctrina

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).

### ANTECEDENTES

**PRIMERO.-** Este Órgano Consultivo se remite a los Antecedentes descritos en nuestro Dictamen 67/2010 evacuado sobre este mismo asunto, destacándose no obstante las siguientes actuaciones anteriores, que inciden en las consideraciones del presente Dictamen, sobre la resolución del contrato sometida a consulta:

1ª) El 29 de enero de 2007 se formaliza por el Alcalde y el Gerente único de la contratista (Unión Temporal de Empresas --, S.A. y --, S.A., en lo sucesivo UTE) el contrato administrativo de obras para la ejecución de la "Casa Consistorial de Las Torres de Cotillas", haciéndose constar en las cláusulas cuarta y quinta lo siguiente:

*"El plazo de ejecución es de dieciséis (16) meses, contado desde el día siguiente a la firma del Acta de comprobación del replanteo, que se realizarán dentro del mes siguiente a la formalización del contrato.*

*(...) El contratista presta su conformidad al proyecto de la obra y al Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares que rige para este contrato, y se somete, para cuanto no se encuentra en él establecido, a los preceptos 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 y por el 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.”*

2ª) El acta de comprobación del replanteo se suscribe el 2 de mayo de 2007, en la que se refleja que “se dan comienzo los trabajos de construcción del citado Proyecto”, en tanto se ajusta a la parcela que el Ayuntamiento ha dispuesto a tal fin.

3ª) Con fecha 30 de julio de 2009, previos los informes correspondientes, el Pleno del Ayuntamiento de Las Torres de Cotillas acuerda aprobar el proyecto modificado, sin que proceda la revisión de precios, notificándolo a la dirección facultativa de la obra y a la contratista. El contrato modificado se formaliza el 11 de septiembre de 2009 -previo aumento de la garantía definitiva depositada por la adjudicataria-, por el Alcalde, en representación del Ayuntamiento, y por la contratista, y supone un incremento del coste total del contrato de 1.078.920,83 euros, incluido IVA, así como una prórroga del plazo de ejecución de tres meses, manteniéndose el resto del clausulado que contenía el contrato inicial.

Consta un acta de replanteo correspondiente al contrato modificado, de 14 de septiembre de 2009.

4ª) Previos los informes del arquitecto municipal de 21 de diciembre de 2009 y de 14 y 28 de enero de 2010, el Pleno del Ayuntamiento de Las Torres de Cotillas, en su sesión de 2 de febrero de 2010, acuerda el inicio del expediente de resolución contractual, por la demora de la contratista en el cumplimiento del plazo total, en aplicación de lo dispuesto en los artículos 111,e) y 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), siendo notificado a la contratista y a la avalista, de acuerdo con lo establecido en el artículo 109.1 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (RCAP).

5ª) Por escrito de 12 de febrero de 2010, x., en representación de la contratista, presenta escrito de oposición a la causa de resolución culpable del contrato, solicitando el archivo del procedimiento.

6ª) Previo informe de la Secretaria de la Corporación Municipal de 26 de febrero de 2006, se formula propuesta por la Concejalía correspondiente en la misma fecha, desestimando las alegaciones de la contratista, por cuanto ésta conocía en profundidad las características del

proyecto, aceptando la obra sin manifestar oposición y suscribiendo los documentos contractuales sin reserva. Tampoco admite la supuesta concesión tácita de la paralización de las obras, sostenida por aquélla, a la vista de las certificaciones aprobadas durante el supuesto plazo de suspensión, ni la alegada indefensión, habiéndose constatado, por otra parte, el práctico abandono de la obra.

Finalmente, concluye que ha quedado probado que la contratista ha incumplido el plazo total previsto en el contrato de ejecución de la referida obra, y el de la prórroga, por lo que concurre la causa de resolución prevista en el artículo 111,e) TRLCAP, resultando procedente la incautación de la fianza, en los términos previstos en el artículo 113, 4 y 5 del mismo Texto Refundido, que asciende a un montante de 259.067,23 euros.

**SEGUNDO.-** Remitido el expediente para la emisión de Dictamen por el Consejo Jurídico, es evacuado en su sesión de 12 de abril de 2010 bajo el número 67/2010, ya citado, en el siguiente sentido:

**PRIMERA.-** *Con carácter previo al pronunciamiento de este Órgano Consultivo sobre la procedencia de resolver el contrato por incumplimiento del plazo total para su ejecución por parte de la contratista (con incautación de fianza), se requiere que por el órgano instructor del presente procedimiento se recabe el informe de la dirección facultativa sobre el grado de terminación de las obras actualmente y, en el caso de haber finalizado, si éstas han de ser recibidas, en los términos expresados en la Consideración Cuarta, I.*

*También debería clarificarse por la citada dirección facultativa, si en la ejecución de las obras se acordó la paralización parcial de la mismas, aun cuando no se formalizara, mientras tanto se tramitara y aprobara el modificado, en el caso de que fuera exigible (artículo 146.4 TRCAP).*

**SEGUNDA.-** *Una vez completadas las actuaciones indicadas, en el caso de que el órgano instructor ratifique la propuesta elevada, que deberá ser sometida de nuevo al Dictamen preceptivo de este Consejo Jurídico, acompañando los trámites ulteriores, el órgano de contratación habrá de tener en cuenta el plazo de caducidad para la resolución y notificación del presente procedimiento, citado en la Consideración Segunda, 3), sin perjuicio de la posibilidad de iniciar uno nuevo conforme a nuestra doctrina.”*

**TERCERO.-** En su cumplimiento, la Alcaldía solicitó informe a la dirección facultativa de las obras, que lo emitió el 14 de abril de 2010 con el siguiente contenido:



*“Las obras de construcción de la Nueva Casa Consistorial de Las Torres de Cotillas, de las que son directores, se encuentran a fecha de hoy ejecutadas en un 92,24 % de su totalidad.*

*De las citadas obras han sido certificados, hasta la última certificación, la núm. 28 (5.974.364,20 euros) de un total de 6.476.680,83 euros, cantidad correspondiente al Presupuesto de Adjudicación del Proyecto Modificado núm. 1.*

*Por otro lado se informa, para que conste a los efectos oportunos, que quedan todavía por ejecutarse muchas de las partidas de obra correspondientes a las mejoras contenidas en la oferta de la empresa adjudicataria del contrato de obras.*

*Además, es necesario considerar que para la adecuada finalización de las obras, deben efectuarse todas las pruebas de puesta en marcha y mediciones pertinentes de las instalaciones y la reparación de todos los desperfectos, remates y correcciones necesarias en todas las unidades de obra (pinturas, solados, carpinterías, etc.) en mal estado, ya sea por incorrecta ejecución, deterioro a causa de las filtraciones o cualquier otra razón.*

*Asimismo se informa de que dichas obras no han sido paralizadas en ningún momento, habiendo sufrido sin embargo importantes retrasos y demoras no imputables a esta dirección facultativa ni a esta propiedad.”*

**CUARTO.-** A propuesta de la Concejala Delegada del Área de Urbanismo, el Pleno municipal acuerda, en su sesión de 19 de abril de 2010, ratificar el acuerdo anterior de 2 de febrero de 2010 y acordar la suspensión del plazo máximo legal para resolver el presente procedimiento, hasta la recepción del Dictamen de este Consejo Jurídico, en los términos establecidos en el artículo 42.5c) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), retrotrayendo los efectos de la suspensión al momento de la petición del Dictamen anterior. El citado acuerdo fue notificado a la contratista, sin que consten alegaciones.

**QUINTO.-** Con fecha 12 de mayo de 2010 se ha recabado el Dictamen preceptivo del Consejo Jurídico, acompañando las actuaciones complementarias citadas anteriormente.

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 presente Dictamen se emite con carácter preceptivo.

**SEGUNDA.- Normativa de aplicación y cuestiones procedimentales.**

1. Dentro de las prerrogativas que ostenta el órgano contratante (Pleno municipal) 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 los citados Texto Refundido y RCAP, de conformidad con 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 registrarán, en cuanto a sus efectos, cumplimiento y extinción, incluida su duración y régimen de prórrogas, por la normativa anterior”.*

2. El procedimiento seguido se ha ajustado a lo dispuesto en el artículo 109 RCAP, quedando pendiente de cumplimentar el último trámite, que es la emisión del presente Dictamen, al haber formulado oposición la contratista.

Ya se indicó en el Dictamen 67/2010, que no se sustentan los alegatos de la contratista de indefensión por defectos procedimentales, concretamente por la falta de notificación del informe del Arquitecto Municipal, que se limita a constatar que las obras no se encuentran finalizadas dentro del plazo previsto, puesto que, tras el otorgamiento del trámite de audiencia, la UTE podría haber solicitado copia de la documentación existente en el procedimiento de resolución, de acuerdo con lo previsto en el artículo 35. a) LPAC, sin que exista constancia de que hiciera uso de tal derecho. De otra parte, los informes del arquitecto municipal, como se ha indicado, se limitan a comprobar el estado en que se encuentran las obras, lo que es conocido por la contratista, en tanto su representante manifiesta que *“a la fecha en que se formula el presente escrito de alegaciones, se han certificado 5.974.364,20 euros, lo que equivale a 92,24 % del presupuesto del contrato con fecha diciembre de 2009”*; por tanto, se viene a reconocer que a la citada fecha no habían concluido totalmente las obras, que es lo que únicamente constata el técnico municipal.

En el posterior informe de la dirección facultativa, de 14 de abril de 2010, se constata el mismo porcentaje de incumplimiento señalado por la contratista, sin que en tal informe se aporten cuestiones nuevas, a efectos de requerir el otorgamiento de un nuevo trámite de audiencia a la misma (artículo 84.4 LPAC); pese a ello se le ha notificado el nuevo acuerdo Plenario de 19 de abril de 2010, que ordena la suspensión del plazo para resolver, en el que se contienen las nuevas actuaciones, sin que se haya personado en el procedimiento, ni haya formulado alegaciones, según la documentación remitida.

3. En lo que se refiere al plazo para adoptar la resolución del contrato, conforme a nuestra doctrina contenida, entre otros, en el Dictamen 90/2009, en relación con la caducidad en los procedimientos de resolución contractual iniciados de oficio, ya se indicó por este Consejo Jurídico que el órgano de contratación disponía de tres meses para adoptar y notificar la resolución (artículos 44.2 y 42.3 LPAC), salvo que se acordara la suspensión del plazo el tiempo que media entre la petición y la recepción de nuestro Dictamen (artículo 42.5,c LPAC). Este efecto suspensivo ha sido adoptado mediante el acuerdo Plenario de 19 de abril de 2010 (notificado el día 21 a la contratista, según el acuse de recibo), si bien ha de matizarse que sus efectos no pueden extenderse retroactivamente, como sostiene el citado acuerdo, sino a partir de su notificación a la contratista, por lo que el órgano de contratación sólo dispondrá -para resolver y notificar el presente procedimiento-, una vez registrado de entrada nuestro Dictamen en el Ayuntamiento consultante, los días que restan desde el 21 de abril hasta el 2 de mayo, fecha en la que finalizaba el plazo de resolución de tres meses desde la iniciación del procedimiento (el 2 de febrero de 2010).

**TERCERA.- Cuestiones previas: plazo para la ejecución de las obras y estado de las mismas.**

1. Plazo para la ejecución de las obras.

En el Dictamen anterior sobre este mismo asunto (núm. 67/2010), este Consejo Jurídico analizó detenidamente la incidencia del requisito temporal en la ejecución del contrato, a cuyas consideraciones se remite, alcanzando la conclusión de que el plazo de ejecución se encontraba cumplido el 15 diciembre de 2009, teniendo en cuenta que con la aprobación de la modificación del contrato, suscrito por el representante de la Administración y la contratista el 11 de septiembre de 2009, se otorgaba una prórroga del plazo de ejecución de tres meses, según la estipulación segunda, contado desde el día siguiente al acta de comprobación del replanteo del modificado, formalizada el 14 de septiembre de 2009, superando en exceso las previsiones iniciales del

contrato suscrito (de 16 meses a 32 meses reales). A lo anterior cabe añadir que la dirección facultativa, en ningún caso, acordó la paralización de las obras, habiendo sufrido importantes retrasos no imputables a la propiedad, según informa el 14 de abril de 2004.

## 2. Estado de las obras.

Existe coincidencia entre las partes del contrato de que las obras no habían finalizado el 15 de diciembre de 2009, ni posteriormente, según detallan los informes del arquitecto municipal y corrobora la dirección facultativa en su informe de 14 de abril de 2010 (4 meses después), evacuado a instancia de este Órgano Consultivo, al indicar que a dicha fecha han sido ejecutadas el 92,24 %, coincidiendo con el porcentaje reconocido por la contratista en su escrito de alegaciones, aunque ésta pretendiera dar a entender que las obras prácticamente habían acabado, si bien, dos meses después, continúan en el mismo estado, aún pendientes de su finalización, según se desprende del informe de la dirección facultativa, que añade a lo anterior lo siguiente: *“quedan todavía por ejecutarse muchas de las partidas de obra correspondientes a las mejoras contenidas en la oferta de las empresa adjudicataria del contrato de obras”*.

Por lo tanto, al haberse mantenido el presupuesto de partida del presente procedimiento, en cuanto que las obras no han terminado en la actualidad, habiendo incurrido en mora la contratista, el órgano de contratación está facultado (artículo 95.2 TRLCAP) para la resolución del contrato.

### **CUARTA.- 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 los artículos 95 y 111, 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 y según los informes obrantes en el expediente, a la fecha establecida para la terminación de las obras (15 de diciembre de 2009), éstas no habían sido culminadas puesto que, de acuerdo con el informe de la dirección facultativa de 14 de abril de 2010, se encuentran ejecutadas en un 92,24 %, habiéndose certificado 5.974.364,20 euros de un total de 6.476.860,83 euros. Ya cuatro meses antes, el 21 de diciembre de 2009, se había constatado por el arquitecto municipal que las obras no se habían terminado, pese a lo cual la contratista ha dispuesto de un periodo adicional posterior para culminar los trabajos, dado que el órgano de contratación no acordó ninguna medida cautelar durante la tramitación del presente procedimiento de resolución contractual.

La no terminación de las obras es asimismo reconocida por la contratista quien, en sus alegaciones, admite expresamente que se había ejecutado a fecha 10 de febrero de 2010 el 92,24 %, si bien indicaba seguidamente que su voluntad era la de proceder a su finalización de inmediato, lo que también ha incumplido de forma patente y manifiesta, pues dos meses después las obras siguen en el mismo estado de inacabadas, como se ha indicado anteriormente.

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). En el presente caso se ha incumplido el plazo para la ejecución del contrato por parte de la contratista, lo que ha determinado la concurrencia de otra causa de resolución, íntimamente ligada al retraso en la ejecución de las obras y en cierto modo consecuencia del mismo, como es el incumplimiento de las obligaciones esenciales del contrato, ex artículo 111, letra g) TRLCAP, entre las cuales se cuenta, como esencialísima, la ejecución de la prestación que constituye su objeto, la obra, que no ha sido terminada por el contratista ni ha sido posible su culminación aun fuera de plazo.

## II. Incumplimiento culpable.

Siendo manifiesto el incumplimiento del plazo de ejecución de las obras, resta por determinar si éste es imputable a la contratista, lo que constituiría un incumplimiento culpable y, en consecuencia, determinaría la incautación de la garantía definitiva constituida (artículo 113.4 TRLCAP), como propone el Ayuntamiento.

Como justificación del incumplimiento del plazo de ejecución de las obras, la contratista esgrime, a modo de circunstancia obstativa del cumplimiento en plazo de su obligación, que se habían suspendido las obras tácitamente a la espera de la tramitación del modificado, cuya aprobación por el órgano de contratación se demoró en el tiempo (no se aprobó hasta el 30 de julio de 2009). Sin embargo, las obras en ningún momento fueron paralizadas, como confirma la dirección facultativa, y lo verifica la emisión de certificaciones parciales correspondientes a las obras que se iban realizando por la contratista (un total de 25 certificaciones antes de la aprobación del modificado, que otorgaba una prórroga de 3 meses), como se detalla en el expediente. A título de ejemplo, la certificación núm. 6, correspondiente al mes de marzo de 2008, con fecha de emisión de 17 de abril de 2008, fue por importe de 1.261.918,06 euros; o la certificación núm. 22, de 3 de junio de 2009, aprobada el 18 siguiente, ascendió a 428.205,69 euros. Por lo tanto, el argumento de concesión tácita de paralización de las obras iría en contra de los propios actos de la contratista, que contradicen totalmente su alegato.

De otra parte, como refiere el informe de la Secretaria de la Corporación Municipal, de 26 de febrero de 2010, no puede entenderse otorgada la suspensión tácitamente, como argumenta la contratista, puesto que al conllevar alteración del plazo inicialmente previsto y, por tanto, de uno de los elementos del contrato, debe ser acordada por el órgano de contratación motivadamente por razones de interés público por necesidades nuevas o causas imprevistas, según lo dispuesto en el artículo 101.1 TRLCAP, sin que tal suspensión haya sido acordado por el órgano de contratación, ni ha sido propuesta por la dirección facultativa, ni tampoco se desprende de la actuación de la contratista, que ha continuado con los trabajos, antes de que fuera aprobado el modificado. Ha de tenerse en cuenta a este respecto que no toda modificación del contrato conlleva necesariamente la suspensión de las obras, como se advierte de los términos literales en que se expresa el artículo 146.4 TRLCAP, cuyo primer inciso "*cuando la tramitación de una modificación exija la suspensión*", interpretado a *sensu contrario*, admite la posibilidad de modificaciones que no lleven aparejadas de forma ineludible la suspensión de las obras (Dictamen de este Consejo Jurídico núm. 166/2005).

A mayor abundamiento, el contrato modificado, suscrito por ambas partes el 11 de septiembre de 2009, expresamente estipula la prórroga del plazo de tres meses para la terminación del contrato, manteniendo el resto de clausulado, por lo que en todo caso, haciendo abstracción de

las vicisitudes del plazo durante el periodo anterior citadas en el Dictamen 67/2010, el plazo terminó el 15 de diciembre de 2009, conforme al acta de comprobación del replanteo suscrita por la contratista, quien no puso reparos.

Así pues, 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 a la contratista de las responsabilidades contraídas por el retraso y abandono de la ejecución de las obras que 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 constituida, de acuerdo con lo establecido en el artículo 113.5 TRLCAP.

**QUINTA.- Efectos de la resolución: 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 de la contratista, y siendo necesaria la citación de ésta en el domicilio que figure en el expediente de contratación, para su asistencia al acto de comprobación y medición.

El Ayuntamiento debe proceder a efectuar dicha liquidación con audiencia de la contratista a fin de que ésta pueda, si así lo estima pertinente, impugnarla.

2. Para supuestos como el que se dictamina, es decir, resolución contractual imputable a la contratista, el artículo 113.4 TRLCAP no sólo establece, como apuntábamos con anterioridad, el efecto de la incautación de la garantía, sino también 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 asunto que nos ocupa, el Acuerdo que se propone al Pleno, si bien determina la incautación de la garantía prestada por la contratista, tanto la inicial, como la correspondiente al modificado, por un importe de 259.067,23 euros, no hace alusión al otro efecto (determinación de la indemnización por los posibles daños y perjuicios ocasionados al Ayuntamiento), lo que exigiría, en todo caso, un 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, siempre y cuando excedieran de la garantía incautada. 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.

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

### **CONCLUSIONES**

**PRIMERA.**- Se dictamina favorablemente la propuesta de resolución contractual sometida a consulta en cuanto procede la resolución del contrato por causa imputable a la contratista, con incautación de la garantía definitiva prestada por ésta, por las razones expresadas en la Consideración Cuarta de este Dictamen, siempre y cuando se adopte por el órgano de contratación antes de la fecha indicada en la Consideración Segunda.

**SEGUNDA.**- Procede ordenar la liquidación de las cantidades que correspondan, en su caso, a los trabajos efectivamente realizados, así como, si procede, incoar procedimiento contradictorio para la fijación de la indemnización a favor del Ayuntamiento de los daños y perjuicios ocasionados, en lo que exceda 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.S. resolverá.





**DICTAMEN 112/2010**

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

**Consultante** Consejera de Sanidad y Consumo

**Fecha** 07/06/2010

**Extracto de Doctrina**

Nota: igual doctrina que le expresada en el Dictamen 2/2010.



**DICTAMEN 113/2010**

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

**Consultante** Consejera de Sanidad y Consumo

**Fecha** 07/06/2010

**Extracto de Doctrina**

Nota: igual doctrina que la expresada en el Dictamen 2/2010.



## DICTAMEN 114/2010

<b>Asunto</b>	Anteproyecto de ley por el que se modifica la Ley 14/2009, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia para el ejercicio 2010.
<b>Consultante</b>	Consejera de Economía y Hacienda
<b>Fecha</b>	08/05/2010

### Extracto de Doctrina

El Anteproyecto se inscribe en el marco de la normativa estatal de medidas extraordinarias para la reducción del déficit público, contenida en el Real Decreto Ley 8/2010, de 20 de mayo, ya citado. Éste, a su vez, tiene su origen en el Procedimiento por Déficit Excesivo incoado a España por la Unión Europea, a partir del cual se impone el objetivo de reducir el déficit para el conjunto de las Administraciones Públicas Españolas hasta el 3 por ciento del Producto Interior Bruto.

### ANTECEDENTES

**PRIMERO.-** La Consejería de Presidencia y Administraciones Públicas, a través de la Dirección General de Empleo Público, remitió a la Directora General de Presupuestos un Anteproyecto de ley de modificación del texto articulado de la Ley 14/2009, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia para el ejercicio 2010, adjuntando una memoria emitida por la misma Dirección General con la justificación de los aspectos materiales y formales de la iniciativa (1 de junio de 2006).

**SEGUNDO.-** En la instrucción del procedimiento constan las siguientes actuaciones:

a) Memoria de la Dirección General de Presupuestos, de 2 de junio de 2010, justificativa de las modificaciones a introducir en el Anteproyecto respecto al contenido del texto vigente, en especial de los contenidos que no se refieren al régimen retributivo del personal.

b) Informe de impacto por razón de género, de 2 de junio de 2010, que no aprecia incidencia en cuanto a género en dicho Anteproyecto.

c) Informe jurídico de Vicesecretaría, igualmente de 2 de junio de 2010, favorable al Anteproyecto.

d) También el 2 de junio de 2010, la Directora General de Presupuestos remitió el expediente a la Secretaría General de la Consejería de Economía y Hacienda, haciendo constar que en el Anteproyecto se ha incluido una modificación de la Disposición adicional séptima de la Ley 14/2009 que había sido propuesta en expediente anterior, pendiente de ser aprobado, a iniciativa de la Consejería de Educación, Formación y Empleo de 13 de abril de 2010, sobre la que la Intervención General emitió un informe el 22 de abril de dicho año, con observaciones que se han incorporado al texto.

**TERCERO.-** Previa intervención de la Comisión de Secretarios Generales en su reunión de 2 de junio de 2010, el 4 de junio siguiente el Consejo de Gobierno acordó, a propuesta de la Consejera de Economía y Hacienda, competente por razón de la materia, que se recabase el Dictamen preceptivo del Consejo Jurídico, lo que se hizo mediante escrito registrado de entrada el siguiente día 7 de dicho mes y año. Se solicita la emisión del Dictamen con carácter urgente, dada la fecha de entrada en vigor del Real Decreto Ley 8/2010, de 20 de mayo, por el que se adoptan medidas extraordinarias para la reducción del déficit público.

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 y las que la modifican gozan de las características generales de las leyes, a pesar de sus peculiaridades materiales y procedimentales.

También es procedente emitir el Dictamen con la urgencia solicitada, porque son evidentes las razones competenciales e institucionales por las cuales las Comunidades Autónomas deben corresponsabilizarse en el cumplimiento de los objetivos de reducción del déficit público que han de cumplirse en el seno de la Unión Europea, además de por la fecha de entrada en vigor del Real Decreto Ley citado.

#### **SEGUNDA.- Contenido, motivación y procedimiento.**

I. El Anteproyecto sometido a Dictamen se compone de una Exposición de Motivos y de un artículo único, a través de cuyos diferentes apartados se modifican, de la Ley 14/2009, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia para el ejercicio 2010, los artículos 23.2 (incremento de retribuciones del personal al servicio del sector público regional), 24 (retribuciones del personal al servicio del sector público regional sometido a régimen administrativo y estatutario), 25 (retribuciones del personal laboral del sector público regional), 27 (retribuciones de los miembros del Consejo de Gobierno y Altos Cargos de la Administración Pública), 28 (retribuciones del personal funcionario al servicio de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia), y 30 (retribuciones del personal estatutario del Servicio Murciano de Salud).

También se modifican las Disposiciones adicionales quinta (infraestructuras financiadas con fondos públicos y privados) y decimoséptima (inclusión de cláusulas de pago aplazado en determinados contratos relativos a infraestructuras educativas). Se añade una nueva Disposición adicional, la decimonovena, prohibiendo la creación de entidades del sector público regional.

La modificación de los artículos primeramente citados se motiva en el Real Decreto Ley 8/2010, de 20 de mayo, por el que se adoptan medidas extraordinarias para la reducción del déficit público, que fue convalidado por el Congreso de los Diputados el 27 de mayo. Siguiendo la citada norma, se trasponen los preceptos sobre gastos de personal de las distintas Administraciones Públicas, que son básicos (art. 149.1, 18ª CE, bases del régimen jurídico de los funcionarios públicos). Además de ello, y argumentando la responsabilidad de los gestores políticos, el Anteproyecto minorra las retribuciones de los miembros del Consejo de Gobierno, Altos Cargos de la Administración General, Organismos Públicos y demás entramado del sector público regional, equiparándolas a los de los homólogos de la Administración General del Estado que, igualmente, han sido reducidas.

La modificación de la Disposición adicional quinta viene motivada por la necesidad de reforzar la disciplina presupuestaria en los proyectos de inversión en infraestructuras que se financien con fondos públicos, en el sentido de exigir informe preceptivo y vinculante de la Dirección General de Presupuestos sobre la incidencia de dichos proyectos en el cumplimiento del objetivo de estabilidad presupuestaria; igual motivo tiene la modificación de la Disposición adicional decimoséptima, al introducir un informe preceptivo y vinculante sobre la incidencia del aplazamiento de pago de determinadas obras de infraestructuras educativas en el cumplimiento del objetivo de estabilidad presupuestaria. El apartado diez del artículo único del Anteproyecto introduce una nueva disposición adicional, decimonovena, prohibiendo la creación de nuevos

organismos públicos, otras entidades de derecho público, consorcios, fundaciones y sociedades mercantiles, en el sector público regional, excepto las que se produzcan como consecuencia de una reestructuración del sector público regional y cuenten con el informe preceptivo y favorable de la Dirección General de Presupuestos

II. Examinado el Anteproyecto puede afirmarse que el conjunto de su contenido se encuentra dentro de los límites constitucionales que le son propios. No es necesario reiterar aquí lo expresado en anteriores dictámenes sobre el contenido que la Constitución asigna a las Leyes de Presupuestos Generales de las Comunidades Autónomas (Dictamen 189/2009).

III. Procedimiento. Teniendo en cuenta las peculiaridades y circunstancias en que se elabora el Anteproyecto, pueden considerarse formalmente cumplidas las prescripciones legales sobre el procedimiento. No obstante, y desde el plano material, el fundamento de la norma aconseja que se una al expediente un informe con los datos de minoración del gasto que la aplicación de la Ley producirá, con el consiguiente impacto en la reducción del déficit, dato que también se debiera hacer constar.

**TERCERA. Engarce del Anteproyecto con la normativa de la que trae causa.**

El Anteproyecto se inscribe en el marco de la normativa estatal de medidas extraordinarias para la reducción del déficit público, contenida en el Real Decreto Ley 8/2010, de 20 de mayo, ya citado. Éste, a su vez, tiene su origen en el Procedimiento por Déficit Excesivo incoado a España por la Unión Europea, a partir del cual se impone el objetivo de reducir el déficit para el conjunto de las Administraciones Públicas Españolas hasta el 3 por ciento del Productor Interior Bruto; en ese ámbito, el Consejo de Política Fiscal y Financiera aprobó el Acuerdo Marco con las Comunidades Autónomas sobre sostenibilidad de las finanzas públicas entre los años 2010-2013, según la Exposición de Motivos del Real Decreto Ley, debiendo presumirse que todo ello se realiza en pro del 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.

Con tal finalidad extraordinaria de reducción del déficit público de todas las Administraciones, el Real Decreto Ley adopta medidas de carácter básico sobre minoración de retribuciones del personal al servicio de las mismas (art. 149.1,18ª CE), sobre congelación de pensiones y modificación de prestaciones de la Seguridad Social (art. 149.1,17ª CE), y otras, entre las que se encuentran las de reducción de gasto en productos farmacéuticos (art. 149.1,16ª CE).

En la Disposición final primera esgrime, además, como título competencial de las medidas adoptadas, el artículo 149.1, 13ª CE -bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica- y cita, igualmente, el artículo 156.1, según el cual la autonomía financiera de las Comunidades Autónomas debe ejercerse con arreglo a los principios de coordinación con la Hacienda estatal y de solidaridad entre todos los españoles. Como aspecto concreto de esa situación, en el caso de la disminución de las retribuciones del personal laboral, el Real Decreto Ley afecta directamente al Acuerdo Gobierno-Sindicatos para la función pública (años 2010-2012), que preveía para el año 2010 un incremento de retribuciones del 0,3 por ciento; pues bien, el Estado se separa unilateralmente del Acuerdo con el apoyo que le da la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, que en su artículo 38.10 faculta a las Administraciones Públicas para no cumplir tales acuerdos *“excepcionalmente y por causa grave de interés público derivada de una alteración sustancial de las circunstancias económicas”*, en la medida estrictamente necesaria para salvaguardar el interés público.

El Anteproyecto dictaminado recoge las medidas derivadas del cumplimiento de la normativa básica estatal en materia de retribuciones del sector público y su incremento anual (disminución en este caso) 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 la Ley de Presupuestos Generales del Estado según el artículo 149.1, 18ª CE, y añade otras medidas que son de disciplina presupuestaria o de control de gasto, pero no de reducción de déficit.

En aquel contexto extraordinario y de gravedad, el contenido del Anteproyecto parece tímido y, sin salir del ámbito propio de la Ley de Presupuestos Generales, a la que modifica, parece que podría plantearse otras disposiciones que, en el mismo grado de prudencia y con equidad, ampliasen las posibilidades de reducción del déficit. En esas condiciones de especial dificultad financiera, a través de la reducción de los gastos de personal establecida, la legislación estatal, básica y de su competencia exclusiva, efectúa, en realidad, una reducción del gasto en la prestación de los servicios públicos de gestión directa financiados por los Presupuestos Generales, lo que viene a significar, analógicamente, la posibilidad de trasladar esa reducción, también, al ámbito de los servicios públicos gestionados indirectamente, y financiados por fondos públicos.

Así, en concreto, y al margen de que la autorización de los costes de personal de las universidades públicas de la Región también habría de ser revisada (art. 47 Ley 14/2009), el artículo 46 de la tan citada Ley 14/2009 regula los módulos económicos de distribución de fondos públicos para el sostenimiento de centros concertados, con invocación del artículo 117 de la Ley

Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, que en el apartado 4 dispone que *“las cantidades correspondientes a los salarios del personal docente (de los centros concertados), posibilitarán la equiparación gradual de su remuneración con la del profesorado público de las respectivas etapas”*. A su vez, la Disposición adicional vigesimoséptima de dicha Ley Orgánica, relativa a la revisión de los módulos de conciertos, dispone que, durante el periodo de aplicación de la Ley, todas las partidas de tales módulos se revisarán anualmente en un porcentaje equivalente al de las retribuciones de los funcionarios públicos dependientes de las Administraciones del Estado. Así pues, el servicio público de educación no universitaria de gestión indirecta puede jurídicamente ser objeto de reducción presupuestaria, lo que se evidencia, en la praxis, si se comparan las cuantías de los módulos consignadas en los Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma y en los Presupuestos Generales del Estado, que operan como mínimos, según el artículo 117.2 de la Ley Orgánica 2/2006.

Junto a ello debe señalarse que, en el caso de otros servicios públicos de gestión indirecta, la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, permite la modificación unilateral del objeto de los contratos y de sus demás elementos, dentro del régimen jurídico previsto en la normativa vigente.

#### **CUARTA.- Sobre el texto del Anteproyecto.**

Siguiendo lo ya reseñado en las consideraciones anteriores, el Consejo Jurídico ha de resaltar, en particular, que la Exposición de Motivos del Anteproyecto debiera elevarse respecto a la mera transposición del Real Decreto Ley, apelando, además de a las normas, a los datos e instrumentos jurídicos que originan tan extraordinaria situación. En concordancia, el título del Anteproyecto debiera informar sobre su contenido material, refiriéndolo a las medidas que se adoptan. A la vez, debiera repasarse el texto y depurarse de expresiones inadecuadas, o incorrectas, tales como: *“(...) la excepción a ello lo tenemos (...)”*; y *“(...) se acomete las minoraciones (...)”*.

En cuanto a la redacción del artículo único, debiera mejorarse con la inclusión de las preposiciones y artículos que se omiten a veces (por ejemplo, en el apartado 4, modificación del artículo 27.3, b, línea primera).

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



## **CONCLUSIONES**

**PRIMERA.**- El Anteproyecto sometido a Dictamen responde en su contenido a las determinaciones que, según la doctrina del Tribunal Constitucional, son propias de la naturaleza de la norma a la que modifica.

**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 115/2010**

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

**Consultante** Consejera de Sanidad y Consumo

**Fecha** 16/06/2010

**Extracto de Doctrina**

La determinación de si la asistencia sanitaria se ajusta o no a normopraxis descansa, de forma necesaria, en la apreciación efectuada por profesionales de la medicina, pues sólo ellos poseen los conocimientos especializados precisos para una adecuada valoración de los actos médicos en el contexto concreto que presenta cada supuesto. Siendo necesarios, por tanto, conocimientos científicos para valorar hechos o circunstancias relevantes en el asunto -artículo 335 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil-, 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.

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** Mediante escrito dirigido al Servicio Murciano de Salud presentado el 10 de agosto de 2007, x. formuló reclamación de responsabilidad patrimonial. En síntesis, según el reclamante, desde hace años viene padeciendo un cuadro de lumbalgia crónica a consecuencia de diversas hernias y protrusiones discales que han ido desarrollándose a lo largo de los años; en concreto, padece hernia discal medio lateral L3-L4 y protrusiones discales L4-L5 y L5-S1. Asimismo viene padeciendo un cuadro de cervicobraquialgia derecha a consecuencia de una protrusión discal C3-C4, impronta osteofitaria C5-C6 y estenosis focal del canal C3-C4. Durante todos estos años había venido siendo tratado con antiinflamatorios, infiltraciones y tratamiento

rehabilitador en las fases de agudización de la enfermedad, puesto que en el año 1999 el Servicio de Neurología del hospital “*Virgen de la Arrixaca*” le recomendó expresamente no intervenirle quirúrgicamente. Añade que en el mes de septiembre del año 2004 estuvo ingresado en el hospital “*Morales Meseguer*”, desde el 15 de septiembre al 8 de octubre y, tras realizarle varias infiltraciones a nivel L3-L4, fue dado de alta, remitiéndole a la unidad de raquis con objeto de programar intervención quirúrgica, intervención que finalmente no se llevó a cabo por prescripción facultativa.

Así las cosas, con fecha 30 de julio de 2006 acudió al Servicio de Urgencias del hospital “*Reina Sofía*” por dolor en región lumbar, siendo diagnosticado de lumbociatalgia derecha incoercible. Tras ser valorado por dicho servicio se le remite a Traumatología, donde se decide realizar tratamiento quirúrgico de hernia discal L3-L4. Fue intervenido el 18 de agosto de 2006 por el Dr. x. Durante la intervención se produjo una hemorragia, por la que entró en shock hipovolémico, debiendo interrumpirse la intervención, aplicando hemostáticos locales para cerrar la herida. El día después de dicha intervención sufrió un agravamiento de la debilidad para la flexoextensión de rodilla y tobillo derecho y de la hipoestesia en territorio L3-L4-L5-S1, manifestándose además una arreflexia en la exploración motora y fuerza 1/5 en grupos dependientes de las citadas raíces.

Ante esa situación, se reinterviene de urgencia el día 19 de agosto, pero, en la intervención, tras retirar los hemostáticos, la hemorragia se reactiva, por lo que es necesario volver a colocarlos para evitar el sangrado.

Cuando se intenta ampliar la laminectomía vuelve el sangrado, por lo que se desiste, llevándose a cabo una fijación pedicular L3-L4 bilateral con el sistema Array.

Finalmente, el 25 de agosto de 2005 (debe ser 2006), es dado de alta, y sigue realizando rehabilitación, presentando en la actualidad paresia de todo el miembro inferior derecho, por la que precisa silla de ruedas y ayuda de una tercera persona para la vida cotidiana, por lo que previsiblemente no podrá reincorporarse a la actividad laboral.

Considera que existe una relación causa efecto entre la acción/omisión administrativa y el resultado dañoso, por cuanto estima que: a) se le practicó una intervención la cual había sido no recomendada en otras dos ocasiones por parte de los propios especialistas de la seguridad social; b) en la ejecución de la intervención realizada se produjeron una serie de actuaciones por parte del doctor que la realizó que provocaron las secuelas irreversibles que ahora padece y que están fuera de los riesgos normales de dicha operación; c) porque tras dos intervenciones quirúrgicas, y con

los resultados ya expuestos, resulta que la hernia de la cual se le iba a operar sigue sin ser extirpada y sigue oprimiendo además el saco tecal; y d) no fue informado de la totalidad de los efectos secundarios o consecuencias que podía conllevar la citada intervención, ya que caso de saberlos en su totalidad no se la hubiera realizado. Añade que la inadecuación de la intervención realizada se acreditará con el informe, que aportará en su momento, del facultativo que le está atendiendo actualmente, y por el hecho de que la hernia en cuestión sigue existiendo.

Respecto de los concretos daños por los que reclama, señala que, al seguir en tratamiento rehabilitador, aún no los puede cuantificar, lo que hará en su momento. Propone diversa prueba documental y testifical, sin concretar en este segundo caso. Aporta copia del documento de alta el 25 de agosto de 2006 tras las intervenciones realizadas en el hospital “Reina Sofía” y de una resonancia magnética de 26 de enero de 2007.

**SEGUNDO.-** Con fecha 19 de octubre de 2007 se dictó resolución de admisión a trámite de la reclamación, que fue notificada a las partes interesadas. Asimismo, se solicitó copia de la historia clínica del reclamante a los citados hospitales.

**TERCERO.-** Mediante oficio de 16 de octubre de 2007, el hospital “Reina Sofía” remitió copia de la historia clínica del reclamante y un informe del Dr. x., que allí lo intervino, en el que realiza un detallado análisis del caso, abordando las cuestiones planteadas del siguiente modo:

**“1) Respecto a la cirugía que se desestimó en otras dos ocasiones (Servicio de Neurocirugía del Hospital Virgen de la Arrixaca y Servicio de Traumatología — Unidad de Columna del Hospital Morales Meseguer):**

*El paciente padecía lumbalgias y ciatalgias invalidantes y crónicas por las que había sido valorado en otros servicios. Dichas lumbociatalgias se derivaban de espondiloartrosis, protrusiones y hernias discales múltiples (LA-5 y L5-S1) las cuales fueron estudiadas con EMG, RMN y evaluación clínica sin encontrar indicación de tratamiento quirúrgico. Siguió tratamiento durante 2 años con mórnicos, y se le reconoció una incapacidad del 75%. El día 5-05-2006 acudió a consulta de Traumatología por agravamiento, y tras explorar al paciente se solicitó nueva resonancia al constatarse lumbopatía y debilidad en miembro inferior derecho. La situación clínica del paciente se agravó, por lo que el día 3-08-2006 acudió al Servicio de Urgencias del Hospital Reina Sofía, cursando ingreso en el Servicio de Reumatología debido a ‘lumbociatalgia intensísima y debilidad en miembro inferior derecho’. Se realizaron nuevas pruebas complementarias que, valoradas por reumatología, impresionaban de patología susceptible de tratamiento quirúrgico y, posteriormente*

revisadas por mí, también entendí que en esta ocasión existía indicación quirúrgica, al encontrar en la RMN una nueva Hernia Discal voluminosa, extruída y emigrada (dentro del canal neural) cranealmente a nivel de L3-4 derecha, que explicaba la clínica de ciatalgia derecha, intensa, asociada a debilidad muscular, que venía padeciendo el paciente y que se había agravado hasta el punto de precisar ingreso para su control. Por tanto, esta situación clínica era diferente a las crisis anteriores, por tratarse de clínica de dolor y debilidad muscular relacionada con la presencia de una nueva hernia discal cuya repercusión neurológica era clínicamente evidente, y predominaba sobre la patología lumbar previa. (...)

## **2) Respecto a las intervenciones que se realizaron al paciente:**

Se valoró el tratamiento de la situación aguda de radiculalgia y debilidad muscular, ocasionada por nueva hernia discal L3-4 derecha, que no es otro que el de la descompresión neurológica mediante laminoflavecctomía y excisión parcial del disco y la hernia discal. No se consideró candidato a cirugía más agresiva, para el tratamiento de su espondiloartrosis lumbar por discopatía L4-5 y L5-S1, al igual que en ocasiones anteriores.

El día 18-08-2006 se procedió a realizar la intervención quirúrgica propuesta al paciente, que se realizó según el procedimiento habitual, en decúbito prono, con laminoflavecctomía microquirúrgica, observándose un sangrado profuso en cuanto se abrió el canal neural, de tal magnitud que en pocos minutos ocasionó hipovolemia, aconsejando el anestesista que se interrumpiera la intervención ante el riesgo de hemorragia masiva, obrando en consecuencia para evitar un daño mayor.

Por la tarde de ese mismo día, a la salida de reanimación, el paciente presenta debilidad en el miembro inferior derecho, que en el transcurso de unas pocas horas progresa a una paresia completa de todo el miembro inferior derecho que afecta a L2-3-4-5-S1, que se considera relacionada con hematoma a tensión en el interior del canal neural. Dada la presencia de déficit neurológico agudo y severo se indica cirugía urgente para descomprimir el canal y mejorar la posibilidad de recuperación neurológica.

Se realizó la intervención al día siguiente, 19-08-2006, siguiendo la estrategia planificada la tarde previa, pues se sospecha anomalía vascular intracanal, responsable del sangrado profuso. Inicialmente se intenta proseguir la laminectomía, en vista que merced a los mecanismos de hemostasia fisiológicos y los hemostáticos sintéticos aplicados ha cesado la hemorragia, pero en cuanto se intenta ampliar la laminectomía se reinicia el sangrado, por lo que se decide abordar el

disco por vía transforaminal, siguiendo una técnica reglada que comienza con la disección y coagulación de los vasos perirradiculares extraforaminales, realizando después artrectomía y progresando hacia el interior del foramen, donde se coagulan los vasos perirradiculares foraminales, y siguiendo así hasta el interior del canal y la exposición del disco L3-4. Se realiza entonces discectomía simple, y se extirpa un nódulo fibroso con hernia de núcleo pulposo adherida firmemente a raíz. Durante esta disección se observa la existencia de una anomalía anatómica: nervio furcal (la raíz L3 se dirige hacia abajo sin salir por su foramen, y sale junto con la siguiente por el foramen inferior). Una vez coagulados los vasos foraminales se intenta de nuevo ampliar la laminectomía, pero vuelve a producirse un sangrado importante por lo que, tras controlarlo, se decide no ampliar más la descompresión.

El abordaje transforaminal es un abordaje bastante usado para la discectomía y artrodesis intersomática (Fusión Intersomática Lumbar Transforaminal) y en los casos de estenosis foraminal severa en la columna degenerativa. Como se asocia a inestabilidad segmentaria conviene realizar fijación vertebral pedicular, por lo que la intervención se finalizó realizando esta fijación.

En todo momento considero que las indicaciones de la cirugía han sido las habituales, y ésta se ha realizado de forma reglada, según procedimientos quirúrgicos estándares en la cirugía vertebral. Es la hemorragia del canal lo inusual, pues no suele ocurrir que obligue a suspender un procedimiento quirúrgico, si bien esto puede ocurrir en casos de anomalías de circulación, como puede ser shunt arteriovenosos, retorno venoso vicariante a expensas de venas peridurales u otras alteraciones difíciles de detectar mediante los estudios de que disponemos. En todo caso, y tras comprobar que se produjo un déficit neurológico agudo, es clara la indicación de cirugía urgente. Se utilizó el abordaje transforaminal, que es también un abordaje común hoy día, con el fin de controlar los vasos que entran en el canal neural a través del foramen y para poder alcanzar el disco controlando la hemorragia, tras comprobar que no era viable abordar el canal mediante laminectomía. Se utilizó la fijación pedicular posteriormente, pues es necesario dada la inestabilidad vertebral que se produce con el abordaje transforaminal. Ninguna de estas técnicas es desconocida para gran parte de los cirujanos de raquis. (...)

### **3) En cuanto a la información del paciente:**

El riesgo más comúnmente comentado con cualquier paciente que requiere tratamiento quirúrgico de la columna vertebral es la posibilidad de lesión neurológica. La lesión neural no es frecuente, pero se encuadraría dentro de los riesgos 'típicos', dado que lo que se manipula en dicha intervención quirúrgica son las raíces nerviosas de la región lumbar. Este riesgo de daño neural es

más importante en pacientes con estenosis del canal neural, con intervenciones previas, malformaciones óseas o neurales, etc., en definitiva, cuando existen circunstancias anatómicas inusuales. Al paciente se le explicaron los riesgos típicos que vienen reflejados en el documento de consentimiento informado para la intervención de hernia discal, que firmó con fecha 10-08-2006, contando con tiempo suficiente para aclarar cualquier duda antes de su intervención, realizada el 18-08-2006. En dicho documento se menciona 'la lesión de los nervios adyacentes y de las raíces nerviosas o médula espinal que pueden ocasionar pérdida de sensibilidad o parálisis de mayor o menor gravedad o duración'. (...)

#### **4) En cuanto a la persistencia de la hernia discal L3-4.**

La hernia discal que se extirpó mostraba señal hiperintensa en T2, era voluminosa y se localizaba en el lado derecho. Tras cualquier procedimiento de extracción quirúrgica de hernia de disco, queda un defecto en la lámina reseca, y el trayecto seguido por el cirujano en el canal para extirpar la hernia es ocupado por tejido cicatricial - o de granulación- como se describe en el informe de la RMN de fecha 26-01-2007. No se observan imágenes de recidiva de hernia discal en el espacio L3-4. Sí existe en el lado izdo. una protrusión del resto de disco L3-4 sin repercusión neurológica.

#### **5) En cuanto a las secuelas del paciente:**

El paciente venía sufriendo una radiculopatía crónica como consecuencia de su espondiloartrosis lumbar. Se agravó con la lesión radicular por hematoma compresivo surgida en la intervención para discectomía lumbar. Tratándose de lesión radicular (raíces nerviosas y no médula espinal) es factible que se produzca un cierto grado de recuperación funcional, que depende de múltiples factores, como el grado previo de la radiculopatía, y de factores locales relacionados con la circulación y microcirculación a nivel del canal neural, la edad del paciente, etc. Este tipo de lesiones pueden requerir 12 o más meses para alcanzar su recuperación máxima, para lo que se prescribió tratamiento rehabilitador y fisioterápico.

En historia clínica:

- En la última visita que consta, con fecha 25-05-07, el paciente se queja de lumbalgia y dolor en pierna derecha, evidenciándose una mejoría en el aspecto motor de su pierna derecha (flexores de cadera y rodilla) aunque refiere que aún es incapaz de caminar. Utiliza ortesis Rancho

*de los Amigos para evitar la caída del pie. Solicito TAC lumbar para evaluar estado de la artrodesis, pero el paciente no vuelve a revisión.”*

Se adjuntan asimismo dos informes del mismo facultativo, de 19 de enero y 29 de mayo de 2007, en los que describe la actuación seguida con el paciente y su estado en tales fechas. Al folio 428 exp. obra el segundo de dichos informes y una diligencia de ratificación de su autor a fecha 11 de diciembre de 2007.

**CUARTO.-** Mediante oficio de 22 de octubre de 2007 el hospital “*Morales Meseguer*” remitió copia de la historia clínica e informe del Dr. x., que expresa lo siguiente:

*"Paciente ingresado en nuestro hospital a cargo del Servicio de Medicina Interna (Reumatología) en 2004. Nos consultan por un cuadro de lumbociatalgia derecha refractaria a tratamiento analgésico, en el contexto de dolor cervical y lumbar crónico de larga evolución. La función motriz está preservada segmento por segmento. Previamente valorado por Neurocirugía CSVA.*

*Su radiología simple muestra signos de artrosis facetaria-lumbar.*

*Su RMN de Septiembre de 2004 muestra signos de discopatía L3-L4, L4-L5, L5-S1.*

*Presenta hernia discal L4-L5 izquierda y hernia central L5-S1. Recibió, durante su ingreso, como tratamiento analgésico, infiltración epidural, con mejoría parcial.*

*Fue valorado de nuevo en nuestras consultas al alta. Tras la exploración clínica y la entrevista con el enfermo, se establece el diagnóstico de polidiscopatía lumbar degenerativa, En ese momento (Octubre de 2004), de las dos posibilidades plausibles, cirugía de fusión lumbar versus tratamiento no quirúrgico, nosotros decidimos hacer un tratamiento no quirúrgico de su enfermedad, a pesar de sus signos radiológicos de discopatía, que son ciertos y objetivos. Desconocemos si su situación clínica cambió o empeoró a partir de esa fecha, lo que en ocasiones nos lleva a revisar nuestros planteamientos y hacer tratamientos quirúrgicos en pacientes muy seriamente incapacitados sobre casos de poca predictibilidad.”*

**QUINTO.-** Mediante oficio de 14 de noviembre de 2007 el hospital “*Virgen de la Arrixaca*” remite copia de la historia clínica del reclamante.



Posteriormente envió informe de 11 de diciembre de 2007 del Dr. x., Jefe del Servicio de Neurocirugía, en el que expresa lo siguiente:

*“Este paciente fue visto inicialmente por el Dr. x. en consulta externa de Neurocirugía, a la edad de 57 años. Desde hacía varios años refiere lumbalgias que habían empeorado en los últimos 10 meses, con cierta irradiación a MID. La exploración neurológica estaba dentro de la normalidad y llevaba un corsé ortopédico. La TAC mostraba signos de espondiloartrosis con protrusión discal L4-L5, hallazgo que se confirmó en la RM. El diagnóstico entonces fue de una probable estenosis del receso lateral en el espacio L4-L5. Durante la exploración se constató un cierto componente funcional, por lo que de momento se desestimó intervención.*

*El paciente fue visto de nuevo por el Dr. x., Médico Adjunto del Servicio de Neurocirugía. Refería entonces lumbalgia crónica con irradiación intermitente a MID, así como episodio de cervicalgia y cervicobraquialgia derecha. Había sido visto en la consulta de Reumatología. En la exploración de entonces no se apreciaba déficit neurológico, persistiendo la contractura y limitación en la flexoextensión del raquis. Las Rx de raquis lumbosacro mostraban espondiloartrosis. En la columna lumbosacra se encontraba una protrusión global L4-L5 con alteración de la señal del disco en los últimos espacios y cambios degenerativos a nivel óseo, confirmados por RM lumbosacra. En raquis cervical se encontró una protrusión discal C3-C4, con un osteofito C4-C5 y signos de protrusión asociada, osteofitos C5-C6 y estenosis focal del canal entre C3 y C6. Igualmente, en el informe emitido el 20/10/99 se recomendó tratamiento médico conservador y se desestimó la posibilidad de intervención.*

*Posteriormente el paciente fue intervenido en otro Centro de una hernia discal L3-L4 derecha, al parecer con hemorragia durante la intervención que obligó a suspenderla, ante empeoramiento motor se reintervino a las 24 horas.*

*El paciente no ha vuelto a ser visto en el Servicio de Neurocirugía del hospital "Virgen de la Arrixaca", por lo que no podemos emitir un informe de situación actual.”*

**SEXTO.-** Propuesta prueba testifical respecto de diversos facultativos que atendieron al reclamante en diversas fechas, se practicó por escrito, en los términos recogidos en los folios 522, 524, 532, 536 y sgtes. exp.

**SÉPTIMO.-** El 28 de julio de 2008, el reclamante presenta un escrito de cuantificación de la indemnización reclamada, por importe de 268.440 euros, por los conceptos de días de baja,

secuelas y gran invalidez precisando ayuda de tercera persona, junto con un informe de facultativo privado, de 29 de octubre de 2007, en el que se resumen los hechos en cuestión y se indican las secuelas que padece el interesado a la fecha del informe: *"En la actualidad el paciente presenta un estado de secuelas muy severas que tiene un carácter permanente y definitivo con atrofia severa a nivel de toda la musculatura del miembro inferior derecho con grave atrofia de cuádriceps y musculatura del muslo, así como grave atrofia de musculatura de la pierna con equino que precisa uso continuo de antiequino con fuerza 1-2/5, debido a los calambres y afectación de sensibilidad con disestesias con el mínimo apoyo, precisa el uso de muletas de forma continua y de antiequino sin poder apoyar el miembro inferior derecho, el paciente sufre calambres y dolor intenso y continuo que no desaparece con los analgésicos."* (...)

**OCTAVO.-** La aseguradora del Servicio Murciano de Salud x. aportó Dictamen Médico de fecha 25 de mayo de 2009, que concluye lo siguiente:

*"1. Todas las actuaciones médicas, diagnósticas y terapéuticas fueron correctas en este caso.*

*2. La indicación quirúrgica era la correcta y la complicación quirúrgica que se produjo también era imprevisible e inevitable.*

*3. La paresia del miembro inferior del paciente se produjo probablemente con el procedimiento de taponamiento de la hemorragia, pero este acto fue correcto, pues permitió salvar la vida del enfermo.*

*4. Una vez detectada la paresia se llevaron a cabo todas las actuaciones médicas y quirúrgicas necesarias para su resolución de forma urgente.*

*5. Todo procedimiento quirúrgico de columna lumbar conlleva el riesgo de secuelas neurológicas de carácter irreversible.*

*6. Por todo lo anterior no consideramos justificada la reclamación."*

**NOVENO.-** Solicitado informe a la Inspección Médica del Servicio Murciano de Salud, fue emitido el 23 de octubre de 2009, que concluye lo siguiente:

*"Paciente con patología discal cervical y lumbar de varios años de evolución con múltiples interconsultas en varios servicios y centros sanitarios, pautándole tratamiento conservador hasta agosto de 2006, que se decide tratamiento quirúrgico derecha sobre hernia lumbar por dolor incoercible y debilidad a la flexoextensión de la rodilla que impedía la deambulacion. Durante la intervencion se produce sangrado profuso, siendo necesaria su interrupcion por shock hipovolémico. Por empeoramiento de la sintomatología neurológica es reintervenido al día siguiente, aunque no se consigue mejoría, persistiendo el paciente con paresia de miembro inferior derecho.*

*No existía contraindicación para las citadas intervenciones. El hecho de que previamente se hubiera optado por tratamiento médico solo refleja la valoración realizada en un momento dado ante unos síntomas y unos hallazgos exploratorios. En ninguno de los informes emitidos en estas ocasiones se hace referencia a que existiera alguna contraindicación para la cirugía en caso de que la evolución del paciente lo demandase, desestimándose la intervención en esas valoraciones, en la primera ocasión por no correlación entre la sintomatología y los hallazgos de imagen, la sospecha de componente funcional o emocional y las expectativas del paciente inalcanzables. Posteriormente, en el ingreso en el HMM se indica cirugía diferida, que posteriormente se desestima por mejoría sintomática.*

*En su último ingreso se diagnostica de dolor incoercible, sin respuesta al tratamiento "conservador", a la vez que se objetiva empeoramiento de la sintomatología de afectación neurológica y agravamiento de los hallazgos en las pruebas de imagen. Es esta evolución progresiva de la patología la que obliga a un nuevo replanteamiento de opciones que anteriormente se habían rechazado por poder emplear otras relativamente más inocuas. La literatura médica apoya estos planteamientos e igualmente establece como criterios de intervención de las hernias el dolor que no responde al tratamiento médico.*

*La elección del procedimiento quirúrgico y la técnica utilizada fueron correctos. Esta técnica quirúrgica fue modificada durante la intervención en función de las complicaciones surgidas para la resolución de las mismas.*

*En los riesgos típicos de estas intervenciones se encuentran (entre otros) tanto la no mejoría sintomática, como la recidiva herniaria y la posibilidad de lesión neurológica. Estos riesgos están reflejados en el consentimiento informado que firmó el paciente nueve días antes de la cirugía."*

**DÉCIMO.-** Otorgado trámite de audiencia a las partes, el reclamante presenta alegaciones en las que afirma la escasa predictibilidad del resultado de la cirugía; que, según las resonancias magnéticas, la pierna derecha estaba mejor en 2006, cuando se decide intervenir, que en 2004, cuando se optó por no intervenir; señala la disparidad existente entre las respuestas dadas por el Dr. x. y el Dr. x. a algunas preguntas idénticas formuladas por esa parte, y concluye, tras realizar diversas consideraciones médicas, que las causas de la parestesia total que padece en la pierna derecha pueden ser tres:

*"1).- Que durante la manipulación de los nervios L4 durante la intervención de la hernia discal L3-L4 se hayan manipulado las raíces nerviosas correspondientes a los niveles inferiores.*

*Que dicha manipulación se ha hecho de forma inadecuada, pues el hecho de apartar otras raíces nerviosas para operar L3-L4 puede dar lugar, caso de hacerse debidamente, a una hipoestesia temporal postoperatoria, pero en ningún caso a una hipoestesia-parestesia definitiva.*

*2).- Que durante el proceso para intentar detener los tres procesos hemorrágicos padecidos, al ser éstos incoercibles, y por lo tanto no saber de donde derivan, se hayan tocado con el bisturí bipolar (eléctrico) zonas que no estaban dañadas, habiendo ocasionado lesiones nuevas que han provocado la parestesia mencionada, y más siendo varios los procesos hemorrágicos habidos durante ambas intervenciones.*

*3).- Que se haya originado un hematoma a consecuencia del acto quirúrgico que comprima las raíces nerviosas afectadas, reconocida esta circunstancia, en las respuestas a las preguntas DIECISEIS (x) y DIECISIETE (y)."*

Añade que, en todo caso, según las respuestas dadas a las preguntas formuladas a los testigos, la situación del paciente tras las intervenciones debería haber sido, a lo sumo, similar a la que tenía antes de ellas, resultando que podía andar antes de ellas y no puede hacerlo tras las mismas, lo que demuestra la mala praxis empleada –hay que deducir-.

**UNDÉCIMO.-** El 7 de enero de 2010 se formula propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación, por considerar, en síntesis, que no se ha acreditado la denunciada mala praxis médica; al contrario, los informes emitidos acreditan la corrección de la asistencia prestada, sin que la medicina pueda garantizar en todo caso el éxito de los tratamientos realizados.

**DUODÉCIMO.-** En la fecha y por el órgano señalado en el encabezamiento del presente, se solicitó el preceptivo Dictamen de este Consejo Jurídico, 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, reguladora de este Consejo Jurídico.

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

I. El reclamante ostenta legitimación para deducir la pretensión indemnizatoria de que se trata, al ser la persona que sufrió los daños cuyo resarcimiento solicita.

La legitimación para resolver el presente procedimiento corresponde a la Administración regional, por dirigirse contra ella la pretensión indemnizatoria y ser de titularidad autonómica los servicios sanitarios a cuyo funcionamiento se imputan los referidos daños.

II. La reclamación se ha interpuesto dentro del plazo de un año previsto en el artículo 142.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC).

III. Del expediente remitido se desprende que se han seguido, en lo sustancial, los trámites establecidos para esta clase de procedimientos en la LPAC y en el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas (RRP).

**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:

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

- 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.

- Ausencia de fuerza mayor.

- 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, en general, 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 jurídicamente 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, pues en tal caso habría de declararse en todos los

supuestos de actuaciones médicas que no pudieran evitar los daños derivados de la patología del paciente o de los riesgos inherentes al tratamiento empleado para intentar remediar ésta, y que el estado de la ciencia y la técnica sanitarias no pueden evitar, aun siendo correcto su ejercicio (art. 141.1 LPAC), lo que convertiría a la responsabilidad patrimonial administrativa en un mecanismo de aseguramiento a todo riesgo que no es conforme con la naturaleza jurídica y el alcance de esta institución. Ello explica que, para declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración, la jurisprudencia y la doctrina exijan una relación de causalidad jurídicamente adecuada -es decir, con los condicionantes y requisitos antes expuestos-, y no meramente fáctica, entre el daño producido y el funcionamiento de los servicios públicos de que se trate, para así imputar dicho daño, en términos jurídicos, y a efectos de dicha responsabilidad, a la actuación administrativa en cuestión.

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 sanitarios y los daños por los que se reclama indemnización: inexistencia.**

Aplicando las precedentes consideraciones al caso que nos ocupa, de las actuaciones obrantes en el expediente remitido se desprende que el reclamante no ha acreditado en modo alguno la existencia de mala praxis en la asistencia sanitaria que se dispensó en la sanidad pública y, en concreto, en la realización de las intervenciones practicadas el 18 y 19 de agosto de 2006 en el hospital “Reina Sofía”.



A este respecto, basta con reparar en que los informes emitidos en el procedimiento que han analizado en su conjunto el caso planteado (los informes de la Inspección Médica del SMS y de la aseguradora de dicho Ente), concluyen en la plena corrección de todas las actuaciones sanitarias llevadas a cabo por el facultativo que intervino al reclamante en dicho hospital (cuya explicación de las decisiones tomadas en su momento es especialmente detallada y motivada, lo que debe destacarse). Además, frente a lo manifestado por el reclamante en el sentido de que durante el procedimiento aportaría un informe pericial que demostraría la contraindicación de la intervención y la inadecuación de la misma, elaborado por el facultativo que actualmente le atiende, el informe aportado al respecto se limita a realizar un escueto resumen de las vicisitudes acaecidas, sin crítica alguna, y a describir las secuelas que padece el paciente.

Seguramente consciente de ello, el reclamante pone el acento en destacar algunas divergencias en las contestaciones dadas a ciertas preguntas efectuadas por él a determinados facultativos que han informado en el expediente, y a resaltar que se encuentra en una situación peor que la que tenía cuando procedió a intervenir, circunstancias ambas sobre las que ya puede señalarse que, por sí mismas, no son concluyentes para tener por acreditada la denunciada mala praxis, máxime cuando existen informes en el expediente (los ya citados y el del facultativo que lo intervino), así como la propia propuesta de resolución, que dan unas explicaciones perfectamente plausibles a tales hechos, y que, por lo que se refiere a la actual situación del paciente, achacan ésta, bien a las complicaciones derivadas de la cirugía (las hemorragias aparecidas obligaron a realizar acciones urgentes que pudieron lesionar nervios del área afectada), bien al mismo riesgo de aquélla, aun sin concurrir complicaciones (como se recogió en el documento de consentimiento informado suscrito por el paciente), junto a la muy deteriorada situación que ya padecía el reclamante cuando se decidió la intervención de que se trata, sin que en ambas circunstancias interviniera mala praxis alguna.

De dichos informes se desprende que la situación del paciente entre los años 1998 a 2004, durante los que su patología va agravándose, no era la misma que en 2006. En aquellos primeros años, a la vista de su situación, no se consideró procedente tratamiento quirúrgico. El informe de 9 de octubre de 1998 del Dr. x. expresa que no se le considera un buen candidato quirúrgico “de momento” (f. 395 exp.). En 2006, cuando acude al hospital “Reina Sofía”, lo hace en una situación de dolor ya muy seriamente incoercible a los tratamientos no quirúrgicos, y con una patología agravada respecto de sus situaciones anteriores, con una “nueva hernia discal voluminosa, extruída y emigrada (dentro del canal neural) cranealmente a nivel de L3-4 derecha” que “predominaba sobre la patología lumbar previa” (informe reseñado en el Antecedente Tercero). La

indicación quirúrgica por dolor incoercible, empeoramiento de la sintomatología de afectación neurológica y agravamiento de los hallazgos de las exploraciones complementarias (en contra de las meras afirmaciones en sentido contrario del reclamante) es ratificada en el informe de la Inspección Médica del SMS (apartado A-2 de su *"juicio crítico"*). También dicho informe ratifica la adecuación de las técnicas quirúrgicas empleadas a la vista de las circunstancias que acaecieron, las cuales se consideran complicaciones inherentes a esta clase de intervenciones, debido a las limitaciones de la ciencia y la técnica médicas, que implican un determinado riesgo, que el reclamante asumió cuando suscribió el detallado documento de consentimiento informado para la misma.

Dicho documento recoge expresamente como riesgos típicos las hemorragias (aunque las del canal neural sean inusuales, como señala el primero de los reseñados informes, lo que explica las respuestas dadas por los facultativos a la mayor o menor frecuencia de hemorragias en estas intervenciones), lesión de los nervios adyacentes y de las raíces nerviosas, recidiva de la hernia discal, pérdida de movilidad en las articulaciones y de fuerza en los músculos del área intervenida, etc. (f. 216 y 217 exp.). Además, en el consentimiento informado que el reclamante suscribió en 2004 para la intervención que no llegó a realizarse, figuran también como riesgos el sangrado y las complicaciones neurológicas (f. 378 exp.), por lo que puede concluirse sin lugar a dudas que en 2006 el paciente estaba en la situación objetiva adecuada (que es lo que hay que exigir, más allá de la subjetividad irreductible de cada persona) para decidir si se sometía a la intervención, optando por ella, sin duda, como se ha dicho, por la muy difícil y grave situación en la que ya se encontraba cuando en tal fecha acudió a la sanidad pública por dolores incoercibles a los tratamientos antes empleados; decisión del paciente que, por ello, es plenamente explicable, pero sin que pueda imputar el fracaso de la intervención a la sanidad pública, pues no existe en el expediente ningún dato objetivo concluyente de una mala praxis en la realización de las intervenciones que fuera la causa de tales complicaciones y de los daños que éstas pudieron originar, además de los daños propios de la progresión de la grave patología que ya le aquejaba en aquél momento y que justificó la intervención.

En consecuencia, no habiéndose acreditado la necesaria y adecuada relación de causalidad entre el funcionamiento de los servicios públicos sanitarios y los daños por los que se reclama, procede desestimar la reclamación de responsabilidad patrimonial objeto de Dictamen.

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

**CONCLUSIÓN**

**ÚNICA.-** No concurre 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. En consecuencia, la propuesta de resolución, desestimatoria de la reclamación, se informa favorablemente.

No obstante, V.E. resolverá.



**DICTAMEN 116/2010**

**Asunto** Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hijo, debida a accidente escolar.

**Consultante** Consejero de Educación, Formación y Empleo

**Fecha** 16/06/2010

**Extracto de Doctrina**

Nota: igual doctrina que la expresada en el Dictamen 1/2010.



**DICTAMEN 117/2010**

<b>Asunto</b>	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.
<b>Consultante</b>	Consejero de Obras Públicas y Ordenación del Territorio
<b>Fecha</b>	16/06/2010

**Extracto de Doctrina**

El accidente en cuestión y la existencia de un bache o socavón debido al mal estado de la carretera, no señalizado, se acreditan mediante la prueba testifical practicada y el informe de la Dirección General de Carreteras, del que se desprende que la señalización oportuna se colocó dos días después de la fecha de dicho accidente. En consecuencia, se advierte un anormal funcionamiento de los servicios públicos de mantenimiento y vigilancia de carreteras regionales.

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** Mediante escrito presentado el 21 de mayo de 2007 y dirigido a la Consejería de Obras Públicas, Vivienda y Transportes, x. formuló reclamación de responsabilidad patrimonial. Alega que el 1 de mayo de 2007 circulaba con su vehículo matrícula “—” por la carretera comarcal MU-3165, a la altura del polígono Cabezo Beaza, Torreciega, de Cartagena, cuando el mismo se introdujo en uno de los baches existentes en la vía, que se encontraba en mal estado, ocasionando daños en las ruedas delantera y trasera izquierda, según fotos que adjunta. Reclama una indemnización de 162,21 euros, por los gastos de reparación, según facturas que aporta.

**SEGUNDO.-** Admitida a trámite la reclamación, con fecha de 3 de septiembre de 2007 se requiere al interesado para que presente determinada documentación, lo que es cumplimentado por éste mediante escrito presentado el 19 de septiembre de 2007, en el que, además, señala una testigo de los hechos.

**TERCERO.-** Solicitado el preceptivo informe de la Dirección General de Carreteras, fue emitido el 10 de junio de 2008, de cuyo contenido se extrae lo siguiente:

*“1.- La carretera a la que se refiere el reclamante es competencia de esta Dirección General. (...)*

C) *En fechas próximas a la del siniestro no existía constancia de otros accidentes similares en el mismo lugar. Se ha tenido constancia de accidentes similares en este tramo de carretera con motivo de otras reclamaciones efectuadas por las mismas circunstancias. (...)*

F) *El día 3 de mayo de 2007 se realizó un bacheo en este tramo de carretera por aviso de la Guardia Civil de Tráfico, y el Excmo. Ayuntamiento de Cartagena colocó señales verticales advirtiendo del mal estado de la carretera.” (...)*

**CUARTO.-** El 1 de octubre de 2008 se practica prueba testifical, en la que la testigo ratifica lo alegado por el reclamante.

**QUINTO.-** Otorgado el preceptivo trámite de audiencia, el reclamante no formula alegaciones, presentando una solicitada certificación bancaria de su cuenta corriente.

**SEXTO.-** El 18 de enero de 2010 se formula propuesta de resolución estimatoria de la reclamación; en síntesis, por considerar acreditada la existencia de la necesaria y adecuada relación de causalidad entre el funcionamiento de los servicios públicos de conservación de carreteras regionales y los daños por los que se reclama indemnización.

**SÉPTIMO.-** En la fecha y por el órgano indicado en el encabezamiento del presente se solicitó el preceptivo Dictamen de este Consejo Jurídico, acompañando el expediente y su extracto e índice reglamentarios.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

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

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, al versar sobre una propuesta de resolución de un procedimiento de responsabilidad patrimonial tramitado por la Administración regional, concurriendo con ello el supuesto previsto en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia.

---

#### **SEGUNDA.- Legitimación, plazo de la acción y procedimiento.**

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 la de la presentación de la reclamación, según se desprende de los Antecedentes.

III. En cuanto al procedimiento, del examen de las actuaciones obrantes en el expediente remitido se desprende que se ha seguido, en lo sustancial, lo establecido al respecto en la LPAC y reglamentos de desarrollo en la materia, sin perjuicio de señalar la paralización del mismo en algunas de sus fases.

**TERCERA.- Relación de causalidad entre el funcionamiento de los servicios públicos regionales y los daños por los que se reclama indemnización: existencia.**

I. De los artículos 139.1 y 141.1 LPAC se desprende que la Administración debe responder por los daños y perjuicios causados efectivamente 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.

II. A partir de lo anterior, de la reclamación presentada se deduce que el interesado pretende imputar a una omisión de la Administración el origen de los daños sufridos, en cuanto ésta debía haber eliminado o, al menos, señalado, el obstáculo o deficiencia que existía en la

carretera en cuestión, porque a dicha Administración corresponde el deber de su mantenimiento y vigilancia; por tanto, el reclamante estima que no tiene el deber jurídico de soportar los daños causados por el accidente, que se debió a lo que considera un anormal funcionamiento de los servicios públicos competentes.

Examinadas las actuaciones obrantes en el expediente remitido, resumidas en los Antecedentes, de las mismas se desprende que el accidente en cuestión y la existencia de un bache o socavón debido al mal estado de la carretera, no señalizado, se acreditan mediante la prueba testifical practicada y el informe de la Dirección General de Carreteras, del que se desprende que la señalización oportuna se colocó dos días después de la fecha de dicho accidente. En consecuencia, se advierte un anormal funcionamiento de los servicios públicos de mantenimiento y vigilancia de carreteras regionales, por lo que concurre la adecuada relación de causalidad entre el funcionamiento de aquéllos y los daños por los que se reclama indemnización.

**CUARTA.- Los daños producidos. La cuantía de la indemnización.**

Acreditada la existencia de daños en el vehículo del reclamante, producidos a causa del accidente, vista la prueba testifical realizada y las facturas presentadas, debe, no obstante, verificarse su valoración, debiéndose requerir a tal efecto el oportuno informe del Parque Móvil regional, como es usual en esta clase de expedientes, actuación que en el presente se ha omitido. En el caso de que dicho informe opusiera objeciones a la cuantía de la indemnización solicitada, deberá otorgarse un nuevo trámite de audiencia al interesado, no siendo necesario en caso contrario, procediendo posteriormente la resolución del procedimiento conforme con lo actuado.

La cuantía de la indemnización deberá actualizarse de acuerdo con lo establecido en el artículo 141.3 LPAC.

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



### **CONCLUSIONES**

**PRIMERA.**- Existe relación de causalidad adecuada entre el funcionamiento de los servicios públicos regionales de mantenimiento y vigilancia de carreteras y los daños por los que se solicita indemnización, por las razones expresadas en la Consideración Tercera del presente Dictamen.

**SEGUNDA.**- En lo relativo a la cuantía de la indemnización a reconocer al reclamante, debe estarse a lo expresado en la Consideración Cuarta del presente Dictamen.

No obstante, V.E. resolverá.



**DICTAMEN 118/2010**

**Asunto** Proyecto de Decreto de atención al Ciudadano de la Administración Pública de la Región de Murcia.

**Consultante** Consejera de Presidencia y Administración Pública

**Fecha** 16/06/2010

**Extracto de Doctrina**

1. El establecimiento de modelos normalizados de instancia o solicitud por disposición con rango de Orden ha sido objeto de consideración en anteriores Dictámenes de este Consejo Jurídico, singularmente el 23/2010, para concluir que el Consejero competente por razón de la materia puede establecer tales modelos sólo en la medida en que sean meros instrumentos de facilitación del trabajo burocrático y del ejercicio de los derechos de los ciudadanos, pero no cuando introducen en el formulario requisitos o condiciones que afectan a la actividad ejercida por el ciudadano ante la Administración y que no se encuentran recogidos en la reglamentación de la misma. Es decir, el modelo no puede constituir un complemento normativo del régimen material de la actividad, pues en tal caso constituiría un verdadero desarrollo reglamentario, que corresponde al Consejo de Gobierno, no al Consejero. De hecho, dado el carácter meramente instrumental del modelo normalizado, su fijación constituye una manifestación de las facultades ejecutivas, no normativas, del Consejero. 2.El Proyecto reduce el Sistema Unificado de Registro a la condición de mera plataforma informática (art. 37), cuando el artículo 32 de la Ley 7/2004 lo configura como algo más, como un entramado de unidades que engloba a todas aquellas que realizan funciones de registro de entrada y salida de escritos, documentos y comunicaciones y que tiene por finalidad y razón de ser “hacer real y efectivo el principio de proximidad a los ciudadanos

3. Señala el Tribunal Supremo, en sentencia de 4 de abril de 2005, que el precepto (42.4, segundo párrafo LPAC) tiene su origen en el mandato del artículo 9 de la Constitución, que es desarrollado por el legislador, precisamente, para garantizar la seguridad jurídica. Señala que “en él se establece una regla general, universal, que no admite excepciones” pues se dirige a todas las Administraciones Públicas, que necesariamente informarán a los interesados, y se establece un contenido explícito de ese mandato informativo.

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** Con fecha 8 de abril de 2009, el Servicio de Atención al Ciudadano, dependiente de la Dirección General de Calidad e Innovación de los Servicios Públicos, centro

directivo adscrito a la Consejería de Presidencia y Administraciones Públicas, elabora un primer borrador de “Decreto de Atención al Ciudadano de la Administración Pública de la Región de Murcia”.

**SEGUNDO.-** Remitido a las Secretarías Generales de las ocho Consejerías en que se organiza la Administración General de la Comunidad Autónoma, al efecto de que formulen observaciones, lo hacen las de Universidades, Empresa e Investigación; Sanidad y Consumo; Política Social, Mujer e Inmigración; Agricultura y Agua; y la Dirección General de Vivienda y Arquitectura, de la Consejería de Obras Públicas y Ordenación del Territorio.

Las observaciones formuladas por los diferentes Departamentos consultados se refieren a técnica normativa y al contenido material de la disposición.

**TERCERO.-** Con fecha 8 de mayo de 2009, el Servicio Jurídico de la Consejería de Presidencia y Administraciones Públicas emite informe en el que pone de manifiesto numerosas omisiones formales en el procedimiento de elaboración reglamentaria, requiriendo al órgano proponente su subsanación. Se efectúan, asimismo, observaciones de técnica normativa y sobre el contenido del futuro reglamento.

**CUARTO.-** Con fecha 12 de junio de 2009, por la Dirección General de Calidad e Innovación de los Servicios Públicos se elaboran e incorporan al procedimiento los siguientes documentos:

a) Una memoria justificativa coincidente en gran medida con la exposición de motivos del Proyecto.

b) Un informe que niega cualquier impacto por razón de género derivado del contenido de la futura disposición.

c) Una memoria económica que señala cómo la futura norma, más que implantar nuevos servicios, pretende ordenar una realidad ya existente, por lo que no conllevará un incremento del gasto público, conclusión a la que llega tras analizar los costes de cada una de las modalidades de actuación y unidades que en la actualidad existen y se desarrollan por el Servicio de Atención al Ciudadano.

d) La propuesta del Director General de Calidad e Innovación de los Servicios Públicos a la Consejera de Presidencia y Administraciones Públicas, para la tramitación del Proyecto.

Se elabora, además, un segundo borrador del texto normativo, que consta en el expediente.

**QUINTO.-** El 13 de julio emite informe el Servicio Jurídico de la Consejería promotora del Proyecto, que pone de manifiesto cómo el nuevo texto incorpora las observaciones sustanciales expresadas en el anterior informe y realiza diversas objeciones de técnica normativa y sobre la memoria justificativa, a la que tacha de no cumplir con la función que tiene legalmente asignada por el artículo 53 de la Ley 6/2004, de 28 de diciembre, del Estatuto del Presidente y del Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia. Este informe recibe el visto bueno de la Vicesecretaría.

**SEXTO.-** El Proyecto es sometido a trámite de audiencia e información pública (BORM de 28 de septiembre de 2009), sin que se presentara alegación alguna durante el plazo de 15 días concedido al efecto.

**SÉPTIMO.-** El 2 de diciembre emite su preceptivo informe la Dirección de los Servicios Jurídicos, en el que se efectúan numerosos reparos relativos a la elaboración de la norma y a su contenido; singularmente se objeta la regulación relativa al régimen de la representación. También se realizan abundantes sugerencias de redacción.

**OCTAVO.-** Las observaciones formuladas por la Dirección de los Servicios Jurídicos son objeto de un informe, de fecha 16 de febrero de 2010, en el que la Dirección General proponente del Proyecto las valora, señalando cuáles de ellas son asumidas y cuáles rechazadas, con expresión de las razones que justifican tal rechazo.

Con esta misma fecha se elaboran nuevos memoria justificativa, informe de impacto de género y estudio económico, que se adaptan a las observaciones formuladas por los órganos preinformantes y se redacta un nuevo borrador, el tercero.

**NOVENO.-** El 4 de marzo, la Vicesecretaría de la Consejería de Presidencia y Administraciones Públicas informa favorablemente el Proyecto.

Consta en el expediente un índice de los documentos que lo integran y un texto del Proyecto autorizado por la Consejera consultante, compuesto de una parte expositiva innominada,

51 artículos estructurados en seis Títulos (Título Preliminar, “Disposiciones Generales”, dividido a su vez en dos capítulos; Título I, “De la Atención al Ciudadano”, que cuenta con dos capítulos, el segundo de ellos subdividido a su vez en 4 secciones; Título II, “Sugerencias y Quejas de los Ciudadanos”; Título III, “De la Atención presencial”; Título IV, “Registro de los escritos, solicitudes y comunicaciones”, dividido en cuatro capítulos), tres disposiciones adicionales, dos transitorias, una derogatoria y dos finales.

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 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 normativa.**

Como ya señaló el Consejo Jurídico en Dictamen 95/2004, en la doctrina de los órganos consultivos así como en la jurisprudencia constitucional (STC núm. 50/1999) se viene indicando que la competencia relativa a la libre organización de la propia Administración autonómica ha sido reconocida en diversas ocasiones como algo inherente a la autonomía (STC 227/1988), cuyo contenido es la potestad para crear, modificar y suprimir los órganos, unidades administrativas o entidades que configuran las respectivas Administraciones autonómicas o dependen de ellas

(SSTC 35/1982, 165/1986, 13/1988 y 227/1988). Especifica el TC que conformar libremente la estructura orgánica así como establecer su aparato administrativo (STC 165/1986, FJ 6), establecer cuáles son “los órganos e instituciones” que configuran las respectivas Administraciones (STC 35/1982, FJ 2), son decisiones que corresponden únicamente a las Comunidades Autónomas y, en consecuencia, el Estado debe abstenerse de cualquier intervención en este ámbito (STC 227/1988 y “*a sensu contrario*” STC 13/1988).

En ese mismo sentido, el TC también ha reiterado (STC 32/1981) que, fuera de este ámbito de actividad autonómica exclusiva, el Estado puede establecer desde la competencia sobre las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas del art. 149.1.18 CE, principios y reglas básicas sobre aspectos organizativos y de funcionamiento de todas las Administraciones públicas. Esto significa que la potestad organizativa autonómica para determinar el régimen jurídico de la organización y funcionamiento de la propia Administración no tiene carácter exclusivo, sino que debe respetar y, en su caso, desarrollar las bases establecidas por el Estado (STC 227/1988). En definitiva, salvo en lo relativo a la creación de la propia Administración, la potestad de autoorganización, incluso en lo que afecta a los aspectos de organización interna y de funcionamiento, no puede incluirse en la competencia exclusiva de autoorganización recogida para la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia en el artículo 10. Uno.1 EAMU, que sólo autoriza para la regulación de órganos institucionales básicos, pero no para la estructuración de la Administración propia, ya que no puede atribuirse a la expresión instituciones de autogobierno "un alcance mayor que el que deriva de la Constitución (art.152.1) y de los propios Estatutos - Asamblea Legislativa, Consejo de Gobierno y Presidente-" (STC 76/1983, de 5 de agosto). Ello fuerza a concluir que la competencia que aquí se ejerce deriva del artículo 51 EAMU y, como ha quedado expresado, se ha de ejercer dentro de los límites que el propio precepto estatutario establece en concordancia con el artículo 149.1, 18ª CE

Ahora bien, la competencia estatal sobre el régimen jurídico de las Administraciones públicas, al proyectarse sobre una decisión interna de las Comunidades Autónomas, como es la de definir el modelo organizativo de la propia administración, no puede tener una energía ilimitada. Debe distinguirse entre las decisiones que son estrictamente de configuración organizativa, de las reglas que disciplinan la actividad de los órganos administrativos. Estas últimas son las que han de quedar comprendidas dentro del concepto de régimen jurídico a que se refiere el artículo 149.1.18ª CE, mientras que las primeras quedan directamente habilitadas por el artículo 51 EAMU. No puede excluirse que los principios básicos del régimen jurídico puedan condicionar el ejercicio de las potestades de autoorganización pero, al propio tiempo, debe reconocerse una relativa intensidad

del ejercicio de tal competencia estatal cuando se trata de regulaciones organizativas a adoptar de manera interna y exclusiva por la Comunidad Autónoma.

Del mismo modo, también el artículo 10.Uno, 29 EAMU, que atribuye a la Comunidad Autónoma la competencia exclusiva en materia de procedimiento administrativo derivado de las especialidades de la organización propia, se encuentra en la base de parte de la regulación contenida en el Proyecto, singularmente el régimen de los registros y la incidencia de sus normas en el cómputo de los plazos para resolver y notificar los actos administrativos.

En ejercicio de estas competencias y de conformidad con el artículo 52 EAMU, la Comunidad Autónoma dicta 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 4, esta Ley proclama como finalidad esencial de la Administración regional la actuación al servicio de los ciudadanos, con objeto de asegurar la efectividad de sus derechos cuando se relacionen con ella, consagrando como principios relacionales administración-ciudadano los de efectividad de los derechos de éstos; la sencillez, claridad y proximidad de la Administración a los ciudadanos; y los de participación, buena fe y confianza legítima.

El artículo 31, encabezando un capítulo denominado "Procedimiento Administrativo", establece la sujeción de la actuación administrativa regional a las normas del procedimiento administrativo común y a las que se establezcan en razón de las especialidades derivadas de su propia organización. Dentro de ese mismo capítulo, el artículo 32 configura el denominado "Sistema Unificado de Registro" y establece una norma específica sobre cómputo de plazos.

Del mismo modo, la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), establece prescripciones en sus artículos 35, 38, 46 y 70.3 y 4, que afectan a la relación de los ciudadanos con la Administración.

Así, el artículo 35 enumera diversos derechos de los ciudadanos en sus relaciones con la Administración, entre los que destacan, por su relación con el contenido del Proyecto sometido a consulta, los siguientes: a conocer el estado de tramitación de los procedimientos en los que tengan la condición de interesados y a obtener copia de los documentos contenidos en ellos; a identificar a las autoridades y al personal bajo cuya responsabilidad se tramiten los procedimientos; a obtener copia sellada de los documentos que presenten, aportándola junto con los originales, así

como a la devolución de éstos, salvo cuando los originales deban obrar en el procedimiento; a no presentar documentos no exigidos por las normas aplicables al procedimiento de que se trate o que ya se encuentren en poder de la Administración actuante; a obtener información y orientación acerca de los requisitos jurídicos o técnicos que las disposiciones vigentes impongan a los proyectos, actuaciones o solicitudes que se propongan realizar; y a ser tratados con deferencia y respeto por las autoridades y funcionarios, que habrán de facilitarles el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus obligaciones.

El artículo 38 LPAC regula los registros; el 46, la validez y eficacia de documentos y copias; el 70.3 establece el derecho de los interesados a obtener un recibo de toda solicitud, escrito o comunicación que presenten ante la Administración; y el 70.4 impone la obligación de contar con modelos normalizados en determinados supuestos y reconoce el derecho de los interesados de acompañar los elementos que estimen convenientes para precisar o completar los datos del modelo.

En desarrollo de dichas previsiones legales se dictan los Reales Decretos 208/1996, de 9 de febrero, por el que se regulan los servicios de información administrativa y atención al ciudadano, y 772/1999, de 7 de mayo, relativo a la presentación de solicitudes, escritos y comunicaciones ante la Administración General del Estado, la expedición de copias de documentos y la devolución de originales y el régimen de las oficinas de registro. Ambos reglamentos estatales han sido objeto de aplicación supletoria generalizada en el ámbito regional, dada la insuficiente producción normativa propia, representada por el Decreto 28/1990, de 10 de mayo, por el que se aprueba el reglamento de organización y funcionamiento de la Oficina de Servicio al Ciudadano.

En este escenario normativo se inserta el Proyecto sometido a consulta, el cual, en su doble naturaleza de norma organizativa y procedimental, cabe considerar que se ajusta al ámbito competencial autonómico, sin perjuicio del necesario respeto a la legislación básica estatal, que opera aquí como límite de la normativa regional que se pretende establecer.

Para el desarrollo de las citadas leyes existe habilitación suficiente en la Disposición final única de la LPAC que deja al Gobierno y a las Comunidades Autónomas, en el ámbito de sus respectivas competencias, el dictado de las disposiciones de desarrollo y aplicación de la Ley que resulten necesarias, y en la Disposición final primera de la Ley 7/2004, que contiene una autorización similar, respecto del Consejo de Gobierno. De forma más específica, en relación con el Sistema Unificado de Registro, la Disposición transitoria segunda, apartado 2, de la Ley 7/2004,



señala que corresponde a la Consejería competente en materia de organización administrativa proponer al Consejo de Gobierno las normas de desarrollo del indicado sistema.

El ejercicio de la potestad normativa corresponde al Consejo de Gobierno, en virtud de lo establecido en los artículos 32.1 EAMU y 21.1, 22.12 y 52.1 de la Ley 6/2004, de 28 de diciembre, del Estatuto del Presidente y del Consejo de Gobierno de la Región de Murcia.

### **TERCERA.- Procedimiento de elaboración y conformación del expediente.**

En términos generales la tramitación del Proyecto se ha ajustado a 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) Con fecha 28 de septiembre de 2009 se publica en el Boletín Oficial de la Región de Murcia un anuncio por el que se “*somete a información pública y audiencia de los ciudadanos*” el Proyecto.

De conformidad con el artículo 53.3, letra b) de la Ley 6/2004, la decisión sobre el procedimiento escogido para dar audiencia a los ciudadanos afectados deberá ser motivada por el órgano que acuerde dicho trámite. Sin embargo, no consta tal motivación en el informe propuesta de Orden, de fecha 30 de julio, que el Servicio Jurídico de la Consejería de Presidencia y Administraciones Públicas eleva a la titular del Departamento, ni en la Orden que ésta firma con la misma fecha, lo que es lógico, pues únicamente dispone someter el Proyecto a información pública, no a audiencia.

Con posterioridad, y en respuesta a una observación formulada por la Dirección de los Servicios Jurídicos, la Dirección General promotora del Proyecto afirma que se han llevado a cabo ambos trámites (audiencia directa e información pública) en un mismo acto de publicación, puesto que coinciden los destinatarios de uno y otro.

Ante esta última manifestación acerca de la coincidencia entre los destinatarios de ambas figuras de participación ciudadana en el procedimiento de elaboración normativa, el Consejo Jurídico considera de interés recordar las diferencias existentes entre ambas, dado el riesgo de confusión existente entre ellas.

Así, como explicita claramente la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TS, en sentencia de 12 de febrero de 2002, los trámites de audiencia a los ciudadanos y de información pública son acumulativos y no alternativos, y ello porque la audiencia es un trámite preceptivo cuando existen ciudadanos afectados por el proyecto normativo y, en consecuencia, de obligado cumplimiento en el seno del procedimiento de elaboración normativa. Sus destinatarios, al contrario de lo que señala la Dirección General promotora del Proyecto, no coinciden con los de la información pública, pues ésta se dirige a los ciudadanos en general, estén afectados o no sus derechos e intereses legítimos por la normativa en proyecto, y no tiene carácter preceptivo, quedando su conveniencia o necesidad sometida a la consideración del Consejo de Gobierno o del Consejero competente por razón de la materia (art. 53.4, Ley 6/2004). En términos de la sentencia antes indicada *“la primera (audiencia directa) ...la refiere la norma como una de las formas posibles de llevar a cabo la audiencia a los ciudadanos cuyos derechos o intereses legítimos resulten afectados por la disposición de que se trate, en tanto que la segunda (información pública), referida a la generalidad de los ciudadanos con independencia de que se afecten o no sus derechos o intereses legítimos, viene condicionada a que la naturaleza de la disposición aconseje llevarla a cabo”*.

Hecha esta precisión y poniendo de relieve que se han infringido las normas que rigen la elaboración de los reglamentos, al haberse omitido la justificación del procedimiento elegido para dar audiencia a los ciudadanos afectados por la disposición, ha de concluirse que ello no supone una infracción que suponga la omisión de un trámite o requisito indispensable, ya que lo esencial es la audiencia y no el que se lleve a cabo en una u otra de las formas legalmente establecidas.

En el supuesto sometido a consulta se ha dado un tratamiento acumulativo a ambos trámites de participación, toda vez que expresamente se señala en el Anuncio publicado que su objeto es cumplimentar tanto la audiencia directa a los ciudadanos como la información pública. Es cierto que la vía utilizada para conferir audiencia, la inserción de un anuncio en un Boletín Oficial, no garantiza su plena difusión entre todos los posibles afectados, pero, dada la indeterminación de éstos, cabe considerar admisible dicha publicación a la luz de lo establecido en el artículo 59.5 LPAC, máxime cuando, en atención al objeto del Proyecto, no se adivina la existencia de organizaciones y asociaciones de ciudadanos cuyos fines guarden relación directa con el objeto de la disposición, a los que pudiera conferirse el indicado trámite de audiencia.

b) Aun cuando consta en el expediente una copia autorizada del texto definitivo del Proyecto, se ha omitido incorporar a la misma los Anexos a que se remiten diversos preceptos de aquél. Si tal omisión se debe a una voluntad de suprimir esta parte del texto, presente en anteriores

borradores pero omitida en la descripción del futuro Decreto que se contiene en el apartado II de su parte expositiva, deben depurarse en su articulado dichas remisiones.

c) Carece el expediente de la propuesta de la Consejera de Presidencia y Administraciones Públicas al Consejo de Gobierno para la aprobación del texto como Decreto.

d) Carece el expediente de un extracto de secretaría, en contra de lo preceptuado por el artículo 46.2 del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo Jurídico de la Región de Murcia, aprobado por Decreto 15/1998, de 2 de abril.

#### **CUARTA.- Del régimen de la representación.**

1. Por razones de técnica normativa y de sistemática interna de la norma, el régimen de la representación no debe incluirse en el Título Preliminar, cuyo contenido debe limitarse al de las denominadas disposiciones directivas, esto es, aquellas que fijan el objeto y fines, ámbito de aplicación y las definiciones que ayudan a la comprensión de algunos de los términos empleados en la norma. De hecho, esta observación se hace extensiva también a los principios y los derechos enumerados en los artículos 3 y 4 del Proyecto, que encontrarían mejor ubicación en un nuevo Capítulo I del Título I.

2. Atendido el objeto de la disposición sometida a consulta, su tratamiento de la representación ha de ser necesariamente modesto y quedar limitado al régimen de una de las formas de acreditarla en el procedimiento administrativo: la declaración mediante comparecencia personal del interesado (artículo 32.3 LPAC) ante las Oficinas de Atención al Ciudadano. Ello aconseja modificar la denominación del capítulo y suprimir el artículo 5, pues ambos parecen orientar hacia una regulación de la representación más amplia que la que en realidad se contiene en el Proyecto.

Del mismo modo, al epigrafiar el artículo 7 como “otorgamiento de la representación ante funcionario público” y regular únicamente la comparecencia ante las unidades de atención al ciudadano, se origina una cierta confusión, pues cabe interpretar el precepto en el sentido de que la acreditación de la representación en el procedimiento administrativo sólo puede realizarse en las indicadas oficinas, cuando no es así, pues no debe excluirse la posibilidad de efectuar esa comparecencia ante otras unidades, singularmente ante aquellas que asumen la instrucción de los procedimientos.

Se sugiere, en consecuencia, como epígrafe para el precepto: “acreditación de la representación mediante comparecencia ante las Oficinas de Atención al Ciudadano”. Así mismo, el precepto debería iniciarse con la clara expresión de su limitado ámbito regulatorio, al modo de, “cuando el interesado, en virtud de lo dispuesto en el artículo 32.3 LPAC, comparezca ante las Oficinas de Atención al Ciudadano para acreditar la representación...”

3. Para que la designación del representante surta efecto, el Proyecto exige que se produzca su aceptación en el mismo acto y que el funcionario actuante compruebe la identidad del representante, lo que obliga a una comparecencia simultánea de representado y representante ante la Oficina de Atención al Ciudadano, dificultando así la realización del acto. De hecho, considera el Consejo Jurídico que, atendida la naturaleza meramente acreditativa de la función que realiza la Oficina, sería suficiente la comparecencia personal del interesado que otorga la representación, cuya identidad sí ha de comprobarse. Éste debe señalar quién es su representante, con expresión de su nombre y dos apellidos, número de documento nacional de identidad y domicilio, y medio preferente a efecto de notificaciones, así como el alcance de la representación, es decir, a qué procedimiento administrativo y a qué facultades de las enumeradas en el artículo 32.3 LPAC se extiende la representación.

La aceptación de la representación así conferida puede ser expresa o tácita. La primera, tanto mediante comparecencia personal del representante como por escrito aportado por el interesado que otorga el poder. La segunda, es decir, la aceptación tácita, se produciría por los propios actos del representante, al intervenir en el procedimiento administrativo en nombre y por cuenta del interesado. Así, se establece para una figura similar a la representación como es el mandato, en el artículo 1710 del Código Civil. No parece necesario, por tanto, exigir una aceptación expresa del representante.

4. Una vez suprimido del Proyecto el denominado “Registro de representaciones” que se preveía en el artículo 10 del primer borrador, la alusión que el artículo 7.2 realiza a la constancia de los datos de la representación “en el asiento registral” parece haber quedado sin sentido, a menos que se entienda referida al asiento correspondiente al registro de entrada de los documentos. De ser así, debería expresarse más claramente.

5. La revocación de la representación no precisa más que de la manifestación expresa del interesado en dicho sentido, acreditando su identidad y señalando un medio preferente o lugar (mejor que domicilio) a efectos de las notificaciones sucesivas. Dicha manifestación puede hacerse tanto en las unidades corporativas de atención al ciudadano como ante la unidad instructora del

procedimiento en cuestión, resultando aplicables aquí las consideraciones efectuadas más arriba respecto a la posible interpretación restrictiva de las unidades ante las que se puede revocar la representación previamente otorgada.

Por razones de orden lógico, la regulación sobre la revocación debería ubicarse después de la de su otorgamiento.

#### **QUINTA.- Modelos normalizados.**

El Proyecto prevé el uso de modelos normalizados de instancia para el ejercicio de algunos de los derechos reconocidos en el mismo, incidiendo en dos extremos que merecen una especial consideración.

##### 1. El uso preceptivo de los modelos normalizados.

El artículo 70.4 LPAC impone a la Administración el establecimiento de modelos normalizados de solicitud cuando se trate de “procedimientos que impliquen la resolución numerosa de una serie de procedimientos”, debiendo tales modelos estar a disposición de los interesados en las dependencias administrativas. De esta configuración legal y del desarrollo reglamentario contenido en el artículo 5 RD 772/1999 para la Administración del Estado, en cuya virtud, el establecimiento de modelos normalizados se producirá “cuando se estime conveniente para facilitar a los ciudadanos la aportación de los datos e informaciones requeridos o para simplificar la tramitación del correspondiente procedimiento”, la doctrina administrativista mayoritaria coincide en señalar que no cabe extraer una obligación jurídica del ciudadano de constreñir su actuación ante la Administración a la utilización de un determinado modelo, porque ello contraría principios generales del procedimiento administrativo (antiformalismo y “pro actione”) y desconoce la posibilidad de subsanar las solicitudes defectuosas al amparo del artículo 71 LPAC. Por ello, si el interesado formula una solicitud que reúna todos los elementos necesarios (los del artículo 70.1 LPAC y los exigidos por la regulación específica del procedimiento en cuestión), aunque aquélla no se contenga en un modelo normalizado, no podrá ser inadmitida de plano por la Administración.

En atención a otros principios inspiradores del procedimiento como los de agilidad, eficacia, simplificación y racionalización administrativa, unidos a la necesidad de dictar una resolución en plazo, en determinados sectores de la actividad administrativa caracterizados por el gran número de interesados y la complejidad de los procedimientos (contratación administrativa, tributos,

pruebas selectivas de los empleados públicos, etc.) sus normas reguladoras imponen la utilización de modelos normalizados con carácter preceptivo, y así se recoge en el artículo 41 del Proyecto. También determina una obligación en tal sentido la tramitación electrónica de un procedimiento.

Si aplicamos estas consideraciones al supuesto concreto del apoderamiento (el artículo 7.4 del Proyecto prevé el uso obligatorio de un modelo normalizado para otorgar representación *apud acta*) y partiendo de los criterios que el mismo Proyecto contempla para la utilización preceptiva de los modelos normalizados en su artículo 41, no se advierten en aquél las características (gran número de interesados y especial complejidad del procedimiento) que pueden justificar dicha medida. Ello no obsta, por supuesto, a reconocer la conveniencia de disponer de tal modelo en las oficinas administrativas, pero sólo como instrumento que facilite al ciudadano su actuación, debiendo suprimir el carácter preceptivo de su utilización. Esta observación se hace extensiva al artículo 29.2 del Proyecto, según el cual se arbitrarán los medios para que todas las sugerencias o quejas se presenten a través de un modelo normalizado único.

2. En varios preceptos del futuro Decreto se deja al Consejero competente la fijación de los modelos normalizados. Es el caso del propio artículo 7.4 y, también, el 25.1, párrafo segundo, en relación con las quejas y sugerencias, lo que exige una consideración desde la perspectiva de la limitada potestad reglamentaria de los Consejeros, conforme a la consolidada doctrina de este Consejo Jurídico, expresada *in extenso* en nuestro Dictamen 176/2008, entre otros. En síntesis, baste con recordar ahora que los artículos 38 y 52.1 de la Ley 6/2004, limitan la potestad reglamentaria propia del Consejero a las cuestiones de índole doméstica y organizativa del propio Departamento, de forma que aquél no podrá dictar órdenes susceptibles de producir efectos *ad extra*, salvo que venga específicamente habilitado por una norma con rango legal.

El establecimiento de modelos normalizados de instancia o solicitud por disposición con rango de Orden ha sido objeto de consideración en anteriores Dictámenes de este Consejo Jurídico, singularmente el 23/2010, para concluir que el Consejero competente por razón de la materia puede establecer tales modelos sólo en la medida en que sean meros instrumentos de facilitación del trabajo burocrático y del ejercicio de los derechos de los ciudadanos, pero no cuando introducen en el formulario requisitos o condiciones que afectan a la actividad ejercida por el ciudadano ante la Administración y que no se encuentran recogidos en la reglamentación de la misma. Es decir, el modelo no puede constituir un complemento normativo del régimen material de la actividad, pues en tal caso constituiría un verdadero desarrollo reglamentario, que corresponde al Consejo de Gobierno, no al Consejero. De hecho, dado el carácter meramente instrumental del

modelo normalizado, su fijación constituye una manifestación de las facultades ejecutivas, no normativas, del Consejero.

En consecuencia, sólo en la medida en que el modelo normalizado, o el contenido mínimo de éste a que se refiere el artículo 25.1 del Proyecto, se limiten a plasmar en un formulario los requisitos y condiciones materiales que para el ejercicio de cada actividad se establecen en la reglamentación específica de ésta, puede admitirse su fijación por Orden del Consejero.

#### **SEXTA.- De los registros.**

1. El Proyecto reduce el Sistema Unificado de Registro a la condición de mera plataforma informática (art. 37), cuando el artículo 32 de la Ley 7/2004 lo configura como algo más, como un entramado de unidades que engloba a todas aquellas que realizan funciones de registro de entrada y salida de escritos, documentos y comunicaciones y que tiene por finalidad y razón de ser “*hacer real y efectivo el principio de proximidad a los ciudadanos*”. Desde esta perspectiva, el Sistema estaría compuesto por el Registro General, todas las Oficinas Corporativas de Atención al Ciudadano, tanto generales como especializadas que desempeñen funciones de registro, y los registros de salida de los órganos administrativos a que se refiere el artículo 35 del Proyecto.

Por ello, no es correcto que la definición del modelo del sistema se atribuya a las Direcciones Generales competentes en materia de informática y de atención al ciudadano (artículo 37.2 del Proyecto). La definición de dicho modelo, en tanto que desarrollo inmediato del perfilado por la Ley, es o debería ser el objeto principal del Título IV del Proyecto, sin perjuicio de que los indicados órganos directivos definan las aplicaciones informáticas, los requerimientos técnicos del sistema, etc., que conformen la plataforma informática que dé soporte y permita la implantación efectiva del Sistema Unificado de Registro.

A tal fin, el Título IV del Proyecto debería debutar con un nuevo precepto introductorio, que, partiendo del artículo 32 de la Ley 7/2004, ofreciera una visión general del sistema de registros de la Administración regional y precisara qué unidades de registro son las que lo integran.

2. Esta regulación, además, es crucial para determinar el *dies a quo* del plazo de resolución de los procedimientos iniciados a instancia de parte y para notificar la resolución, a que se refiere el artículo 42.3, letra b) LPAC. Este precepto básico dispone que dicho plazo se contará “*desde la fecha en que la solicitud haya tenido entrada en el registro del órgano competente para su*

*tramitación*”, registro que el artículo 32.2 de la Ley 7/2004 identifica como “*cualquiera de las unidades del sistema unificado de registro*”.

Sin embargo, el artículo 39.1 del Proyecto establece que el inicio del cómputo coincidirá con la efectiva presentación de la solicitud en cualquiera de las Oficinas Corporativas de Atención al Ciudadano, lo que implícitamente excluye del Sistema Unificado de Registro al Registro General de la Comunidad Autónoma regulado en el artículo 34 del Proyecto. Esta exclusión no es admisible, toda vez que, como ya se ha indicado, la configuración legal del citado sistema se basa en su carácter único e integrador de todas las unidades que realicen funciones de registro en la Administración regional.

El apartado 2 del mismo artículo 39 del Proyecto señala, a su vez, que la comunicación que, según el artículo 42.4, segundo párrafo, LPAC, ha de dirigir la Administración al interesado informándole del plazo máximo de duración del procedimiento y de los efectos del silencio, habrá de ser cursada por el órgano competente para resolver en el plazo de 10 días siguientes a la recepción del escrito en la unidad de registro. La atribución de esta obligación de información al órgano competente para resolver puede resultar difícil de cumplir en plazo en aquellos procedimientos complejos en los que la resolución corresponde a un órgano distinto al competente para su instrucción, pues en tales supuestos el órgano competente para resolver es probable que sólo tenga conocimiento de la solicitud planteada una vez que el órgano instructor haya finalizado su labor y le remita las actuaciones para resolver. Por ello, quizás fuera conveniente que la comunicación fuera expedida por el órgano instructor, que será el encargado de comenzar la tramitación del procedimiento. Así lo dispone el artículo 1 del Real Decreto 137/2010, de 12 de febrero, por el que se establecen criterios para la emisión de la referida comunicación en el ámbito de la Administración General del Estado.

El Proyecto, además, exceptúa la obligación de emitir dicha comunicación cuando la solicitud se haya formulado en modelo normalizado que ya especifique los extremos que habrían de ser objeto de aquélla. Esta excepción es contraria a la norma básica y, en consecuencia, ha de ser suprimida del texto.

En efecto, señala el Tribunal Supremo, en sentencia de 4 de abril de 2005, que el precepto (42.4, segundo párrafo LPAC) tiene su origen en el mandato del artículo 9 de la Constitución, que es desarrollado por el legislador, precisamente, para garantizar la seguridad jurídica. Señala que “*en él se establece una regla general, universal, que no admite excepciones*” pues se dirige a todas las Administraciones Públicas, que necesariamente informarán a los interesados, y se establece un



contenido explícito de ese mandato informativo. Dentro de ese contenido necesario de la información para garantizar la seguridad jurídica, se contiene un extremo que el modelo normalizado no puede contener a priori, como es el de la fecha en que la solicitud ha sido recibida por el órgano competente. Podría entenderse que de este extremo quedaría constancia en el recibo que el interesado obtendría al presentar el documento, pero ello sólo sería así si la presentación se hubiera realizado en el registro del indicado órgano, lo que no es obligatorio de conformidad con el artículo 38.4 LPAC, que admite la presentación en registros variados e, incluso en las oficinas de correos.

### **SÉPTIMA.- Observaciones particulares al texto.**

#### I. A la parte expositiva.

1. Debe incorporarse una referencia a las competencias y habilitaciones en cuya virtud se dicta el Decreto, con indicación tanto de los preceptos estatutarios que establecen aquéllas como de los legales que son objeto de desarrollo y ejecución, ya sean de ámbito autonómico o estatal.

2. En la fórmula promulgatoria, que antecede de forma inmediata a la parte sustantiva de la norma, debe citarse a este Órgano Consultivo con su denominación legal: Consejo Jurídico de la Región de Murcia.

#### II. A la parte dispositiva.

- Artículo 2. Ámbito de aplicación.

a) En el apartado 1, debe incluirse el artículo “la” antes de “Administración Pública”.

b) En el apartado 2, reconociendo las especificidades propias de la Atención al Ciudadano en la prestación asistencial y docente en los sectores sanitario y educativo, respectivamente, se pretende excluir dicha actividad de la aplicación del futuro Decreto, señalando que se regirán por su normativa específica en el ejercicio de los derechos a que se refiere el Proyecto.

Considera el Consejo Jurídico que sería necesaria una mayor precisión de la norma. En primer lugar, no parece que la exclusión de tales ámbitos deba alcanzar a todos los extremos del Proyecto, pues el régimen de los registros y de la presentación de documentos no parece que debiera verse afectado.

Además, en la medida en que la regulación de la Atención al Ciudadano en estos ámbitos educativo y sanitario se efectúe en disposiciones de rango igual o inferior al del futuro Decreto (a. e. Orden de la Consejería de Sanidad, de 26 de julio de 2005, sobre sugerencias, reclamaciones, quejas y agradecimientos formuladas por los usuarios de servicios sanitarios; o la futura Orden que resulte de la habilitación reglamentaria al titular de la Consejería para dictar tales disposiciones, contenida en el artículo 40 de la Ley 3/2009, de 11 de mayo, de derechos y deberes de los usuarios del Sistema Sanitario de la Región de Murcia) habría de salvaguardarse su vigencia.

Para evitar las dudas interpretativas expuestas, quizás debería expresarse que los servicios de información y atención al ciudadano relacionados con la actividad asistencial o prestacional de la Administración regional en los sectores sanitario y educativo, se regirán por su normativa específica y que, en defecto de tal norma, regirán supletoriamente las disposiciones del futuro Decreto.

Por otra parte, la Dirección General promotora del Proyecto habría de valorar si, entre los sectores excluidos de la aplicación directa del mismo debería incorporarse el social, atendida la existencia de la Oficina Regional de Información y Atención a la Dependencia y a la Discapacidad, creada por Orden de la Consejería de Trabajo y Política Social, de 9 de abril de 2007, y la Oficina Regional de Atención a la Inmigración de la Comunidad de Murcia (OFRAIN), creada por Orden de la misma Consejería, de 12 de abril de 2000, ambas con funciones específicas de asesoramiento e información al ciudadano en la materia.

- Artículo 4. Derechos.

a) El apartado a) recoge el derecho a elegir el canal de atención para relacionarse con la Administración Pública, *“salvo que resultan (sic) obligados a utilizar un medio concreto”*.

La Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos, (art. 27.1) parte de que los ciudadanos podrán elegir en todo momento la manera de comunicarse con las Administraciones Públicas, sea o no por medios electrónicos, excepto en aquellos casos en los que una norma con rango de Ley establezca o de ella se infiera la utilización de un medio no electrónico. El artículo 6 de la misma Ley reconoce el derecho de los ciudadanos a relacionarse con las Administraciones Públicas utilizando medios electrónicos para el ejercicio de los derechos previstos en el artículo 35 de la Ley 30/1992, así como para obtener informaciones, realizar consultas y alegaciones, formular solicitudes, manifestar consentimiento, entablar

pretensiones, efectuar pagos, realizar transacciones y oponerse a las resoluciones y actos administrativos. Es el apartado 6 del artículo 27 de la citada Ley 11/2007 el que como excepción prevé que, "reglamentariamente", las Administraciones Públicas podrán establecer la obligatoriedad de comunicarse con ellas utilizando sólo medios electrónicos, 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.

Puede advertirse cómo la restricción del derecho del ciudadano de utilizar los medios de comunicación o relación con la Administración se somete en la Ley 11/2007 a límites, como es la exigencia de disposición de rango legal para imponer la utilización de un canal no electrónico, que sólo puede excepcionarse mediante su previsión en norma reglamentaria, respecto a las personas jurídicas y determinados colectivos de personas físicas, en atención a sus especiales características y peculiaridades.

Por ello, debería precisarse en el artículo 4, letra a) del Proyecto que el derecho a la elección del canal de atención sólo puede excepcionarse con los límites establecidos en el ordenamiento jurídico, por lo que sólo podrá obligarse al ciudadano a utilizar un medio concreto cuando así esté previsto en una norma (por lo general la reguladora de determinados procedimientos concretos).

b) La remisión interna al Título IV que realiza el apartado e), debe ser corregida, pues en éste se regula el régimen de los registros y no el de la información administrativa.

- Artículo 8.- Concepto.

a) El epígrafe del precepto no concuerda con su contenido, relativo a los canales a través de los cuales los ciudadanos pueden relacionarse con la Administración regional.

b) La regulación contenida en el apartado 3, letras a) y b), relativa al registro electrónico de la Comunidad Autónoma (fue creado por Orden de la Consejería de Economía y Hacienda, de 14 de junio de 2006, con la denominación de Registro Telemático auxiliar del Registro General de la Comunidad Autónoma de Murcia) encontraría mejor ubicación sistemática en el capítulo (Título IV) destinado a los registros, donde, además, debería precisarse su forma de integración en el Sistema Unificado de Registros.

Por otra parte, la letra a) debería ser más precisa al establecer el tipo de actuaciones que pueden realizarse o documentos que pueden presentarse a través del registro electrónico de la Comunidad Autónoma, para lo cual habría de referirse a lo dispuesto en el artículo 24.2 de la Ley 11/2007, en relación con lo establecido en la norma de creación del registro electrónico, es decir, documentos electrónicos normalizados correspondientes a los servicios, procedimientos y trámites que se especifiquen en dicha norma de creación, y, si así se establece en ésta, cualquier solicitud, escrito o comunicación distinta de los anteriores, dirigido a cualquier órgano o entidad del ámbito de la Administración regional.

- Artículo 9. Concepto y clases (de la información administrativa).

a) En realidad, el precepto no regula ni enumera las distintas clases de información administrativa, por lo que debe eliminarse la referencia a éstas en el epígrafe.

b) En el apartado 2, la expresión “*independientemente del canal utilizado*”, que dada su ubicación en el texto parece sólo referible al principio de homogeneidad, debería suprimirse o, al menos, emplazarse al inicio del párrafo, para que todos los principios enumerados sean predicables de toda la información que se dé, sea cual sea el canal utilizado, haciendo efectivo el principio de neutralidad del canal informativo, como manifestación del de igualdad en el acceso a la información, evitando posibles discriminaciones en función de las dificultades de acceso a determinados canales, singularmente el electrónico.

- Artículo 11. Información general.

Debe suprimirse la referencia a la Guía de Servicios, pues el acceso por parte de los ciudadanos a todos los elementos o componentes de la información general, en la medida en que constituye un presupuesto para el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus obligaciones respecto de las Administraciones Públicas, no puede quedar condicionada a su incorporación al depósito general de información en que consiste la Guía de Servicios. Desde que la norma crea un órgano, distribuye funciones, regula un procedimiento o instituye un determinado servicio público, el ciudadano tiene derecho a conocerlo, lo que no puede depender de la actualización de la Guía.

- Artículo 12. Información especializada.

En el apartado 2 debería precisarse que la información se facilitará obligatoriamente a los ciudadanos “que la soliciten”.

- Artículo 13. Información particular.

Dentro del concepto de información particular previsto en el artículo, además de la relativa al estado de tramitación en que se encuentre el expediente administrativo y a la identidad de las autoridades y personal bajo cuya responsabilidad se tramite, ha de incluirse aquella que versa sobre los datos de carácter personal que, contenidos en el procedimiento, afecten de alguna forma a la intimidad o privacidad de las personas físicas. Dicha información habrá de facilitarse con las restricciones y condiciones que, en cuanto a sus destinatarios y al contenido de la misma, establecen la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal y el artículo 37 LPAC.

En idéntico sentido se expresa el Consejo de Estado en Dictamen 2234/2001, en relación a un proyecto de Decreto de Atención al Ciudadano de la Comunidad de Madrid.

- Artículo 15. Solicitud de información.

Deben ajustarse los plazos parciales establecidos en el apartado 2, cuya suma alcanza los 13 días, para poder cumplir con el general de 10 días previsto en el apartado 1.

- Artículo 18. Información adicional y servicios de comunicaciones electrónicas.

El apartado 2 reduce innecesariamente el ámbito y la virtualidad de las comunicaciones electrónicas, respecto a lo establecido en la legislación estatal (Ley 11/2007, art. 27), resultando incluso contrario a dicha normativa, máxime si el ciudadano ha elegido como medio de comunicación el electrónico.

Debe, al menos, suprimirse el último inciso, que puede inducir a confusión e interpretarse en el sentido de negar la posibilidad de efectuar notificaciones electrónicas, lo que sería abiertamente contrario a las previsiones del artículo 28 de la Ley 11/2007. Resulta, además, innecesario, pues ya se ha dicho con carácter general (art. 16.2, letra b) del Proyecto), que la información (toda ella, sea cual sea el canal utilizado) no servirá de instrumento de notificación.

- Artículo 19. Guía de Servicios: configuración, naturaleza y contenidos.

a) No es correcto afirmar que se crea la Guía de Servicios, cuando ésta existe ya y tiene reflejo en algunas normas del ordenamiento jurídico regional (a.e., Decreto 15/2000, de 30 de marzo, por el que se articula e impulsa la elaboración y ejecución del Plan Estratégico de Modernización de la Administración Pública de la Región de Murcia, y Decreto 294/2007, de 21 de septiembre, que crea el registro de apoderamientos, para facilitar las relaciones de los ciudadanos, a través de medios telemáticos, con la Consejería de Agricultura y Agua).

En consecuencia, lo que procede no es crear la Guía, sino fijar su concepto y perfiles, lo que de hecho no hace el precepto, pues el apartado 2 se remite, en cuanto a su contenido mínimo, a un Anexo que no ha sido incorporado al texto definitivo del Proyecto, sobre el que se emite este Dictamen.

b) Sin perjuicio de la responsabilidad de las distintas unidades gestoras de los procedimientos y servicios para actualizar la Guía de Servicios, sería conveniente que el Servicio de Atención al Ciudadano asumiera también la función de control o supervisión de dicha actualización de contenidos, dado que esta base de datos constituye la herramienta esencial no sólo de la labor informativa que tiene atribuida, sino también para el adecuado ejercicio por los ciudadanos de sus derechos, pues la información administrativa sólo es útil si es veraz y está actualizada.

- Artículo 20. Tramitación inmediata de solicitudes.

a) Debe suprimirse el inciso “sin perjuicio de lo dispuesto en el Capítulo II”, pues el precepto objeto de la presente consideración pertenece a dicho Capítulo y, en cuanto a su contenido, no parece necesario.

b) El precepto precisa, por el contrario, de una aclaración de su ámbito. Parece deducirse del mismo que se refiere a la posibilidad de que las Oficinas Corporativas de Atención al Ciudadano resuelvan, de forma inmediata y en el mismo acto y momento en que se formula la solicitud, determinados procedimientos administrativos, como es el caso de la tramitación y expedición de títulos de familia numerosa o de la renovación de demandas de empleo, previa encomienda de gestión a favor de aquéllas por parte del órgano titular de la competencia.

Al margen de la necesidad expuesta de que el precepto exprese claramente cuál es el objeto de su regulación, no debería excluir otras formas de traslación del ejercicio de la competencia y que, junto a la encomienda de gestión (limitada a la realización de actividades de

carácter estrictamente material y que no habilita al órgano o unidad encomendado a dictar actos jurídicos que den soporte al ejercicio de la competencia, que permanece en manos del órgano titular o encomendante), también pueden resultar útiles para ofrecer esos servicios de respuesta inmediata, como la delegación interorgánica de competencias, regulada en el artículo 13 LPAC.

c) Los apartados 4 y 5, encontrarían su ubicación más adecuada en el artículo 19.

-Artículo 23.- Conceptos.

En el apartado 2, debe anteponerse “de la” a “Administración Pública”.

- Artículo 26. Tramitación de quejas o sugerencias.

a) En el apartado 4, debería preverse algún mecanismo de reacción para el interesado si el Servicio de Atención al Ciudadano no contesta en el plazo señalado. Podría contemplarse, a tal efecto, la posibilidad de acudir a la Inspección General de Servicios.

b) La sugerencia o queja, sin perjuicio de su remisión a la unidad administrativa afectada por la misma, debería comunicarse, además, al órgano directivo del que dependa la unidad, para que tenga conocimiento de la insatisfacción de los ciudadanos o de las expectativas de mejora relativas a servicios que se prestan bajo su responsabilidad.

- Artículo 28. Disposiciones comunes a la tramitación de quejas y sugerencias.

a) En un sistema de quejas y sugerencias tan abierto y dirigido al ciudadano que incluso prevé la posibilidad de presentarlas de forma anónima, no llega a entenderse la existencia de un trámite de inadmisión por ser manifiestamente improcedentes. Es evidente que cabe pensar en quejas o sugerencias absolutamente alejadas de la realidad o carentes del más mínimo fundamento, que no deberían dar lugar a todo el procedimiento previsto para la tramitación ordinaria de las mismas. No obstante, en tales supuestos, más que una inadmisión, que parece contradecir la naturaleza misma de la queja o sugerencia como forma de acceder el ciudadano a la Administración, quizás lo más adecuado sería que el propio Servicio de Atención al Ciudadano, sin necesidad de dar cuenta a la unidad y al órgano gestor del servicio correspondiente, ofreciera al ciudadano una contestación acorde a los términos de la queja o sugerencia. También podría operarse así en el supuesto de quejas o sugerencias repetitivas, en las que se apreciara una identidad en el objeto de aquéllas.

b) No está justificada la interrupción de la tramitación de la queja o sugerencia cuando se interponga “un recurso administrativo o cualquier acción judicial con el mismo objeto que una queja o sugerencia”.

En nuestra tradición jurídica, aunque construida en el ámbito estrictamente procesal, es clásica la triple identidad (sujetos, objeto y causa) que se exige para apreciar litispendencia e impedir la continuación de un procedimiento como consecuencia de la existencia de otro en curso con el que guarda íntima relación.

En el caso de las quejas o sugerencias, su diferente naturaleza respecto de los procedimientos de impugnación de los actos administrativos en vía administrativa o jurisdiccional, singularmente en cuanto a la causa de pedir, determina que, de forma acertada y coherente con la tradición expuesta, el artículo 22.2 del Proyecto disponga que no se las puede calificar como recurso administrativo, ni interrumpen los plazos de prescripción o caducidad, ni condicionan en modo alguno el ejercicio de los derechos y acciones que pudieran ostentar los interesados. Del mismo modo y atendido su limitado alcance, las sugerencias y quejas tampoco deberían verse afectadas en su tramitación por la pendencia de recursos administrativos o procesos judiciales, sin perjuicio de que la contestación a dar a la queja o sugerencia pueda estar condicionada por aquellas actuaciones.

- Artículo 30. Oficinas Corporativas de Atención al Ciudadano. Naturaleza y tipología.

Según el apartado 5, las oficinas especializadas se crearán mediante los Decretos de Estructura orgánica, lo cual equivale a configurarlas como unidades administrativas de rango igual o superior a Sección, conforme al artículo 14.3 de la Ley 7/2004. Nada se dice, sin embargo, acerca de las oficinas de carácter general, ni sobre cómo se crean ni sobre su nivel jerárquico. También debería precisar el Proyecto en su apartado 3, cómo y a través de qué instrumento normativo se determinará en qué organismo autónomo existirá una oficina de carácter general.

- Artículo 31. Funciones.

a) Debería incluirse entre las funciones propias de las Oficinas Corporativas de Atención al Ciudadano la de orientar y asesorar sobre las actuaciones y solicitudes que se proponga realizar, para poder hacer efectivo el derecho reconocido en el artículo 35, letra g) LPAC.



b) En el apartado 1, letra f), el inciso “*conforme a lo previsto en el Título IV de este Decreto*”, debe referirse únicamente a la función de registro de solicitudes, escritos y comunicaciones, pues nada se dice en el indicado título acerca de la expedición de autoliquidaciones.

- Artículo 34. Registro General.

a) Debe sustituirse la mención al artículo 32 de la Ley 7/2004 como fundamento legal de la existencia del Registro General, por la Disposición transitoria segunda de dicha Ley, pues es en esta última donde se menciona tal registro.

b) La previsión del apartado 2, complementada con la disposición derogatoria del Proyecto, resulta un tanto confusa. Si se quiere mantener el actual horario de atención al público del Registro, contenido en la Orden de la Consejería de Administración Pública e Interior de 25 de noviembre de 1992, lo adecuado sería no decir nada en el artículo 34 (el horario de la Oficina, en tanto que cuestión estrictamente organizativa, no es necesario que sea regulado por Decreto) y excluir de la derogación de la Orden su artículo 1.

- Artículo 40. Recibo acreditativo de la presentación realizada.

a) Debe corregirse la denominación Oficinas “Regionales”, por la acuñada en el Proyecto de “Oficinas Corporativas de Atención al Ciudadano”.

b) Sería conveniente señalar en el apartado 1 que como recibo se admitirá una copia en la que figure la fecha de presentación anotada por la oficina, en consonancia con lo dispuesto en el artículo 70.3 LPAC.

c) En relación con el apartado 2, podría añadirse que cuando el funcionario encargado del registro advierta una discrepancia entre los documentos relacionados en la solicitud y los efectivamente aportados junto a ella, lo pondrá en conocimiento del presentador de la solicitud. Si éste persiste en su voluntad de presentar la documentación, el funcionario dejará constancia de la discrepancia mediante diligencia, en la que especificará qué documentos de los relacionados no se aportan o cuáles se adjuntan a la solicitud y no se relacionan en ella. La diligencia será remitida, junto al resto de la documentación, al órgano destinatario de la solicitud.

- Artículo 43. Identificación.

El artículo 35, letra i) LPAC reconoce a los ciudadanos el derecho, y, por tanto, impone a las autoridades y funcionarios el correlativo deber, de que se les facilite el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus obligaciones. Por su parte, el Acuerdo del Consejo de Gobierno de 17 de abril de 2009, por el que se adoptan Medidas Urgentes de Racionalización de la Actuación Administrativa, afirma que con ellas (entre las que se encuentra la unificación del sistema de registro de entrada de documentos y la puesta en marcha de una aplicación corporativa para la gestión de quejas y sugerencias) se pretende *“eliminar barreras burocráticas con las que se encuentran ciudadanos y empresas en sus relaciones con la Administración, mediante la supresión y reducción de cargas administrativas... facilitando el ejercicio de los derechos de los ciudadanos con plenas garantías”*.

En consecuencia y con carácter general, el establecimiento de nuevos requisitos que puedan dificultar la relación de los ciudadanos con la Administración, en el ejercicio de sus derechos o en el cumplimiento de sus deberes, debe venir ampliamente justificado, ya sea porque se considere que esa nueva imposición reviste carácter esencial para que el procedimiento pueda alcanzar su fin, de modo que sea imprescindible a tal efecto, o porque existan poderosas razones de interés público que la exijan. La genérica alusión a la seguridad jurídica que se contiene en el expediente parece insuficiente para justificar la exigencia de identificación del mero presentador o sujeto que se limita a presentar un documento en una oficina de registro, y que puede ser el propio interesado o un tercero, por lo que se sugiere su eliminación del texto.

- Artículo 44. Pluralidad de solicitudes, escritos o comunicaciones.

Dispone el precepto que, cuando se pretenda registrar simultáneamente más de diez escritos o solicitudes, deberá utilizarse un modelo donde se concretará la identidad de los interesados y un breve resumen de lo que se presenta.

El precepto es similar al que se contenía en el Proyecto de disposición que a la postre se convertiría en el RD 772/1999, y sobre el que el Consejo de Estado (Dictamen 4815/1998) manifestó que *“resulta excesivo condicionar la presentación de solicitudes, escritos o comunicaciones a que se acompañe de una “relación numerada de las mismas, especificando la identidad de los interesados, los órganos destinatarios y un extracto de los contenidos”, requisito que no se exige para la presentación individualizada de solicitudes, escritos, o comunicaciones. La Ley 30/1992 toma en consideración la pluralidad de solicitantes en el artículo 70.4 para imponer a las Administraciones Públicas la obligación de establecer modelos y sistemas normalizados de solicitudes cuando se trate de procedimientos que impliquen la resolución numerosa de una serie*

*de procedimientos y poner tales modelos a disposición de los ciudadanos en las dependencias administrativas, pudiendo los solicitantes acompañar los elementos que estimen convenientes para precisar o completar los datos del modelo, que deberán ser admitidos y tenidos en cuenta por el órgano al que se dirijan. En consecuencia, en este artículo habría que prever únicamente la posibilidad de presentar esa relación de solicitudes".* Siguiendo esta consideración, el precepto proyectado se modificó y dio lugar al artículo 3.2 RD 772/1999, en el que se establece que en las oficinas de registro existirá dicho modelo a disposición de los ciudadanos, pero no se les impone su utilización.

Considera el Consejo Jurídico, en línea con lo expuesto, que no deben exigirse al ciudadano que pretende registrar 10 o más documentos unas condiciones más gravosas que a aquél que únicamente presenta una solicitud. La existencia del modelo debe tender a facilitar al ciudadano el trámite de registro, no a dificultarlo.

- Artículo 45. Documentos no registrables.

a) El apartado 1, g) dispone que no se registrarán en ningún caso las solicitudes dirigidas a Órganos, Empresas o Fundaciones que no constituyan Administración Pública, en los términos previstos en la LPAC. Es cierto que los órganos de los poderes legislativo y judicial y otros órganos y entidades no integrados en la Administración Pública, se rigen por su normativa específica en materia de registro público de documentos, pero también lo es que en ciertos supuestos dicha normativa puede hacer un reenvío, incluso implícito, a las normas comunes del régimen jurídico de las Administraciones Públicas o al Procedimiento Administrativo Común, lo que determinaría que fuera plenamente aplicable lo establecido en el artículo 38.4 LPAC, habilitando la presentación en los registros de la Administración regional de escritos, comunicaciones y solicitudes dirigidos a dichos órganos y entes. Así lo advertía este Consejo Jurídico en Dictamen 54/2010, emitido a consulta de la Consejería promotora del Proyecto, en relación con la no admisión en un registro de la Administración regional de documentos dirigidos al órgano de gobierno del Poder Judicial.

Debe, en consecuencia, establecerse en el precepto proyectado una salvaguardia del supuesto en que la legislación específica de tales entes efectúe un reenvío a la LPAC.

b) En el apartado f) no debe obviarse la posibilidad de subsanación de los escritos y solicitudes que los interesados dirijan a las Administraciones Públicas, establecida por el artículo 71 LPAC, de forma que sólo será admisible la negativa a registrar el documento cuando, advertida por la oficina de registro la carencia de los requisitos mínimos necesarios establecidos por el artículo

70 LPAC, no sea viable proceder a su subsanación posterior, por ejemplo, por carecer de los datos identificativos del interesado, lugar y medio a efecto de notificaciones, etc.

Ello sin perjuicio de que en los casos en que la presentación del escrito se realice presencialmente ante la oficina de registro, el funcionario encargado de la misma advierta al ciudadano de las carencias de que adolece su escrito y le asista indicándole cómo subsanarlas (art. 35, letra i, último inciso, LPAC).

c) El apartado h) es contrario al artículo 38.4 LPAC y debe ser suprimido. Dispone el indicado precepto básico que las comunicaciones, escritos y comunicaciones que los ciudadanos dirijan a las Administraciones Públicas podrán presentarse, entre otros, en los registros de cualquier órgano administrativo de cualquier Administración de las Comunidades Autónomas. La limitación del ámbito material y funcional que es propia de las oficinas especializadas de atención al ciudadano tiene justificación en relación con las funciones informativas y de asistencia al ciudadano relacionadas en el artículo 31 del Proyecto, dadas las peculiares características de la materia sobre la que inciden, pero éstas, que según el artículo 30.5 del Proyecto son las que pueden determinar la atribución de funciones de registro, no amparan su limitación en cuanto a la recepción de escritos y comunicaciones, máxime porque su integración en el Sistema Unificado de Registros posibilita y facilita la recepción, registro y envío de todos los escritos y comunicaciones que se le presenten, independientemente de si su destinatario es el órgano administrativo del que dependen u otro de la misma o diferente Administración.

- Artículo 46. Participación de entidades colaboradoras y otras organizaciones en la presentación de escritos, documentos y solicitudes.

Debe suprimirse del texto la habilitación reglamentaria a los titulares de los Departamentos de la Administración regional para que establezcan “los supuestos y condiciones en que la presentación de escritos, documentos y solicitudes podrá realizarse a través de entidades colaboradoras de la Administración”, en tanto que sólo la Ley puede establecer tal tipo de habilitaciones, conforme a lo establecido en los artículos 38 y 52.1 de la Ley 6/2004.

Debe advertirse, además, que tal determinación normativa, en la medida en que tiene una evidente eficacia y relevancia externa por afectar al régimen de presentación de documentos por los ciudadanos ante las Administraciones Públicas (cfr. Art. 11.1 RD 772/1999), no meramente doméstica u organizativa, excedería los estrechos límites de la potestad reglamentaria de los Consejeros, conforme ya se indicó en este mismo Dictamen.

Cuestión distinta es que la normativa específica de los diferentes procedimientos, con el rango adecuado, pueda prever tal presentación de documentos en lugares distintos a los registros administrativos regulados en el Proyecto. Dicha norma habrá de determinar todos los extremos contenidos en el apartado 2 del precepto.

- Artículo 47. Derecho a no presentar documentos.

Debe citarse el artículo 35, f) LPAC, que reconoce este derecho con carácter general.

Asimismo, pueden precisarse los preceptos (artículos 6.2, letra b) y 9) de la Ley 11/2007 a que se refiere el apartado 2.

- Artículo 49. Presentación de documentos originales.

Sería conveniente añadir, en línea con lo establecido en el RD 772/1999, que en la copia sellada se dejará constancia no sólo de la fecha de presentación del documento original, sino también del lugar donde se entrega, dato que podría resultar útil en caso de un eventual extravío del documento original.

Del mismo modo, se considera más expresiva y precisa la regulación estatal cuando señala que en la copia se dejará constancia de un “*extracto del objeto del procedimiento o actuación para cuya tramitación se aporta*” (art. 7.2, letra b) RD 772/1999), que la proyectada, que alude a “*la finalidad que justificó la entrega*”.

- Artículo 50. Presentación de copias y régimen de compulsas.

a) El apartado 1, en su redacción actual, es redundante y no añade valor normativo alguno, pues la exigencia de aportar junto con la solicitud la copia de los documentos exigidos por la normativa aplicable, no depende de que así se disponga en el futuro Decreto, sino en las normas reguladoras de cada procedimiento.

Quizás lo que quiere expresar el precepto es que, cuando los interesados pretendan aportar junto a la solicitud copia compulsada de la documentación requerida por la normativa reguladora del procedimiento en cuestión, el personal encargado de las oficinas de registro actuará como se

dispone en los apartados siguientes del artículo. Si es así, debería ensayarse una redacción alternativa a la que consta en el texto sometido a este Consejo Jurídico.

Debería quedar constancia, en todo caso, de la identidad del funcionario, no sólo del órgano o unidad, que realiza la compulsa. Para ello bastaría con sustituir la disyuntiva “o” por “y” entre los términos “unidad” y “personal”, en el apartado 3, *in fine*.

b) Deben revisarse las remisiones internas contenidas en los apartados 4 y 5, pues parecen erróneas.

- Artículo 51. Solicitud de copias auténticas.

El apartado 3 resulta excesivamente oscuro en su redacción, generando no pocos problemas interpretativos. El primero y principal es que condiciona la posibilidad de solicitar la copia a que se ostente la “condición jurídica” exigida por la legislación general y específica aplicable al procedimiento o registro de que se trate. Si bien esta última alusión parece fácil de interpretar, en el sentido de que la expedición de copias por parte de determinados Registros como el Civil, Mercantil, de la Propiedad, etc. se regirán por su normativa específica y sólo podrán solicitarlas quienes reúnan los requisitos establecidos por ella, el significado de la expresión “condición jurídica exigida por la legislación general” no es de fácil aprehensión, debiendo ser identificada como la condición de ciudadano, de forma acorde con el contenido de todo el Proyecto. Así debería hacerse constar en el Proyecto, como hace el artículo 9.1 RD 772/1999, al señalar como sujetos que pueden solicitar copias auténticas, a los ciudadanos en general.

Y ello sin perjuicio de que en los siguientes apartados del precepto estatal, se proceda a perfilar esa posición activa, estableciendo limitaciones subjetivas, en relación con documentos que contengan datos nominativos o referentes a la intimidad de las personas (art. 9.3 RD 772/1999); y límites objetivos, en atención a las circunstancias y al contenido de los documentos cuya copia se solicita (art. 9.4).

Considera el Consejo Jurídico que es más clara y expresiva la regulación contenida en el reglamento estatal y que el Proyecto ganaría en precisión si siguiera su modelo.

III. A la parte final.

- Disposición adicional primera. Comunicaciones interiores entre órganos y unidades de la Administración Pública de la Región de Murcia.

En el apartado 2 debe añadirse, entre aquellos datos de los que debe quedar constancia, el de la recepción por el órgano destinatario de la comunicación interior, por así disponerlo el artículo 19.2 LPAC.

- Disposición derogatoria.

Sin perjuicio de lo expresado *ut supra* en relación con el horario de las unidades de registro, la técnica correcta para mantener la vigencia de una parte de la Orden que se deroga es la cita concreta de los preceptos de aquella que permanecerán en vigor.

- Disposición final segunda.

No se advierte en el texto ni en el expediente justificación alguna para eliminar el período ordinario de 20 días de *vacatio* de las disposiciones normativas, establecido en el artículo 52.5 de la Ley 6/2004.

#### **OCTAVA.- Observación general sobre el Proyecto.**

1. Advierte el Consejo Jurídico una escasa regulación de cuestiones que, teniendo una gran relevancia práctica en la actualidad, no han merecido una atención específica por parte de los redactores del texto. Es el caso de las implicaciones que en la materia objeto del futuro Decreto tiene la utilización de los medios electrónicos y de las exigencias que la Directiva de Servicios impone respecto a la eliminación o supresión de trámites administrativos para facilitar la libre prestación de servicios y el libre establecimiento de los prestadores de aquéllos, y que ha dado lugar a una modificación del régimen de las copias compulsadas contenido en el artículo 8 RD 772/1999.

Es cierto que tales cuestiones han sido objeto de regulación reglamentaria en el ámbito estatal por los Reales Decretos 1671/2009, de 6 de noviembre, de desarrollo parcial de la Ley 11/2007; y 136/2010, de modificación del RD 772/1999, y que su aplicabilidad por vía de supletoriedad en el ámbito autonómico determina que el tratamiento de dichos extremos en el Proyecto no sea estrictamente necesaria.

Sin embargo, dada la vocación integradora del futuro Decreto, que pretende regular en un solo texto todo el ámbito de la atención al ciudadano, comprendiendo las funciones de registro, información y quejas y sugerencias, determina que se eche de menos en el Proyecto una regulación más extensa de los registros electrónicos y de la utilización de los medios de esta clase para el ejercicio de las funciones objeto de regulación.

2. Debe realizarse una revisión ortográfica general del texto para corregir el uso de los signos de puntuación y los numerosos errores mecanográficos, ortográficos y sintácticos advertidos a lo largo del mismo.

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

### **CONCLUSIONES**

**PRIMERA.-** La Comunidad Autónoma ostenta competencia material para dictar la disposición sometida a Dictamen, correspondiendo su aprobación al Consejo de Gobierno.

**SEGUNDA.-** Son esenciales las consideraciones relativas a:

1. La preceptiva utilización de modelos normalizados para la acreditación de la representación mediante comparecencia personal ante funcionario público (art. 7.4 del Proyecto) y para la formulación de quejas y sugerencias (art. 29.2 del Proyecto), de conformidad con lo indicado en la Consideración Quinta de este Dictamen.

2. La configuración del Sistema Unificado de Registros como mera plataforma informática (art. 37 del Proyecto); las unidades de registro en las que la presentación de la solicitud determinará el *dies a quo* del plazo de resolución de los procedimientos iniciados a instancia de parte (art. 39.1 del Proyecto); y la necesidad de efectuar la comunicación a que se refiere el artículo 42.4 LPAC, que no puede excepcionarse en los términos previstos en el artículo 39.2 del Proyecto. Todo ello de acuerdo con lo expuesto en la Consideración Sexta de este Dictamen.

3. Las formuladas en relación con los artículos 11; 13; 18; 28; 44; 45.1, letras f), g) y h); 46; Disposición adicional primera; y disposición derogatoria, conforme a lo indicado en la Consideración Séptima.



4. La supresión en el texto de las remisiones que todavía se contienen en el mismo a los Anexos, los cuales parecen haberse eliminado del texto, conforme se advierte en la Consideración Tercera de este Dictamen.

**TERCERA**- El resto de observaciones, de incorporarse al texto, contribuirían a su mejoría técnica y a una más adecuada inserción en el resto del ordenamiento.

No obstante, V.E. resolverá.



## DICTAMEN 119/2010

<b>Asunto</b>	Resolución de contrato formalizado con la mercantil - - , S.L., por las obras de ampliación y reforma del Centro de Salud de la Unión.
<b>Consultante</b>	Consejera de Sanidad y Consumo
<b>Fecha</b>	21/06/2010

### Extracto de Doctrina

Una interpretación finalista del artículo 95.4 conduce necesariamente a sostener que tal período o lapso de tiempo está previsto por la LCAP para que la empresa pueda organizar sus trabajos y pueda continuar efectivamente con la ejecución de las obras, pero no, obviamente, para que persista en el mismo incumplimiento que llevó a la imposición de las penalidades.

### ANTECEDENTES

**PRIMERO.-** El 20 de noviembre de 2007 el Director Gerente del Servicio Murciano de Salud (SMS) adjudicó a “--, S.L.” (hoy “--, S.L.”) el contrato de ejecución de las obras de ampliación y reforma del Centro de Salud de La Unión, por un importe de 2.332.141,71 euros y un plazo de 24 meses desde el día siguiente a la firma del acta de comprobación del replanteo, que tuvo lugar, sin reparos sustanciales, el 24 de enero de 2008.

**SEGUNDO.-** El 28 de octubre de 2008, el director de las obras y el de ejecución de las instalaciones informan que, visitada la obra el 16 anterior, se comprueba que su ritmo de ejecución en las últimas semanas era muy lento, y que posteriormente se verifica que la obra está parada.

**TERCERO.-** El 10 de septiembre de 2009 los citados facultativos informan que, visitada la obra en el mes de agosto y el 8 anterior, comprueban que la obra está parada y que, según el planning del contrato, la primera fase de las obras tendría que haber terminado en el mes de mayo, resultando que todavía queda por ejecutar el 42% de dicha fase.

**CUARTO.-** Mediante escrito fechado el 16 de diciembre de 2009, la contratista manifiesta que tiene la “*firme determinación*” de cumplir con sus compromisos contractuales, pero que la actual coyuntura económica ha provocado el cese de la actividad de determinadas subcontratas, por lo que se han visto obligados a la reorganización y reprogramación de los trabajos de ejecución de las obras, por lo que solicita una ampliación del plazo contractual en doce meses.

**QUINTO.-** El 18 de diciembre de 2009 el director de las obras informa que, por lo realizado hasta ahora y con los datos del planning del proyecto, harían falta quince meses para poder terminar las obras que restan. Añade que no existe ninguna causa de tipo técnico que justifique el retraso experimentado, siendo éste imputable sólo a problemas internos de la contratista.

**SEXTO.-** El 14 de enero de 2010 el director de las obras informa, entre otros extremos, que sólo se ha ejecutado el 37,84% del total del presupuesto de ejecución material de la obra, reiterando que no existe ninguna causa de tipo técnico que justifique dicho retraso, siendo imputable sólo a problemas internos de la empresa.

**SÉPTIMO.-** El 16 de febrero de 2010 el Director Gerente del SMS acuerda imponer penalidades diarias a la contratista, a razón de 0,12 euros por cada 601,01 euros del precio del contrato, lo que resulta una penalidad diaria de 465,64 euros que, aplicado a 12 meses de ampliación del plazo del contrato, que asimismo se acuerda, dará lugar a una penalidad total de 169.958,60 euros, a descontar de las siguientes certificaciones de obras.

**OCTAVO.-** El 25 de marzo de 2010 el director de las obras informa que, visitada la obra el 18 anterior, se comprueba que apenas se han realizado unidades nuevas de construcción en los últimos meses, verificando que la obra está parada.

**NOVENO.-** El 7 de abril de 2010, el Director Gerente del SMS acuerda iniciar procedimiento para la resolución del contrato.

**DÉCIMO.-** El 12 de abril de 2010, el Servicio Jurídico del SMS informa que, de acuerdo con la legislación de contratos de las Administraciones Públicas, no es preceptivo otro trámite que la audiencia del contratista y el dictamen del Consejo Jurídico de la Región de Murcia, en el caso de formularse oposición por el contratista.

**UNDÉCIMO.-** A petición del SMS, el 22 de abril de 2010, la Oficina Técnica de Obras del SMS emite informe sobre el estado de las obras en cuestión, siendo visitadas el 21 anterior, en que se constata la inactividad en las mismas, al igual que en tres anteriores visitas, según se indica. Añade que las obras se encuentran *“sin modificación alguna respecto a la última certificación emitida y aprobada correspondiente al mes de septiembre de 2009”*, adjuntando un reportaje fotográfico de las mismas.

**DUODÉCIMO.-** El 30 de abril de 2010 la contratista presenta escrito de alegaciones en oposición a la resolución del contrato.

En síntesis, expresa que en su día no incurrió en incumplimiento del plazo del contrato por causa imputable a la misma, sino por circunstancias ajenas derivadas de la coyuntura económica actual, motivo por el cual, mediante Resolución de 16 de febrero de 2010, se le concedió una prórroga del plazo contractual por 12 meses, plazo que aún no ha concluido. Considera por ello que la iniciativa de resolver el contrato, adoptada un mes y medio después de conceder tal plazo, es contradictoria con aquel acto, tras el cual la empresa ha cumplido sus obligaciones contractuales porque ha continuado con la ejecución del contrato. Además, considera que, de acuerdo con el artículo 172 del Real Decreto 1.098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RLCAP), junto al acuerdo de iniciación del presente procedimiento debería haberse notificado la liquidación del contrato, lo que, al no hacerse así, determina la invalidez de dicho acuerdo, según jurisprudencia que cita. Termina solicitando la anulación del citado acuerdo de iniciación, el archivo del procedimiento y que se esté a lo establecido en la mencionada Resolución de 16 de febrero de 2010 (se refiere, en concreto, a *“la retroacción”* de las actuaciones a lo acordado por aquélla).

**DECIMOTERCERO.-** El 13 de mayo de 2010, el Servicio de Obras y Contratación del SMS emite informe sobre las alegaciones de la contratista.

En síntesis, señala que la Resolución de 16 de febrero de 2010 acordó la prórroga del contrato como una consecuencia necesaria, ex artículo 98 RLCAP, de la previa imposición de penalidades a la contratista, fundadas éstas en los informes emitidos por la dirección de las obras, que ponían de manifiesto la falta de ejecución de un importante porcentaje de las obras, vista la inminencia de la finalización del plazo contractual y de que no se acreditaban causas ajenas al contratista que justificaran su incumplimiento contractual y eliminaran la operatividad de su riesgo y ventura; es decir, que se procedió conforme a la posibilidad que otorga la legislación de contratos de las Administraciones Públicas cuando se advierte un incumplimiento de los plazos parciales o total del contrato por causa imputable al contratista y el órgano de contratación no decide la resolución del contrato, sino su continuación, con imposición en tal caso de penalidades, para compelerle así a su debido cumplimiento, acordando consecuentemente la prórroga del plazo contractual que se estime necesaria para que pueda efectuar dicho cumplimiento, que se cifró en 12 meses.

Por otra parte, señala que la resolución del contrato es posible porque el artículo 95.4 del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la LCAP (TRLCAP) permite proceder a tal resolución cuando el importe de las penalidades alcance el 5% del precio del contrato, resultando que las penalidades fijadas en la citada Resolución de 16 de febrero de 2010 son de cuantía superior a tal porcentaje (aunque se lleven devengadas penalidades por importe cercano al 2% de dicho precio). En cualquier caso, señala que, de acuerdo con los informes emitidos, las obras siguen paradas, de forma que tras 4 meses desde el inicio del nuevo plazo concedido por dicha Resolución, la contratista no ha realizado actividad alguna, por lo que se presume razonablemente que no podrá cumplir con el objeto del contrato en dicho plazo, lo que constituye una nueva causa de resolución del contrato. Por lo que respecta a la liquidación del contrato, señala que lo procedente es que se realice al tiempo de acordar la resolución de éste, no antes.

**DECIMOCUARTO.-** El 19 de mayo de 2010 se formula propuesta de acuerdo de resolución del contrato, con los efectos previstos en el artículo 113.4 TLCAP, es decir, con incautación y pérdida de la garantía prestada por la contratista por derivar la resolución contractual de un incumplimiento culpable de la misma, de acuerdo con los informes previamente emitidos.

**DECIMOQUINTO.-** Mediante resolución de 20 de mayo de 2010, el Director Gerente del SMS acuerda que se solicite el preceptivo dictamen del Consejo Jurídico de la Región de Murcia y que se suspenda, por tal motivo, el plazo máximo de resolución y notificación del procedimiento de resolución contractual.

**DECIMOSEXTO.-** Mediante oficio registrado de salida el 26 de mayo de 2010, y de entrada en este Consejo Jurídico el siguiente 27, el Secretario General de la Consejería de Sanidad y Consumo, por delegación de la Consejera, solicita la emisión de nuestro preceptivo Dictamen, acompañando el expediente y su extracto e índice reglamentarios.

**DECIMOSÉPTIMO.-** Mediante oficio registrado de entrada en este Consejo Jurídico el 1 de junio de 2010, el citado Secretario General nos remite Resolución del Director Gerente del SMS por la que se declara la suspensión del plazo máximo de resolución del procedimiento, con efectos desde el 26 de mayo anterior, fecha de registro de salida de la solicitud de dictamen a este Consejo Jurídico.

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 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 249.2 TRLCAP, aplicable al contrato de referencia, por lo que el presente Dictamen se emite con carácter preceptivo.

### **SEGUNDA.- Competencia y procedimiento.**

I. Compete al Director Gerente del SMS, en cuanto órgano de contratación, resolver el presente procedimiento.

II. A la vista de las actuaciones practicadas, puede decirse que se ha seguido, en lo sustancial, lo establecido para esta clase de procedimientos, pudiendo entrarse en el fondo de las cuestiones objeto del mismo.

Suspendido el plazo máximo de tres meses para la resolución del presente procedimiento a virtud de la solicitud del preceptivo y determinante Dictamen de este Consejo Jurídico, con efectos desde la fecha de registro de salida del escrito de consulta (vid. Dictámenes nº 51/2007 y 181/2009), una vez recibido el presente por el órgano consultante se reanudará dicho plazo máximo, lo que deberá ser tenido en cuenta a los efectos pertinentes.

**TERCERA.- Alcance y sentido de la Resolución del órgano de contratación de 16 de febrero de 2010: la imposición de penalidades al contratista y la consiguiente ampliación del plazo contractual. Procedencia de revocar la imposición de penalidades por no haber cumplido su finalidad, por causa imputable al contratista. Nuevo incumplimiento contractual culpable de éste. Procedencia de resolver el contrato con pérdida de la garantía.**

Para dar respuesta a las cuestiones que plantea el procedimiento dictaminado es necesario analizar el origen, la finalidad y el alcance de la Resolución del órgano de contratación de 16 de febrero de 2010. Como se expuso en los Antecedentes, los facultativos responsables del seguimiento de las obras venían poniendo de manifiesto desde varios meses antes de dicha Resolución el incumplimiento de los plazos parciales previstos en el correspondiente planning de ejecución del contrato (Antecedentes Segundo y Tercero). Posteriormente, ya en el último mes del

plazo total, consciente el contratista de la imposibilidad de cumplir con su objeto en dicho plazo, solicitó una prórroga por 12 meses, aduciendo dificultades en la ejecución debido a la coyuntura económica y problemas con los subcontratistas. A partir de tal petición, el 14 de enero de 2010, restando ya escasos días para la finalización del plazo contractual, los citados facultativos informaron que sólo se había ejecutado el 37,84% del total del presupuesto de ejecución material de la obra, y reiteraron lo expresado en informes anteriores en el sentido de que no existía ninguna causa de tipo técnico que hubiera justificado dicho retraso, siendo imputable sólo a problemas internos de la empresa.

A la vista de lo anterior, mediante el dictado de la reseñada Resolución del 16 de febrero siguiente, el órgano de contratación, en ejercicio de la facultad conferida por el artículo 95.3 TRLCAP y dentro del marco allí establecido, decide no resolver el contrato e imponerle determinadas penalidades para compelerle a su cumplimiento, medida ésta que requería, obviamente y como indica el artículo 98 RLCAP, del otorgamiento de la prórroga del plazo necesaria para la terminación del contrato: *“cuando el órgano de contratación, en el supuesto de incumplimiento de los plazos por causas imputables al contratista y conforme al artículo 95.3 de la Ley, opte por la imposición de penalidades y no por la resolución, concederá la ampliación del plazo que estime resulte necesaria para la terminación del contrato”*. Debe destacarse que dicha Resolución no fue recurrida por la contratista, por lo que le es plenamente oponible. A la vista de su contenido, el citado acto vino a establecer implícitamente que la demora sufrida en la ejecución del contrato, es decir, el incumplimiento contractual del plazo final, era imputable al contratista. Éste, en sus alegaciones, resalta el hecho del otorgamiento de la prórroga, pero oscurece el relativo a la imposición de penalidades, lo que resulta improcedente.

A partir del establecimiento de las referidas penalidades y de la prórroga del contrato subsiguientemente acordada, se plantea la incidencia que, a los efectos ahora pretendidos por la Administración de resolver el contrato, ha de tener lo dispuesto en el artículo 95.4 TRLCAP, en cuanto establece que *“cada vez que las penalidades por demora alcancen un múltiplo del 5 por 100 del precio del contrato, el órgano de contratación estará facultado para proceder a la resolución del mismo o acordar la continuidad de su ejecución con imposición de nuevas penalidades”*. En principio, de tal precepto se deduce la idea de que, cuando la Administración decide inicialmente la prosecución del contrato con imposición de penalidades, y no su resolución, el contratista tiene derecho a que aquélla no proceda a resolverlo hasta que transcurra un determinado lapso de tiempo, que se fija en función de las penalidades devengadas, en concreto, cuando alcancen una determinada cantidad, el 5% del precio contractual. Podría decirse que se trata de un período mínimo de *“garantía”* establecido en beneficio del contratista para que, durante el mismo, éste

pueda desarrollar los trabajos necesarios para cumplir adecuadamente el objeto contractual teniendo la seguridad de que, en ese período, la Administración no va a resolver el contrato. (Ahora bien, como se razonará seguidamente, tal derecho del contratista no es absoluto, pues el precepto debe ser objeto de una interpretación finalista y razonable). Y debe advertirse ahora que, en la medida en que, conforme con el artículo 95.3 TLCAP, el devengo de las penalidades que se impongan es diario, sólo cuando transcurran efectivamente los días necesarios para llegar al indicado porcentaje (aplicando la cuantía de la penalidad diaria a los días transcurridos) podrá afirmarse que las penalidades han alcanzado tal cifra legal. En este punto, el informe jurídico del SMS, después de reconocer que las penalidades devengadas hasta su emisión sólo alcanzan un 2% del precio del contrato aproximadamente, viene a considerar que ello no es óbice para proceder a la resolución contractual, porque el importe total de las penalidades previstas para el caso de que se aplicaran por todo el tiempo de la prórroga concedida (12 meses), supera el indicado porcentaje legal. Sin embargo, el mero hecho de que en la resolución de imposición de penalidades se prevea que las mismas puedan ser impuestas a lo largo de dicho plazo no implica que éstas efectivamente se devenguen, pues esto último sólo se produce cuando transcurren efectivamente los días, y no de una forma anticipada. Esto es, se confunde la mera fijación de penalidades, realizada en la antedicha Resolución, con su efectivo devengo, que se produce una vez transcurran los días, que es a lo que se refiere el comentado artículo 95.4; de otra forma, es decir, si no se tuviera en cuenta el tiempo efectivamente transcurrido, carecería de sentido que aquél indicara que *“cada vez que las penalidades por demora alcancen...”* el referido porcentaje, podrá procederse a resolver el contrato, esto es, deben alcanzarse efectivamente.

Conforme con lo anteriormente expuesto, resultaría que hasta el momento en que el devengo de penalidades diarias no hubiera alcanzado el porcentaje legal previsto en el comentado precepto, la Administración no podría proceder a resolver el contrato. Aplicado al caso que nos ocupa, vista la cuantía de la penalidad diaria acordada (465,64 euros) y la cantidad que resulta de aplicar al contrato el indicado porcentaje legal (el 5% previsto asciende aquí 116.607,08 euros), resulta que se requeriría devengar penalidades durante un periodo de 250,42 días para alcanzar dicho porcentaje, a contar desde el 24 de enero de 2010, fecha de efectividad de la prórroga del plazo contractual; período que se cumpliría el próximo 2 de octubre, tiempo hasta el cual el contratista tendría derecho a que la Administración no procediera a resolver el contrato.

Ahora bien, como se ha apuntado anteriormente, tal derecho no puede ser considerado en términos absolutos y sin consideración alguna respecto de la conducta del contratista durante el referido período de *“garantía”*. Una interpretación finalista del artículo 95.4 conduce necesariamente a sostener, como ya se apuntó en su momento, que tal período o lapso de tiempo



está previsto por la LCAP para que la empresa pueda organizar sus trabajos y pueda continuar efectivamente con la ejecución de las obras, pero no, obviamente, para que persista en el mismo incumplimiento que llevó a la imposición de las penalidades; ello significa que, para no defraudar su finalidad, el precepto lleva implícito que durante tal período de tiempo la contratista despliegue una actividad tal de la que razonablemente pueda inferirse que real y efectivamente está procediendo a ejecutar el contrato, en uso de la prórroga acordada, más allá de las meras intenciones o declaraciones que pueda haber realizado al respecto. En el caso que nos ocupa, los hechos revelan de forma patente y clara que en dicho periodo de tiempo la contratista no está ejecutando real y sustancialmente las obras: según el informe reseñado en el Antecedente Undécimo, de 22 de abril de 2010, las obras se encuentran *“sin modificación alguna respecto a la última certificación emitida y aprobada correspondiente al mes de septiembre de 2009”*, es decir, desde varios meses antes del otorgamiento de la prórroga del plazo; y, según el informe reseñado en el Antecedente Octavo, del 25 de marzo anterior, la obra se encontraba parada.

En tal situación, debe concluirse, en primer lugar, que la solicitud de prórroga presentada en su día por la empresa no obedecía realmente a una intención de disponer de más tiempo para proseguir de forma inmediata con la ejecución del contrato, sino de seguir alargando el plazo contractual hasta que, según puede deducirse, mejorara la actual coyuntura económica y estuviera en condiciones de retomar la ejecución de las obras, de las que resta alrededor del 60%, según los citados informes. De éstos se desprende con claridad que, en la actual situación de paralización de las obras y sin haberse ejecutado sustancialmente obra durante el tiempo ya transcurrido de la prórroga del plazo, el contratista tampoco podrá cumplir con el objeto del contrato en dicho plazo. Y respecto de la causa invocada por la empresa como justificativa de la demora en la ejecución del contrato, más allá de no acreditar extremo alguno al respecto, debe recordarse en todo caso lo expresado en nuestros Dictámenes nº 186/2009, de 26 de octubre, y 45/2010, de 1 de marzo, en el sentido de que *“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 sociopolítica se sitúan en el ámbito del alea empresarial como riesgos que le son imputables con carácter general”*. En el mismo sentido se pronuncia la Memoria de este Consejo Jurídico correspondiente a 2009.

En definitiva, resultaría contrario a la recta finalidad del precepto comentado, e incluso al mismo sentido común, que la Administración tuviera que esperar hasta la antes indicada fecha del 2 de octubre de 2010 para proceder a resolver el contrato, cuando la conducta de la empresa y la paralización de las obras revelan, visto el tiempo ya transcurrido y el restante para la finalización

del plazo contractual vigente, que en tal fecha restará por ejecutar una muy sustancial parte de las obras contratadas.

A la vista de lo anterior, y partiendo de que el indicado incumplimiento contractual es jurídicamente imputable a la empresa, debe concluirse, pues, que el comentado artículo 95.4 TRLCAP no es óbice, en el presente caso, para retrasar el ejercicio de la potestad de la Administración para resolver el contrato de referencia. La finalidad de lo previsto en tal precepto ha quedado desvirtuada, como se dice, por el proceder de la empresa, de forma tal que transcurrida una sustancial parte del referido período de “*garantía*” concedido por el indicado precepto, no continúa de forma sustancial y efectiva con la ejecución del contrato. Ello es así, además, hasta el punto de que la medida acordada por la Administración de imponer penalidades para compeler a la empresa a ejecutar el contrato en el nuevo plazo establecido, no ha cumplido con este objetivo legal, y ello no sólo por la indicada falta de ejecución de las obras, sino porque esta misma circunstancia ha impedido a la Administración siquiera poder hacer efectivas dichas penalidades, ya que la Resolución de 16 de febrero acordó que se hicieran efectivas en las “*siguientes*” certificaciones (presumiendo, con lógica, que éstas iban a reconocer créditos por obra ejecutada en los siguientes meses), lo que no consta que haya sido posible, dada la repetida falta de ejecución de obras.

En consecuencia con lo expuesto, las anteriores circunstancias ponen de manifiesto que el mantenimiento de la imposición de penalidades al contratista realizada por la antedicha Resolución resulta contrario a los principios inspiradores de la legislación de contratos de las Administraciones públicas, en cuanto tal medida punitiva no ha podido cumplir con su finalidad legal de compeler al contratista a continuar con la ejecución del contrato, por lo que es plenamente conforme con el interés público que se proceda a revocar tal determinación, tras lo cual, y conforme con lo razonado sobre la inaplicación en el presente caso de lo establecido en el artículo 95.4 TRLCAP, no existirá óbice legal para acordar la resolución del contrato de referencia, con incautación y pérdida de la garantía prestada, fundado en el incumplimiento culpable del contratista de su obligación esencial de cumplir con el objeto del contrato, sin perjuicio de la eventual indemnización de daños y perjuicios, todo ello en aplicación de lo establecido en los artículos 111,g) y 113.4 TRLCAP.

#### **CUARTA.- La liquidación del contrato.**

La contratista también alega que el acuerdo de incoación del presente procedimiento resulta contrario a Derecho porque el artículo 172.3 RLCAP exige que con su notificación se acompañe el acuerdo de liquidación del contrato. Del tenor de dicho precepto se extrae sin dificultad que lo allí

previsto es que la liquidación se notifique con el acuerdo de resolución del contrato, acto que, obviamente, aún no se ha producido. Pero es que, además, no puede afirmarse que la simultaneidad en las notificaciones de ambos actos sea un requisito de validez del acuerdo de resolución contractual, de forma que el procedimiento liquidatorio no pueda resolverse con posterioridad al de resolución del contrato, pues se trata de procedimientos con objetos distintos: en el primero se decide el incumplimiento del contrato, y en el segundo se determinan las prestaciones realizadas que son de recibo y se compensan, en su caso, los créditos entre las partes (indemnización de daños y perjuicios incluida).

La misma sentencia aportada por la empresa para defender su alegación permite deducir que lo esencial en este punto es que no se produzca indefensión al contratista. En efecto, en primer lugar, la alegada sentencia de 16-6-96, de la Sala 3ª del Tribunal Supremo, se refiere a la invalidez del acto de liquidación del contrato, no del acuerdo de resolución contractual; y, además, tal invalidez se aprecia no por el hecho de que con la notificación del segundo no se acompañara el primero, sino porque la liquidación notificada al contratista no comprendía lo relativo a la constatación y medición de las obras ejecutadas especificando las que fueran de recibo, con los saldos pertinentes, proceder que la Sala considera generador de indefensión al contratista, vicio éste que en modo alguno se produce si, con posterioridad al acuerdo de resolución contractual, la Administración tramita el procedimiento liquidatorio con todas las garantías y contenidos legales, como en nuestro caso deberá hacer el SMS si estima que, dentro del plazo de caducidad del presente procedimiento, no da tiempo a tramitar y resolver lo relativo a la liquidación de las obras.

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

### **CONCLUSIÓN**

**UNICA.-** Previa revocación de la imposición de penalidades acordada en la Resolución del órgano de contratación de 16 de febrero de 2010, procede resolver el contrato de referencia, por incumplimiento culpable del contratista de su obligación esencial de ejecutar las obras, con incautación y pérdida de la garantía prestada, por las razones expresadas en las Consideraciones Tercera y Cuarta del presente Dictamen, lo que deberá ser incorporado a la propuesta de resolución objeto del mismo.

No obstante, V.E. resolverá.



## DICTAMEN 120/2010

<b>Asunto</b>	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en una parcela de su propiedad por la tala de pino carrasco.
<b>Consultante</b>	Consejero de Agricultura y Agua (2004)
<b>Fecha</b>	21/06/2010

### Extracto de Doctrina

Se produjeron unos daños al haberse procedido a la tala de unos pinos carrascos existentes en la propiedad del reclamante, que fueron consecuencia de la actuación errónea de la Administración actuante, tal como reconoce expresamente la Dirección General del Medio Natural en varios informes de sus Técnicos.

### ANTECEDENTES

**PRIMERO.-** Con fecha 8 de marzo de 2005, x. presenta reclamación por los daños ocasionados en una finca de su propiedad, sita en Cieza, paraje del Barranco de San Pablo, al efectuarse sin su autorización, por personal contratado por la entonces Consejería de Industria y Medio Ambiente, la tala de 21 pinos carrascos, algunos de los cuales tenían hasta 100 años. Solicita se abra una investigación para determinar los hechos y cuantificar la indemnización que ha de serle reconocida por la pérdida de esa masa forestal.

Casi un año después, en concreto el día 15 de febrero de 2006, tiene entrada en la citada Consejería escrito del letrado x., en nombre y representación del reclamante, indicando que a pesar del tiempo transcurrido su mandante no ha recibido contestación ni satisfacción alguna por parte de la Administración, por lo que reitera el contenido de su escrito inicial, del que acompaña copia, al tiempo que efectúa una primera valoración de los daños sufridos, tanto materiales como morales, en 50.000 euros, anunciando una posterior justificación de la cantidad reclamada.

Se acompaña al escrito copia de la escritura notarial en la que consta el poder otorgado por el reclamante a favor del Letrado antes mencionado.

**SEGUNDO.-** A continuación aparece en el expediente comunicación interior de la Directora General del Medio Natural dirigida a la Secretaria General de la Consejería consultante, a la que se

acompaña informe fechado el 16 de marzo de 2006, emitido por los técnicos que tienen a su cargo la demarcación de Cieza, en el que se deja constancia de las siguientes circunstancias:

1ª. Los hechos ocurrieron con ocasión de los trabajos selvícolas llevados a cabo por la Dirección General del Medio Natural, a fin de crear un área cortafuegos con la finalidad de aumentar la protección de los sistemas forestales existentes en la zona ante posibles incendios forestales. A tales efectos se contrató con la empresa consultora --, S.L. Ingeniería y Medio Ambiente, la redacción del proyecto “Área cortafuegos y arreglo de caminos en el monte La Atalaya”, de Cieza. La ejecución de dicho proyecto, visado por el Colegio de Ingenieros de Montes, una vez supervisado y firmado por los técnicos que emiten el informe, fue adjudicada a la empresa x, --, S.L., que lo llevo a cabo de forma totalmente satisfactoria y en los plazos previstos.

2ª. El motivo por el que la dirección de la obra no se puso en contacto con el propietario, hoy reclamante, fue una falta de coordinación con la empresa adjudicataria, debido a que la superficie de la que es titular el reclamante es, en términos relativos, insignificante sobre el total de la zona afectada (700 m2 frente a los 105.700 m2 del total de la faja proyectada).

3ª. Una vez se tuvo conocimiento de la negativa del propietario a la ejecución de las labores selvícolas previstas, éstas se interrumpieron de forma inmediata, sin ejecutar la fase prevista de desbroce del matorral.

4ª. Existe un error en relación con el número indicado por el reclamante de pies apeados en su finca, ya que éstos ascendieron a 11 y no a 21, señalando que *“pudiera ser que éste (el reclamante) hubiera incluido árboles muertos -y que estaban cortados con anterioridad- como consecuencia de un incendio anterior y que casualmente se originó en su propia finca”*.

5ª. El informe finaliza con la siguiente conclusión:

*“La ejecución por parte de la Dirección General del Medio Natural de un área cortafuegos en la pista forestal que recorre la base del monte La Atalaya, término municipal de Cieza, ha supuesto una favorable acción de descarga de los combustibles forestales presentes en la zona, todo ello con la finalidad evidente de reducir o eliminar el riesgo de propagación de incendios, habida cuenta de que se trata de una zona donde en los últimos años se han producido reiterados incendios forestales.*

*Por tanto, en contra de lo expresado por el denunciante, los hechos acontecidos no se pueden calificar como 'daño intencionado contra una propiedad particular', sino como una labor preventiva contra incendios en una masa forestal de innegable valor ecológico como es el monte La Atalaya, del que forma parte, aunque de manera claramente marginal, la finca del denunciante.*

*Abundando en esta consideración, es obvio que esta finca posee hoy en día mejor disposición y estructura preventiva contra incendios, por lo que su capacidad de persistencia en el tiempo y por ende, su valor intrínseco, es netamente superior al de su estado inicial".*

**TERCERO.-** Admitida a trámite la reclamación y designada instructora mediante Resolución del Secretario General de la Consejería de Industria y Medio Ambiente, aquélla solicitó al reclamante copia de diversa documentación, al tiempo que le requería para que determinara y justificara la cuantía económica de la reclamación, acreditando mediante informe emitido por técnico colegiado, los árboles que efectivamente fueron talados al hacer el cortafuegos y la valoración de los mismos.

En contestación a tal requerimiento, el interesado presenta escrito al que acompaña copia de la siguiente documentación debidamente compulsada:

1. DNI del reclamante.
2. Escrituras mediante la que se acredita la propiedad de la finca en la que fueron talados los árboles.
3. Certificado de una entidad bancaria en la que consta el número de cuenta del reclamante.
4. Informe emitido por x., Ingeniero Técnico Forestal, en el que, en síntesis, se manifiesta lo siguiente:

a) Según la inspección visual de la zona y conteo de tocones dentro de la parcela, se ha establecido que el número total de ejemplares apeados asciende a 21, según las siguientes clases diamétricas:

- De menos de 20 cm., 12 ejemplares
- Entre 20 y 35 cm., 6 ejemplares
- De más de 35 cm., 5 ejemplares

(Se observa que la suma del desglose por diámetros no coincide con el total, de donde se deduce que se ha debido cometer un error al consignar dicho desglose).

b) Los daños producidos como consecuencia de la tala se pueden clasificar en ecológicos, estéticos e históricos y paisajísticos y ornamentales.

c) Utilizando la denominada "Norma Granada" lleva a cabo la valoración de 21 ejemplares de pino carrasco, de alturas variables, bien desarrollados, fotosintéticamente activos y adecuado estado sanitario, expectativa de vida buena, gran valor estético y funcional, rareza media, situación excelente y con factores extraordinarios medios, relativos al uso social que se describe en el informe, obteniendo, tras las operaciones que se recogen, la cifra de 40.260,99 euros.

En el mismo escrito el reclamante solicita la práctica de las siguientes pruebas:

- Testifical de las siguientes personas: x; y, (perito redactor del informe de valoración); del técnico responsable de las operaciones de tala y de la persona que materialmente llevó a cabo el marcado de los árboles que fueron talados.

- Documental, consistente en que se una al expediente el plan de trabajo o documento que establece las labores que fueron realizadas.

Finaliza solicitando una indemnización de 50.000 euros: 40.260,99 en concepto de daños materiales, según cuantificación que se refleja en el informe pericial, y 9.379,01 euros por daños morales.

**CUARTO.-** Copia del expediente es remitida a la Dirección General del Medio Natural en solicitud de informe sobre los siguientes extremos:

1. A la vista del informe pericial aportado por el reclamante, valoración detallada de los daños ocasionados.

2. Relación de causa a efecto entre los hechos producidos y los daños alegados.

3. Especificar, a la vista del expediente de contratación de las obras de realización de un "Área de cortafuegos y arreglo de caminos en el monte de La Atalaya", si el cortafuegos a que hace referencia dicho expediente y el informe de fecha 16 de marzo de 2006, debía efectuarse únicamente en el monte público de la Atalaya o, por el contrario, estaba previsto en el Proyecto que además iba a transcurrir por fincas de propiedad privada.

4. Cualquier otra información que se estime de interés.

En contestación a dicho requerimiento por el Jefe del Servicio de Ordenación y Gestión de los Recursos Naturales se remite informe emitido por el director de la obra, x., del siguiente tenor literal:

*“En respuesta a la petición de nuevo informe acerca de la Reclamación de Responsabilidad Patrimonial formulada por x. sobre tala de pinos en finca de su propiedad, sita en el Paraje Barranco de San Pablo, Monte La Atalaya, término municipal de Cieza, le informo lo siguiente:*

*A) Como es sabido, el caso que nos ocupa consiste en una reclamación de daños formulada como consecuencia de la ejecución por parte de la Administración Regional de una Faja Auxiliar preventiva contra incendios forestales en la finca privada del reclamante, junto al Monte Público nº 44 del CUP "La Atalaya", término municipal de Cieza.*

*Durante su ejecución y como consecuencia del desconocimiento de la naturaleza privada de los aproximadamente 700 m2 donde acontecieron los hechos, se produjo la corta de ONCE ejemplares de Pino carrasco y no veintiuno como expresa el Reclamante. Esta diferencia numérica, obedece según criterio del Técnico que suscribe, a que el reclamante posiblemente haya contabilizado como pies cortados durante la ejecución de la faja auxiliar (año 2005), unos pinos que como consecuencia de un incendio forestal acaecido en fecha 27/04/2003 y que se inició por motivos desconocidos, precisamente en la finca del reclamante, ardieron o fueron gravemente afectados por el fuego. Este incendio se extendió rápidamente al monte público nº 44, afectando a un total de 1,4 Has.*

*Posteriormente, esta Administración procedió a la inspección del estado sanitario de los árboles afectados en el incendio, detectándose la presencia incipiente de plaga forestal (escolítidos perforadores), procediendo a la corta urgente de aquellos pies quemados y/o moribundos, que, en el caso de la finca en cuestión, también existían y que se eliminaron sin oposición del dueño en aquella ocasión y sin coste alguno para éste. En concreto se trataba de SIETE ejemplares de Pino carrasco en cuyo tocón (parte inferior del tronco que queda en el terreno tras el corte) aún se puede apreciar la corteza quemada.*

*Vistos estos antecedentes, es fundamental indicar que en el Informe de daños presentado por el reclamante, se emplea como método de valoración la Norma Granada, siendo éste por*



definición, un método de valoración económica específico para árboles ornamentales, empleado generalmente en el mundo de la jardinería para el caso de árboles ejemplares de carácter monumental, no siendo aplicable a pies pertenecientes a masas forestales continuas como es el caso que nos ocupa.

Es el momento de expresar que el método de valoración que a continuación se va a emplear, es el que desde este Servicio de Ordenación y Gestión de los Recursos Naturales se utiliza ordinariamente para la valoración de actuaciones similares cometidas por terceros, sirviendo por tanto para el cálculo de la cuantificación económica de los daños y perjuicios ocasionados.

Consiste en la suma del valor de tres factores (Fuentes: 'Valoración de infracciones contra la propiedad pública. Ocupaciones, roturaciones y daños ecológicos'; Dirección General del Medio Natural, 2001, y 'Actuaciones legales en defensa del Medio Natural', Dirección General del Medio Natural, 2003):

#### 1. Daños ecológicos

Valor Ecosistema Arbolado: 378,63 €/Ha.

Total Daños Ecológicos: 378,63 €/Ha.

#### 2. Perjuicios Ambientales

Valor protector, riesgo alto: 2.317,73 €/Ha.

Valor recreativo, daño pasajero: 125,01 €/Ha.

Valor paisajístico, daño pasajero: 151,45 €/Ha.

Valor de costes sociales, daño pasajero: 64,42 €/Ha.

Total Perjuicios Ambientales: 2.658,61 €/Ha.

#### 3. Pérdidas en productos maderables

Para cubicar la madera extraída se empleará la Fórmula de Huber:

$$V = \frac{\pi \cdot dm^2 \cdot l}{4}$$

Donde V= volumen de cubicación

dm= diámetro medio del fuste

l= longitud del fuste

Los datos del conteo real obtenidos en campo recabados por la Guardería Forestal a cuyo cargo se encuentra la vigilancia de este monte son los siguientes:

*Total número de árboles apeados en monte privado: 11*

*Número árboles maderables : 4*

*(Diámetro > 22 cm.; Altura 8-10 m.)*

*1 ejemplar de 28 cm. de diámetro*

*1 ejemplar de 30 cm, de diámetro*

*1 ejemplar de 35 cm. de diámetro*

*1 ejemplar de 44 cm. de diámetro*

*Número árboles no maderables: 7*

*Diámetro ≤ 22 cm.; Altura 5-6 m.)*

*1 ejemplar de 10 cm. de diámetro*

*2 ejemplares de 11 cm. de diámetro*

*2 ejemplares de 16 cm. de diámetro*

*1 ejemplar de 20 cm. de diámetro*

*1 ejemplar de 22 cm. de diámetro*

*Los diámetros se han medido directamente sobre el tocón existente, mientras que las alturas se han calculado por comparación con árboles en pie de similares diámetros y en la misma zona.*

*Por tanto, tras aplicar la fórmula anterior a los datos de los pies maderables se obtiene el siguiente volumen de madera: 3,04 metros cúbicos, que multiplicado por 24,04 €/m<sup>3</sup> (precio unitario de m<sup>3</sup> de madera de Pino carrasco) alcanza los 73,08 Euros.*

*Se debe indicar por otro lado que, el resto de pies apeados, es decir los no maderables, se consideran como no aprovechables desde el punto de vista maderero, valorándolos como leñas, aplicándose la mitad del precio de la madera. Por tanto, una vez calculado el volumen de leñas, se obtiene el valor de 0,67 metros cúbicos multiplicado por 12,02 €/m<sup>3</sup>, alcanza un total de 8,05 Euros.*

*Por tanto, como suma de los apartados 1 y 2 se obtiene la cantidad de 3.037,24 €/Ha., que, multiplicado por 0,07 Has. de terreno afectado ofrece la cantidad de 212,60 €. en concepto de Daños Ecológicos y Perjuicios Ambientales.*

*A esta cantidad se le suma la Pérdida en Productos Maderables, alcanzando la cantidad total de 293,73 euros como Valoración Total de los daños ocasionados.*

*B) En cuanto a la relación causa a efecto entre los hechos producidos y los daños alegados, me remito al contenido y explicaciones que en el Informe de fecha 16/03/2006 se expresaron en tal sentido (adjunto dicho informe).*

*C) Efectivamente, en el proyecto de ejecución de obra no se contempló (por simple desconocimiento del equipo redactor de la empresa Latizal, S.L.) que, de los 105.700 m2 del total de los trabajos previstos, en torno a 700 m2 no eran de titularidad pública, sino privada, ya que este extremo no es perceptible a primera vista puesto que en conjunto se trata de una masa forestal homogénea y sin diferenciación evidente en el terreno”.*

**QUINTO.-** Tras haber dejado de prestar sus servicios en la Consejería consultante la instructora del expediente, con fecha 7 de enero de 2008, el Secretario General de dicha Consejería procedió a designar nueva instructora, dando traslado al reclamante a efecto de que pudiera ejercer, en su caso, el derecho que le asistía a su recusación, de acuerdo con lo previsto en el artículo 29 en relación con el 28 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en lo sucesivo, LPAC).

**SEXTO.-** Otorgado trámite de audiencia al interesado éste presenta escrito fechado el 1 de febrero de 2008 en el que alega lo siguiente:

1. Impugna la cantidad que la Consejería ha fijado como importe de los daños, indicando su falta de objetividad al haber sido calculada por el mismo técnico que dirigió la obra.

2. Defiende la idoneidad del método seguido por su perito para valorar los daños, porque *“la valoración de los árboles debe aspirar a reflejar una función de utilidad de contenido económico, pero a través de cierto equilibrio entre los procedimientos estrictamente econométricos y las componentes de significación simbólica, paisajística, histórica, estética o de bienestar...”*, circunstancias que la “Norma Granada” atiende perfectamente.

3. También impugna el informe del x., director de la obra, en cuanto al número de árboles talados, indicando que el primer informe elaborado por este mismo técnico el día 16 de marzo de

2006, es decir, en un momento más cercano a la fecha en la que se produjeron los hechos, no se negó que el número de pinos afectados fuese de 21.

4. Junto a la denuncia inicial se aportó un CD con fotografías en el que se apreciaba claramente los árboles afectados, sin que ninguno de los troncos presentara muestras de haber estado en mal estado ni muchos menos hubiera sido afectado por un incendio previo.

**SÉPTIMO.-** Como consecuencia de la reorganización de la Administración Regional que se produjo en septiembre del 2008, se hizo preciso el nombramiento de un nuevo instructor, lo que se llevó a cabo mediante Resolución del Secretario General de la Consejería de Agricultura y Agua (Departamento que a partir de esa fecha asumió las competencias en materia de Medio Ambiente), de lo que se dio traslado al interesado a efecto de que pudiera ejercer, en su caso, el derecho que le asistía a su recusación, de acuerdo con lo previsto en los artículos de la LPAC antes referenciados.

**OCTAVO.-** Seguidamente el órgano instructor dirige escrito al Jefe del Servicio de Caza, Pesca Fluvial y Defensa del Medio Natural, solicitando informe sobre los siguientes extremos:

1. Siniestros acaecidos en el monte público núm. 44 del CUP "La Atalaya", en el término municipal de Cieza.

2. Si el método de valoración de los daños y perjuicios utilizado en el informe emitido por x. en su informe del día 29 de junio de 2007, es el que habitualmente utiliza la Administración forestal, y si es necesario actualizar las cuantías utilizadas para el cálculo al día de la fecha.

3. Cualquier otro punto que se estime conveniente.

El informe solicitado es evacuado el día 30 de noviembre de 2009 en el siguiente sentido:

*"Según los antecedentes mencionados, así como la petición formulada por el servicio jurídico, el técnico que suscribe procede a informar lo siguiente:*

*Siniestros acaecidos en el monte público n°44 del CUP "La Atalaya" en el término municipal de Cieza.*

*Según consta en la Base de Datos de Estadística (EGIFW) del Ministerio de Medio Ambiente, Rural y Marino, efectivamente, el día 27 de abril de 2003, se produjo un incendio forestal en el paraje Barranco de San Pablo, término municipal de Cieza.*

*Dicho incendio fue detectado a las 16:40 horas y extinguido a las 20:45 horas del mismo día, y según consta en el parte correspondiente del Ministerio (N° 2003300049) se vieron afectadas 1,4 hectáreas, de las cuales 1,2 Has. eran de naturaleza forestal arbolada y 0,2 ha eran de naturaleza agrícola.*

*Según la información disponible en los partes de estadística, dentro de toda superficie forestal afectada, se quemaron aproximadamente 710 pinos carrascos maderables, así como 738 pinos carrascos no maderables, entre otras especies secundarias como albaida, espino negro, romero, esparto, etc., habiéndose comprobado que la parcela en cuestión se encuentra dentro de la superficie afectada.*

*En cuanto a las causas de dicho incendio, las investigaciones indicaban que el punto de inició se realizó junto a unos cultivos, y en principio era intencionado.*

*Método de valoración de daños utilizado en el informe evacuado por x. el día 29 de junio de 2007.*

*En cuanto al informe de valoración de daños emitido por el técnico Director de Obra, el técnico que suscribe ratifica dicha valoración y afirma que dicho método es el utilizado habitualmente por esta administración forestal para la valoración de actuaciones similares cometidas por terceros, incluyendo las valoraciones realizadas como consecuencia de daños producidos en superficies forestales por incendio.*

*En lo referente a la actualización de las cuantías utilizadas para el cálculo a día de la fecha, no se considera necesario ya que no ha habido una variación significativa en los precios de mercado de los productos estimados.*

*De igual forma ratifica que el método denominado "Norma Granada" es un método especial de valoración utilizado para árboles ornamentales, y empleado generalmente en jardinería para árboles monumentales, no siendo aplicable a pies de masas forestales continuas, como es el caso de valoraciones forestales".*

**NOVENO.-** Con fecha 1 de diciembre de 2009 se formula la propuesta de resolución estimatoria en parte y en la cantidad indicada por el órgano preinformante, es decir, 293,33 euros, por considerar que el número de pinos carrascos talados fue el de 11 y que la valoración correcta es la que han efectuado los técnicos de la Dirección General del Medio Natural, pues ha seguido el método que normalmente se usa en relación con masas forestales, en tanto que el utilizado por el perito del reclamante es específico para árboles ornamentales.

**DÉCIMO.-** El 9 de diciembre de 2009 tiene entrada en este Consejo Jurídico un oficio del Secretario General de la Consejería citada en el que, por delegación del Consejero, solicita la emisión de nuestro preceptivo Dictamen, acompañando el expediente.

A la vista de los referidos Antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

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

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

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

La legitimación activa reside, cuando de daños materiales en las cosas se trata, en quien ostenta su propiedad o cualquier otro derecho de goce en cosa ajena, dado que éste será quien sufra el perjuicio patrimonial ocasionado por el funcionamiento de los servicios públicos. En el supuesto sometido a consulta, el reclamante afirma haber sufrido daños en una finca de su propiedad, lo que acredita mediante la aportación de copias compulsadas de las escrituras de adquisición de aquélla.

Por otro lado, su actuación a través de representante ha quedado debidamente acreditada, según exige el artículo 32 LPAC, con la copia de poder notarial otorgado a favor del letrado x.

En cuanto a la legitimación pasiva resulta probado en el expediente que las obras para la construcción de un área de cortafuegos y arreglo de caminos en el Monte La Atalaya, en cuya ejecución se produjo la tala de pinos propiedad del reclamante, eran de titularidad de la

Administración regional. Por otro lado, aunque tanto la redacción del Proyecto como la ejecución de las obras se llevaron a cabo por sendas empresas privadas a las que, en su momento, se adjudicaron los correspondientes contratos administrativos, 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”*, hay que tener en cuenta que 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 admite que la ejecución se llevó a cabo en plazo y con total respeto al contenido del Proyecto, por lo que ninguna responsabilidad puede achacarse a la empresa que ejecutó el contrato de obras. 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.

En cuanto a la temporaneidad de la acción, a tenor de lo dispuesto en el artículo 142.5 LPAC, el derecho a reclamar se ha ejercitado dentro del plazo legalmente establecido, toda vez que la tala origen de los daños por los que se reclama se produjo a finales del mes de febrero del año 2005 y la reclamación inicial se presenta el día 8 de marzo de 2005, es decir, antes de que transcurriera el año que, al efecto, viene establecido en la LPAC.

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), aunque cabe objetar que solicitada por el interesado en su escrito de 22 de mayo de 2006 la práctica de una serie de pruebas, el órgano instructor no se pronunciara sobre la pertinencia o no de las mismas. En efecto, estas pruebas ni se han llevado a cabo ni han sido rechazadas expresamente por la instructora mediante la oportuna resolución, según la previsión contenida en el artículo 80.3 LPAC (*“El instructor del procedimiento sólo podrá rechazar las pruebas propuestas por los interesados cuando sean*

*manifiestamente improcedentes o innecesarias, mediante resolución motivada*”), reiterada en el artículo 9, párrafo primero RRP. Así pues, la Administración, si consideró improcedentes o innecesarias las pruebas referidas, debió así acordarlo motivadamente y hacérselo saber al interesado.

No obstante todo ello, hay que tener en cuenta, por un lado, que este Consejo dispone de material suficiente para pronunciarse sobre el asunto sometido a consulta y, por otro, que el reclamante ha sido oído en el expediente, realizando cuantas manifestaciones ha considerado oportunas y aportando los documentos que ha juzgado pertinentes, aquietándose ante la omisión de la práctica de las pruebas solicitadas al no manifestar nada en contra en su escrito de alegaciones, por lo que no puede afirmarse que se haya producido indefensión (art. 63 LPAC).

En cuanto al específico procedimiento para solicitar Dictamen de este Órgano Consultivo se constata tanto la omisión del extracto de secretaría, como que el expediente no aparece debidamente foliado, lo que supone un defectuoso cumplimiento de lo establecido en el artículo 46.2 del Reglamento Orgánico y de Funcionamiento del Consejo Jurídico de la Región de Murcia, aprobado por Decreto 15/1998, de 2 de abril.

**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 el reclamante alega haber sufrido, lo que exige examinar la medida en que el daño cuya reparación se pide sea imputable precisamente al servicio público. Cuando, como ocurre en este caso, se quiere imputar el daño sufrido a la ejecución de una obra (construcción de un cortafuegos), bien por la propia labor de construcción, bien por las actuaciones necesarias para dicha ejecución, ha de ponderarse adecuadamente la realidad de esa relación de causalidad, respecto de cuya apreciación cobra gran relevancia el examen de los hechos por parte de los técnicos competentes. Sólo una vez acreditada dicha relación de causalidad, incumbiendo la prueba a quien reclama (art. 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), podría examinarse la procedencia o no de la responsabilidad patrimonial.

En el supuesto que nos ocupa comparte el Consejo Jurídico el parecer expresado por el órgano instructor en su propuesta de resolución, de que ha resultado probado en el expediente que se produjeron unos daños al x. al haberse procedido a la tala de unos pinos carrascos existentes en su propiedad, así como que aquéllos fueron consecuencia de la actuación errónea de la Administración actuante tal como reconoce expresamente la Dirección General del Medio Natural en varios informes de sus Técnicos, lo que lleva a considerar a este Órgano Consultivo que concurren los requisitos exigidos para declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración y, en consecuencia, reconocer el derecho del reclamante a ser indemnizados por los daños sufridos en los términos que se indican en la siguiente Consideración.

#### **CUARTA.- Determinación del daño y valoración de su 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.

El reclamante alega que el número de pinos talados fueron 21 y solicita una cuantía indemnizatoria de 50.000 euros (40.260,99 euros en concepto de daños materiales y 9.739,01 euros en concepto de daños morales), mientras que la instructora fija el número de árboles talados en 11 y propone valorar los daños materiales en 293,33 euros, sin que se manifieste en relación con la indemnización reclamada por daños morales. Para la fijación de los daños materiales el

interesado se basa en informe de un ingeniero técnico forestal, en tanto que el órgano instructor lo hace con fundamento en los informes emitidos por los técnicos de la Dirección General del Medio Natural, tanto de los que dirigieron la obra como del titular de la Jefatura de Servicio de Caza, Pesca Fluvial y Defensa del Medio Natural.

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 en el informe de los técnicos de la Administración se ha seguido el método que es habitualmente utilizado para la valoración de daños producidos por terceros en superficies forestales, lo que parece más adecuado, atendiendo a la naturaleza de los árboles talados y características de la finca donde los mismos se ubicaban, que el denominado “Norma Granada” por el que se rige el informe del perito de parte, que es un método específico de valoración de árboles ornamentales. Por otro lado, también se coincide con la instructora en que ha quedado acreditado en el expediente que el incendio forestal acaecido el 27 de abril de 2003 afectó a varios pinos propiedad del reclamante, lo que explica la diferencia numérica entre lo alegado por éste y lo que la Administración reconoce en relación con los ejemplares apeados, siendo de destacar que, en contra de lo que afirma el x., siempre se ha mantenido por los Técnicos de la Dirección General del Medio Natural, incluso en el primer informe de 16 de marzo de 2006, que aquéllos ascendían a 11 y no a 21.

Valoradas las circunstancias expresadas, este Consejo Jurídico estima que la indemnización por daños materiales debe fijarse en la cantidad de 293,33 euros. En cuanto a los

daños morales, debido a la dificultad de su cálculo, se considera adecuado aplicar analógicamente el artículo 47 de la Ley de 16 de diciembre de 1954, de Expropiación Forzosa, por el que se regula el premio de afección, fijando en tal concepto el 5% de la establecida como indemnización por daños materiales, es decir, 14,66 euros.

De la suma de las cantidades señaladas anteriormente se obtendría un *quantum* indemnizatorio de 307,99 euros, sin perjuicio de su actualización a la fecha en que se ponga fin al procedimiento de responsabilidad.

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

### **CONCLUSIONES**

**PRIMERA.-** Se dictamina favorablemente la propuesta de resolución estimatoria de la reclamación, al considerar el Consejo Jurídico que concurren elementos generadores de responsabilidad patrimonial de la Administración forestal, procediendo la estimación parcial de aquélla.

**SEGUNDA.-** La indemnización a percibir por el reclamante puede calcularse con los criterios que se señalan en la Consideración Cuarta.

No obstante, V.E. resolverá.



## DICTAMEN 121/2010

**Asunto** Responsabilidad patrimonial instada por x y otra, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.

**Consultante** Consejero de Obras Públicas y Ordenación del Territorio

**Fecha** 21/06/2010

### Extracto de Doctrina

Se imputa a la Administración una responsabilidad patrimonial derivada de una omisión o falta de actividad, que tiene su reflejo en la presencia de un obstáculo en la carretera que no se encontraba señalizado, con el que el vehículo colisionó de manera sorpresiva y violenta, teniendo en cuenta que tampoco existía alumbrado en la zona.

### ANTECEDENTES

**PRIMERO.-** El 1 de diciembre de 2005, x, y, presentan reclamación de responsabilidad patrimonial ante la Dirección General de Carreteras por los daños materiales y las lesiones sufridas, como consecuencia de un siniestro ocurrido el 11 de diciembre de 2004, sobre las 18 horas, cuando circulaban por la carretera E-22 (Isla Plana), en dirección a Puerto de Mazarrón, a la altura de los apartamentos “La Mojonera”.

Describen lo ocurrido del siguiente modo:

*“Que el pasado día 11 de diciembre de 2004, sobre las 18,00 horas de la tarde, los reclamantes viajaban en el turismo matrícula “—” siendo conductor del mismo x, y ocupante y., por la carretera E-22, carretera de Isla Plana (Cartagena), frente a los apartamentos La Mojonera, en dirección a Puerto de Mazarrón, cuando en la citada vía a consecuencia de unas obras que se estaban realizando y en las que se encontraba una tapa o registro de alcantarillado ubicado sobre la superficie de la calzada, el vehículo reseñado colisionó de manera sorpresiva y violenta en dicho registro o tapa de alcantarillado, sufriendo la ocupante lesiones de diversa consideración a causa del fuerte impacto producido por tal incidente, así como diversos daños materiales en el vehículo en que circulaban.*

*El lugar de los hechos se encontraba en obras, no estando éstas señalizadas, careciendo de vallas protectoras y de balizamientos suficientes para identificar y localizar dichas obras, y además no existía alumbrado en la zona.*

*A los pocos instantes de producido el accidente se personó en el lugar de los hechos una patrulla de la Guardia Civil de Puerto de Mazarrón que permanecieron en dicho lugar hasta que se personaron agentes de la Policía Local-Atestados que tomaron los datos oportunos para iniciar el Atestado, teniendo entrada en los archivos de este cuerpo como Atestado Número x.*

*(...) Que, a consecuencia de tal impacto, la ocupante sufrió lesiones de diversa consideración de las que tuvo que ser asistida de urgencias en el Hospital General Morales Meseguer, donde le diagnosticaron latigazo vertical. Posteriormente inició tratamiento médico y tras realizar pruebas complementarias se le diagnosticó "rectificación de la lordosis fisiológica cervical" y pequeña protrusión discal C6-C7 lateralizada a la derecha.*

*Se decidió continuar con tratamiento conservador mejorando progresivamente hasta estabilización de la sintomatología, considerando las siguientes secuelas como definitivas al alta:*

- Síndrome postraumático cervical.*
- Protrusión discal C6-C7."*

Solicitan la apertura de un periodo probatorio, proponiendo como documental las que figuran en los folios 1 a 28 del expediente.

Finalmente, solicitan la cantidad de 486,99 euros, en concepto de daños materiales del vehículo, y 13.280,53 euros por las lesiones de x.

**SEGUNDO.-** Consta en el expediente que los interesados presentaron inicialmente (el 1 de febrero de 2005) el escrito de reclamación de responsabilidad patrimonial ante el Ayuntamiento de Cartagena, iniciándose un procedimiento por dicha Corporación, en el que se recabó el informe de la Dirección General de Carreteras, al entender que la empresa --, S.A. realizó las obras en la carretera por encargo del citado centro directivo, según se indica. No figura en el expediente municipal contestación de la citada Dirección General.

**TERCERO.-** Con fecha 15 de mayo de 2006 (registro de salida), la instructora solicita al Ayuntamiento de Cartagena copia autenticada de las diligencias instruidas por los agentes de la Policía Local de Cartagena con motivo del accidente.

También en la misma fecha se requiere a los reclamantes para que subsanen y mejoren el escrito de reclamación en la forma indicada en los folios 46 y 49, siendo cumplimentado por

aquéllos mediante escrito de 26 de mayo siguiente (folios 53 a 82), en el que se pone en conocimiento de la Administración regional que se sigue otro expediente de responsabilidad patrimonial ante el Ayuntamiento de Cartagena (expte. IN 2005/26), cuya resolución será aportada al presente procedimiento cuando se produzca. También incrementan la cuantía reclamada por daños personales en 300 euros, en concepto de honorarios por el nuevo informe médico que se acompaña (folios 66 y 70 a 72). También expresan que no han percibido ninguna indemnización por la compañía de seguros u otra entidad (folio 77).

**CUARTO.-** El 26 de mayo de 2006, el Sargento del Servicio de Atestados de la Policía Local del Ayuntamiento de Cartagena remite a la Consejería consultante las diligencias archivadas a prevención, en las que figura el informe de dos agentes (accidente 2034-04 D), que se personaron en el lugar el día 11 de diciembre de 2004, describiendo la causa del accidente:

*“Los agentes de carnet profesional núms.”—“ manifiestan que no han sido testigos presenciales del accidente, pero que de las huellas y vestigios observados, así como de las declaraciones de su conductor, infieren que pudo producirse de la siguiente manera:*

*Sobre las 18 horas del día 11 de diciembre de 2004 circulaba el turismo marca Peugeot, modelo 106, matrícula “—“ que conducido por x. lo hacía por la carretera de Isla Plana, dirección Mazarrón, cuando por las obras que se estaban ejecutando en la calzada, colisionó con la parte baja del motor de su vehículo con una tapa de alcantarillado que se elevaba sobre la calzada, la cual, con motivo de este impacto, quedó a 12 metros de su ubicación normal, quedando al descubierto un agujero de 65 centímetros de diámetro. Esta tapa, puesta de nuevo en su ubicación normal después del accidente, sobresalía 10 cms. medidos desde el horizontal de la calzada.*

*Como consecuencia de esta colisión, en principio, sólo se produjeron daños materiales, si bien, manifiesta ir acompañado en el vehículo por su esposa y un menor.*

*El accidente se produjo en travesía, tramo curvo, de doble sentido de circulación, delimitados ambos sentidos por línea longitudinal continua.*

*La calzada seca y en obras su carril derecho, según sentido de la marcha del vehículo implicado, con circulación fluida, produciéndose la colisión de noche y la zona donde se produjo éste sin alumbrado público, debido muy posiblemente a las obras de acometimiento de tuberías o saneamiento que se están realizando.*

(...)

### *Conclusión*

*A criterio de los agentes actuantes, los daños del vehículo (...) vistas las características de la calzada, estado de la vía y luminosidad se produjeron por el mal estado de la calzada y más concretamente por la mala colocación de la tapa metálica que nos ocupa”.*

**QUINTO.-** El 7 de junio de 2006 tiene entrada en la Consejería de Obras Públicas, Vivienda y Transportes la Resolución de la Concejala Delegada de Infraestructuras del Ayuntamiento de Cartagena, de 24 de mayo de 2006, por la que se desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial presentada por los interesados ante el citado Ayuntamiento, sobre la base de la falta de competencia municipal (al ser la Administración regional titular de la carretera), sin perjuicio de detectar ciertas carencias en la documentación presentada, que no permiten dar por probada objetivamente la presencia en el lugar de x., al haber acudido al Servicio de Urgencias cinco días después de producirse el accidente, sin que tampoco se constate su presencia por la dotación de la Policía Local que acudió al lugar. En la citada resolución (Resultando III) se transcribe un informe de la empresa --, S.A., de 5 de septiembre de 2005, que señala:

*“según parte de la Policía Local la empresa que está realizando las obras de asfaltado de la zona es --, S.A. (...) Indicar que el accidente tuvo lugar en un registro que estaba rasanteado (levantando) dicha empresa por el reciente asfaltado de la calzada por la Dirección General de Carreteras, por lo que este servicio no ha tenido nada que ver con el asunto”.*

**SEXTO.-** Recabado el informe de la Dirección General de Carreteras, es evacuado el 22 de junio de 2006 por el Ingeniero Técnico de Obras Públicas, con el visto bueno del Jefe de Servicio de Conservación, en el siguiente sentido:

*“1. El tramo de carretera a la que se refiere el reclamante es competencia de esta Dirección General.*

*2. Las obras a las que se refiere el reclamante se corresponden con la instalación de un colector de saneamiento y aguas residuales y fueron realizadas por el Excmo. Ayuntamiento de Cartagena, por lo que el interesado deberá dirigir la presente reclamación a dicho organismo”.*

**SÉPTIMO.-** Con fecha 14 de julio de 2006 (de certificación en la Oficina de Correos), dentro del periodo probatorio, se remite un escrito por x., en el que manifiesta, a requerimiento de la instructora, que el seguro del vehículo se encontraba en vigor, como reconoce la propia compañía de seguros en relación con el pago de la prima (folio 107). También acompaña una diligencia de la Guardia Civil de Puerto de Mazarrón, en la que se hace constar que el día 11 de diciembre de 2004, a las 19 horas, la patrulla fue informada de un posible accidente en la carretera, personándose en el lugar y constatando que la tapadera se encontraba fuera de su sitio; asimismo se indica que se identificaron a los dos reclamantes y a un niño de corta edad, si bien uno de los agentes recomendó a la acompañante que se fuera a su domicilio con el menor, pues hacía bastante frío.

**OCTAVO.-** A petición de la instructora, el 29 de noviembre de 2006 se emite informe por el Ingeniero Técnico Jefe del Parque de Maquinaria de la Dirección General de Carreteras, en el que se expone que el valor venal del vehículo a la fecha del siniestro es de 724 euros, si bien no puede hacer la valoración del coste de reparación al no haberse remitido la factura por la instructora.

**NOVENO.-** Después de otorgar un trámite de audiencia a los reclamantes, que comparecen en las dependencias del órgano instructor para retirar documentación, adjuntando también un vídeo grabado del lugar del accidente (folio 116) para que sea estimado como prueba, se solicita el 22 de marzo de 2007 un informe complementario de la Dirección General de Carreteras para que aclare los siguientes extremos:

*“-Existencia de solicitud y correspondiente concesión de autorización administrativa alguna a favor del Ayuntamiento de Cartagena para realizar la obra causante del accidente.*

*-Punto kilométrico exacto correspondiente al lugar de los hechos, de acuerdo con el croquis de la policía local obrante en el atestado”.*

**DÉCIMO.-** El 29 de marzo de 2007 se emite el precitado informe por la Sección de Conservación I, con el visto bueno del Jefe de Servicio, de la Dirección General de Carreteras en el que se expone:

*“A) El Excmo. Ayuntamiento de Cartagena realizó solicitud para ejecutar las obras que causaron el posible accidente en fecha de registro 12/02/2004 en esta Consejería. Se autorizaron las obras según consta en la Resolución el día 14/03/2005 y las condiciones técnicas se emitieron con fecha 07/12/2004. Todo ello consta en el expediente 149/2004 y se adjuntan fotocopias de su documentación.*



*B) El punto kilométrico referido al inventario de Carreteras sería el 9+100 y medido desde el origen del trazado de la carretera, teniendo en cuenta que un tramo se corresponde con la carretera E-16, sería el punto que figura en el expediente, es decir el P.K. 16+800'.*

Se acompaña la siguiente documentación:

1. El oficio del Concejal Delegado de Obras en Barrios y Diputaciones del Ayuntamiento de Cartagena, de 12 de febrero de 2004, por el que se solicita autorización a la Dirección General de Carreteras para realizar las obras de saneamiento en Isla Plana, afectando a la carretera regional E-22, puntos kilométricos 16,600 a 16,800.

2. La Resolución adoptada por la Dirección General de Carreteras, de 14 de marzo de 2005, por la que se autoriza al Ayuntamiento de Cartagena la realización de las obras en la zona de dominio público, de acuerdo con las condicionado técnico impuesto por el centro directivo. Se incluye la cláusula expresa de que no supondrá en ningún caso la cesión del dominio público, ni la asunción por la Administración regional de responsabilidad alguna respecto del titular de la autorización o de terceros.

3. Las condiciones que deben cumplirse para la ejecución de las obras por el titular de la autorización (folios 131 a 132), que se acompañan como anexo a la Resolución precitada (folios 119 y 120).

**UNDÉCIMO.-** Otorgado un trámite de audiencia a los reclamantes y al Ayuntamiento de Murcia (por error), se presentan alegaciones por x. (folios 142 y 143), en las que manifiesta, sin perjuicio de la concurrencia de culpas de las Administraciones implicadas, que la parte reclamante no puede peregrinar por ambas en busca de la distribución interna de competencias, debiendo reconocerse en este procedimiento la responsabilidad de la Administración regional, como titular de la carretera, frente a los reclamantes, sin perjuicio de que posteriormente repita frente al Ayuntamiento de Cartagena. También solicita que la cuantía indemnizatoria sea actualizada por el tiempo transcurrido desde que se ejercitó la reclamación.

**DUODÉCIMO.-** La primera propuesta de resolución, de 3 de abril de 2008, estima la reclamación de responsabilidad patrimonial en la cuantía solicitada, al considerarla documentada, apreciando no obstante una concurrencia de culpas que distribuye de la siguiente manera: un 60% correspondería al Ayuntamiento de Cartagena, porque el accidente se produjo por la ejecución

negligente de las obras; el 40 % restante a la Administración regional por culpa *in vigilando*. Seguidamente la instructora se interroga sobre la conveniencia de reconocer una responsabilidad solidaria entre ambas, sin perjuicio de la proporción indicada, de manera que sea la Administración regional la que asuma directamente el pago frente a los interesados y posteriormente repita en la parte indicada al Ayuntamiento de Cartagena. En todo caso, se remite a lo que considere a este respecto el Dictamen de este Órgano Consultivo.

**DECIMOTERCERO.-** Sometida la propuesta a fiscalización previa de la Intervención General, se emite desfavorablemente el 11 de julio de 2008, por los siguientes reparos que se advierten (folios 172 a 189):

1. Debe otorgarse un trámite de audiencia al Ayuntamiento de Cartagena, pues por error se practicó al de Murcia, apreciándose una corresponsabilidad en la producción del daño de ambas Administraciones, con cita a nuestra doctrina.

2. No se ha realizado acto de instrucción tendente a clarificar la posible responsabilidad de la contratista.

3. Respecto a la valoración, se señalan los siguientes aspectos:

- El órgano instructor acepta los informes médicos privados aportados por los reclamantes, sin contrastar con la opinión de los especialistas de la sanidad pública sobre los días de baja en este tipo de lesiones. Tampoco se explica por los reclamantes la tardanza en acudir a los servicios de urgencia.

- Se ha aplicado la Resolución de 7 de febrero de 2005 de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones para la determinación de las cuantías indemnizatorias y no la correspondiente al año 2004 (Resolución de 9 de marzo de 2004), vigente en el momento de ocurrir los hechos.

- Con cita al Dictamen 150/02 de este Consejo Jurídico, propone excluir los gastos médicos privados.

- En cuanto a los daños materiales, señala que la factura debería remitirse al Parque de Maquinaria para que se pronuncie al respecto.

Finalmente, el Interventor General propone como cuantía indemnizatoria (folio 173), con independencia del porcentaje que corresponda a cada Administración, las siguientes cantidades: 11.972,63 euros (daños personales) y 486,99 euros (daños materiales).

**DECIMOCUARTO.-** Otorgado un trámite de audiencia al Ayuntamiento de Cartagena por escrito de 21 de julio de 2008 (con entrada el 29 siguiente), es contestado mediante sendos oficios de 4 y 11 de agosto del mismo año, en el sentido de solicitar la suspensión del trámite hasta tanto no sea remitida la documentación que integra el presente procedimiento, incluida la reclamación presentada.

Con posterioridad, el 2 de septiembre de 2008 (registrado al día siguiente) se otorga un nuevo trámite de audiencia al Ayuntamiento de Cartagena, así como a la contratista del mismo (--, S.A). También se recaba un informe complementario del Parque de Maquinaria para que manifieste su conformidad a los conceptos que figuran en la factura, dado que no se le había enviado con anterioridad.

**DECIMOQUINTO.-** El Jefe del Parque de Maquinaria emite un informe complementario el 28 de octubre de 2008, en el que manifiesta: *“se han revisado los diferentes conceptos que aparecen desglosados en dicha factura y entendemos que tanto las diferentes piezas sustituidas, como los trabajos que han sido necesarios realizar, y el coste de todo ello, son conformes a la realidad de los mismos en la fecha de reparación.”*

**DECIMOSEXTO.-** La segunda propuesta de resolución, de 3 de noviembre de 2008, reitera la estimación de la reclamación de responsabilidad patrimonial en la cuantía indicada por la Intervención General (11.972,63 euros por daños personales y 486,99 euros por daños materiales), que fiscaliza desfavorablemente el 2 de abril de 2009, por cuanto en la propuesta elevada no existe pronunciamiento sobre la responsabilidad del Ayuntamiento de Cartagena, ni de la contratista.

**DECIMOSÉPTIMO.-** El 22 de septiembre de 2009 se dicta la tercera propuesta por el órgano instructor, en la que se razona sobre las alegaciones presentadas por el Ayuntamiento y la determinación de su responsabilidad, en el sentido de sostener la misma distribución de culpas contenida en la primera propuesta (60% el Ayuntamiento de Cartagena y 40% la Administración regional), manteniendo la cuantía indicada por la Intervención General, siendo finalmente fiscalizada favorablemente el 8 de octubre de 2009, considerando dicha Intervención que procede estimar la reclamación, pues concurren los requisitos determinantes de la responsabilidad patrimonial en la cuantía total propuesta.

**DECIMOCTAVO.** Recabado el Dictamen preceptivo de este Consejo Jurídico, se adopta el Acuerdo 1/2010, en virtud del cual se requiere a la Consejería consultante para que complete el expediente con el escrito de alegaciones presentado por el Ayuntamiento de Cartagena, que no constaba en el expediente remitido, así como para que recabe información acerca de si la empresa contratista del citado Ayuntamiento, a la que se ha otorgado un trámite de audiencia en el presente procedimiento, ha abonado a los reclamantes la indemnización reclamada ante las Administraciones regional y local.

**DECIMONOVENO.-** El 2 de marzo de 2010 se remite por la Consejería consultante la documentación complementaria solicitada, concretamente el escrito de alegaciones, de 19 de septiembre de 2008, presentado por el Ayuntamiento de Cartagena en contestación al trámite de audiencia otorgado, así como el escrito suscrito por el representante de la empresa --, S.A. el 13 de noviembre de 2008, que tampoco había sido trasladado a este Órgano Consultivo.

Las alegaciones municipales se centran en que el deber de vigilancia de la carretera corresponde al titular de la misma, en este caso a la Administración regional, que los daños alegados son imputables a la contratista, que comenzó las obras sin la autorización de la Dirección General de Carreteras y que debería invertirse la proporción de la cuota de responsabilidad, correspondiendo el 70 % a la Administración Autonómica y el 30% al Ayuntamiento de Cartagena, en el caso de que se estimara una responsabilidad concurrente de las Administraciones implicadas.

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.**

I. Los reclamantes ostentan legitimación activa para deducir la reclamación indemnizatoria objeto de Dictamen, 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, respecto a los daños materiales y personales alegados cuyo resarcimiento se reclama.

II. En cuanto a la legitimación pasiva, los interesados tienen razón cuando sostienen que concurre tal legitimación en la Administración regional, en su condición de titular de la vía E-22 donde se produjo el accidente, pero también cuando sostienen la del Ayuntamiento de Cartagena (el accidente se produjo por la colisión del vehículo con una tapa de alcantarillado sita en la calzada), al que inicialmente dirigieron la reclamación de responsabilidad patrimonial, y que fue objeto de desestimación por Resolución de la Concejala Delegada de Infraestructuras, de 24 de mayo de 2006, sobre la base de que las obras que realizaba una empresa en la vía (--, S.A.) eran a cargo a la Administración regional, que a su vez también ostentaba la titularidad de la carretera, por lo que el Ayuntamiento no era responsable; sin embargo, posteriormente se ha acreditado que parte de los presupuestos fácticos de aquella Resolución eran erróneos (no la titularidad de la vía) como más adelante se expondrá, al haberse probado en el presente procedimiento que las obras del colector de saneamiento bajo calzada que afectaban a la citada carretera regional, en el punto kilométrico donde se produjo el accidente, se realizaban por la contratista del Ayuntamiento de Cartagena, habiendo solicitado dicha Corporación Municipal la autorización previa de la Dirección General de Carreteras.

A la vista de ello, no cabe duda de la legitimación pasiva del Ayuntamiento de Cartagena, resultando acertado que se le haya otorgado, aunque tardíamente, un trámite de audiencia, de acuerdo con la doctrina de este Consejo Jurídico (por todos, Dictamen núm. 26/1999), cuando se advierte la posible responsabilidad de otra Administración en los hechos objeto del procedimiento, debiendo 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 inmediateamente, a sus intereses.

También resulta acertado que se haya otorgado un trámite de audiencia a la contratista del Ayuntamiento de Cartagena, atendida la posible imputación de responsabilidad, 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, aplicable en aquel momento.

III. La reclamación se ha interpuesto dentro del plazo de un año establecido en el artículo 142.5 LPAC.

### **TERCERA.- Cuestiones procedimentales.**

I. Se suscitan las siguientes cuestiones sobre la tramitación seguida:

1. La duración del presente procedimiento (más de 4 años) excede de lo razonable, teniendo en cuenta que la acción fue ejercitada ante la Administración regional el 1 de diciembre de 2005, como ha indicado este Consejo Jurídico en casos similares (por todos, Dictamen 16/2010), lo que resulta contrario a los principios de impulso de oficio, celeridad, agilidad, eficacia y eficiencia que han de inspirar –incluso por mandato constitucional en el caso de los dos enunciados en último lugar- el proceder de la Administración y de sus agentes.

2. Determinados errores detectados en el procedimiento son imputables al órgano instructor, tales como el otorgamiento de un trámite de audiencia inicial al Ayuntamiento de Murcia, en lugar del de Cartagena, o la falta de remisión al Parque de Maquinaria de la factura presentada por los interesados para la emisión del informe valorativo, así como la tardía actividad tendente a esclarecer los sujetos responsables (sólo a requerimiento de la Intervención General se otorgó un trámite de audiencia a la contratista); igual razonamiento procede respecto a la cuantía indemnizatoria reclamada, que fue aceptada de plano, sin cuestionar, desde la primera propuesta realizada, cuando se podían haber llevado a cabo actuaciones de oficio tendentes a determinar con precisión los días improductivos y no improductivos de la lesionada, así como el alcance de las secuelas, recabando el parecer de la Inspección Médica dependiente de la Consejería de Sanidad y Consumo, a la vista de que la interesada fue tratada por la sanidad privada, sin que se hayan aportado bajas laborales. Esta ausencia de impulso de oficio ha tenido reflejo en un procedimiento jalonado de incidencias descritas en los Antecedentes del presente Dictamen, y, como puso de manifiesto este Órgano Consultivo en la Memoria del año 1999, ha incidido en la distribución de la carga de la prueba, teniendo en cuenta la diligencia probatoria de cada parte, y que la inactividad de la Administración puede provocar la estimación de lo pretendido.

3. También se habría podido evitar la tramitación de este procedimiento o, al menos, esclarecer tempranamente la intervención de cada Administración en los hechos, si el centro directivo competente se hubiera personado en las actuaciones municipales, cuando fue requerido por la instructora del procedimiento seguido por el Ayuntamiento de Cartagena, otorgándole un trámite de audiencia.

II. La tramitación de un único procedimiento, en el caso de actuaciones concurrentes entre las Administraciones regional y local, respecto a las que los reclamantes no han distinguido *ab initio* la cuota de responsabilidad de cada una, parece razonable siempre que produzcan las consultas preceptivas a la otra Administración (Dictamen de este Consejo Jurídico 193/2009). En tal sentido, el artículo 140.2 LPAC establece que *“en otros supuestos de concurrencia de varias Administraciones en la producción del daño, la responsabilidad se fijará para cada Administración atendiendo a los criterios de competencia, interés público tutelado e intensidad de la intervención. La responsabilidad será solidaria cuando no sea posible dicha determinación.”*

Resultado del presente procedimiento es que sí es posible determinar, en función de los referidos criterios (competencia, interés público e intensidad de la intervención), la responsabilidad de cada Administración, a tenor de la propuesta elevada por el órgano instructor, por lo que no cabe sostener la responsabilidad solidaria de ambas Administraciones, en aplicación del artículo precitado.

Todo ello con independencia de que las obras se realizaran por la contratista del Ayuntamiento de Cartagena, pues tal circunstancia no exonera de responsabilidad a la Administración contratante, dado que ésta 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 empresa adjudicataria de las obras, a la que se ha otorgado un trámite de audiencia en el presente procedimiento, oponiéndose al reconocimiento de la responsabilidad, negando incluso el nexo causal entre la actuación y los daños reclamados.

La responsabilidad de la contratista en la ejecución de obras públicas ha sido abordada de forma reiterada por este Órgano Consultivo, señalando en el Dictamen 49/2010:

*“En efecto, este Consejo Jurídico ya ha tenido ocasión de manifestar en repetidas ocasiones (entre otros, Dictámenes números 21 del año 1999, 9 y 20 del año 2002) que, encontrándose la carretera en obras, es obligación de la contratista indemnizar todos los daños y*

*perjuicios que se causen a terceros por las operaciones que requiera la ejecución del contrato, salvo que se deban a una orden inmediata y directa de la Administración o sean consecuencia de los vicios del proyecto elaborado por ella misma, que no concurren en el presente supuesto; no obstante, con una interpretación sistemática del artículo 97 del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, antes artículo 98 de la Ley 13/1995 (hoy 198 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público), este Órgano Consultivo ha señalado que, ante una reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración, ésta debe resolver la misma respondiendo directamente de los daños causados por el concesionario o contratista, sin perjuicio de la acción de regreso que debe ejercitar contra éstos si de los hechos se desprendiese su responsabilidad (por todos, Dictamen 33/09). Es decir, la Administración debe responder directamente por los daños causados por un concesionario o un contratista de obra pública, sin perjuicio de la acción de regreso que pueda ejercitar contra aquéllos.”*

**CUARTA.- Concurrencia de los requisitos determinantes de la responsabilidad patrimonial. Examen particular de la relación de causalidad.**

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.

En su aplicación al presente caso, se ha de indicar, en primer lugar, que se ha acreditado la realidad del daño material y las lesiones sufridas por la reclamante, cuya veracidad se ponía en duda por la resolución del Ayuntamiento de Cartagena y por las alegaciones de la contratista, basándose en que el informe de los agentes de la Policía Local no hacía referencia a la acompañante. Sin embargo, la diligencia de la Guardia Civil (folio 106), cuya patrulla acudió al lugar en el primer momento (fue avisada a las 19 horas del día 11 de diciembre de 2004) identifica, entre los ocupantes del vehículo, a x., que abandonó el lugar (acompañada de un niño) antes de que llegara la patrulla de la Policía Local, por la recomendación de un agente de la Guardia Civil a la vista de la temperatura existente, según refiere en la diligencia aportada.



Por tanto, reconocida la realidad del daño, 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 las obras que se realizaban en la carretera E-22, a la altura de Isla Plana, y el resultado dañoso, y si el mismo tiene que ser soportado por los reclamantes, de acuerdo con el artículo 141.1 LPAC.

Como bien dice la propuesta de resolución, se imputa a la Administración una responsabilidad patrimonial derivada de una omisión o falta de actividad, que tiene su reflejo en la presencia de un obstáculo en la carretera que no se encontraba señalizado, con el que el vehículo colisionó de manera sorpresiva y violenta, teniendo en cuenta que tampoco existía alumbrado en la zona.

Pues bien, los agentes de la Policía Local corroboran en su informe (folio 13) que la causa del accidente se debió al mal estado de la calzada y, concretamente, por la mala colocación de la tapa del alcantarillado que se elevaba sobre la calzada. Al colisionar, la tapa se desplazó 12 metros, quedando un agujero de 65 cms. De diámetro. Este desplazamiento de la tapadera es corroborado también por los agentes de la Guardia Civil, que añaden que la carretera –que se encontraba en obras de refuerzo de alcantarillado-, no estaba pintada y con apenas luz, ya que había anochecido, como se advierte en el visionado del vídeo aportado por los interesados al expediente.

Esta abundante prueba proporcionada por los agentes que se personaron en el lugar, desvirtúa los intentos de la constructora de negar la relación de causalidad entre las obras que se realizaban y los daños alegados, sin que tampoco resulten convincentes otros argumentos esgrimidos, como la falta de proporcionalidad entre los daños del vehículo y los sufridos por la acompañante (téngase en cuenta que la colisión fue sorpresiva y violenta, según el escrito de reclamación), ni tampoco prueba la ausencia de nexo causal el hecho de que la acompañante no acudiera hasta cinco días después a un centro hospitalario, porque pudo deberse a un agravamiento de los síntomas, según se infiere de los informes médicos aportados, sin perjuicio de la valoración del daño. Tampoco permite excluir la relación de causalidad la consideración de que una vez colocada la tapa sólo sobresalía 10 cms. De la calzada, pues los agentes locales que acudieron atribuyen la causa del accidente a la mala colocación de la misma (folio 13).

Por último, concurre el requisito de la antijuridicidad del daño (artículo 141.1 LPAC), porque los reclamantes no están obligados a soportarlo, pues corresponde a la Administración el deber de

mantener las carreteras de su titularidad en condiciones que garanticen la seguridad de los vehículos que circulen por las mismas.

A mayor abundamiento, la sentencia de 18 de diciembre de 2007, del Juzgado de lo Contencioso Administrativo núm. 6 de Murcia, ha estimado la reclamación de responsabilidad patrimonial en un caso similar. También la sentencia de 30 de marzo de 2007, de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Región de Murcia.

**QUINTA.- Concurrencia de culpas. La incidencia de la actuación de la Administración regional y del Ayuntamiento o de su contratista en la producción del daño.**

En la producción del evento lesivo ha concurrido la actuación (u omisión) de ambas Administraciones, si bien con un distinto grado de intervención y, por tanto, de cuota de responsabilidad por las siguientes razones:

1. La actuación y el ejercicio de las competencias municipales.

El servicio de alcantarillado y el tratamiento de aguas residuales es una competencia municipal, según el artículo 25.1,1) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de Bases de Régimen Local (LBRL), por lo que el elemento con el que colisionó el vehículo forma parte del citado servicio municipal, aunque se ubique en el dominio público viario.

En consecuencia, las obras de saneamiento en Isla Plana que causaron el accidente fueron ejecutadas por el Ayuntamiento de Cartagena, mediante contratista, solicitando la correspondiente autorización de la Dirección General de Carreteras, según consta en el folio 130. La Resolución del Director General, de 14 de marzo de 2005 (las obras comenzaron a ejecutarse meses antes del otorgamiento de la autorización al Ayuntamiento) y el anexo adjunto establecía claramente los condicionantes impuestos para su realización, entre los que cabe citar el apartado segundo de la parte dispositiva de la Resolución:

*“La autorización se otorga a reserva de las demás licencias y autorizaciones necesarias, sin perjuicio de terceros (...). No supondrá en ningún caso la cesión del dominio público ni la asunción por la Administración regional de responsabilidad alguna respecto al titular de la autorización o de terceros”.*

Asimismo, en el condicionado técnico al que se sujetaba la autorización se establecía:

*“5. 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 motivo de las obras.*

*6. Las obras en general se realizarán de forma que produzcan las menores perturbaciones posibles a la circulación, debiendo ejecutarse con las debidas condiciones de solidez.*

*(...)*

*8. La conservación y explotación del tramo de carretera, así como los elementos funcionales, afectado por las obras solicitadas para la instalación del colector corresponderá al Excmo. Ayuntamiento de Cartagena o en su defecto a la empresa concesionaria de la explotación.*

*9. La señalización de las obras se atenderá en todo momento a lo dispuesto en la norma 8.3-1C señalización de obras, aprobada por Orden del MOPU de 31 de agosto de 1987.*

*Durante la ejecución de las obras 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 la parte de la carretera que se corta durante el día, quedando la calzada en condiciones adecuadas para el mismo (...).”*

A los condicionantes anteriores que se imponía al titular de la autorización (medidas de seguridad, conservación y explotación del tramo), ha de añadirse la competencia municipal en materia de disciplina urbanística y en el control de las obras y construcciones en su término municipal, con independencia de la titularidad pública o privada de los terrenos. De ahí que resulten forzados, como mínimo, algunos argumentos esgrimidos por la técnico de administración general de la unidad correspondiente (de vía pública y servicios) del Ayuntamiento de Cartagena, cuando tratando de eludir la responsabilidad de dicha Corporación para trasladarla íntegramente o, en su mayor parte, a la Administración regional en su condición de titular de la vía, omite los datos esenciales de que la Administración que ejecutaba las obras era la local (aunque fuera por medio de contratista), porque el servicio formaba parte de su titularidad, y que la Dirección General de Carreteras le había impuesto una serie de medidas de seguridad en la autorización otorgada a dicha Corporación; tampoco puede servir de descargo para el reconocimiento de tal responsabilidad, el desconocimiento del condicionado técnico de la autorización, al comenzar las obras con anterioridad, puesto que difícilmente puede admitirse que la Administración contratante

no supiera que las obras se habían iniciado, en ejercicio de las competencias anteriormente citadas. Más aún, en el condicionado técnico de la autorización de la Dirección General de Carreteras se recoge que la explotación y el mantenimiento de dicho tramo correspondía al Ayuntamiento o a la empresa concesionaria de su explotación; todo ello, con independencia de que pueda repetir todo o parte de su responsabilidad a la empresa contratista, como se ha indicado con anterioridad.

Por lo tanto, atendiendo a los criterios de competencia e intensidad de la intervención (artículo 140.2 LPAC), puede afirmarse que la relevancia de la actuación y omisión de los servicios municipales en el presente caso es mucho mayor que la de los regionales, cuyo título de imputación se analiza seguidamente.

## 2. Las competencias de la Administración Regional.

Los reclamantes imputan a la Administración regional el daño por la condición de titular de la vía donde se produjo el accidente y su deber de mantener la carretera en las mejores condiciones posibles para la seguridad de la circulación, conforme a los artículos 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, y el 2 de la Ley 9/1990, de 27 de agosto, de Carreteras de la Región de Murcia, entonces aplicable.

Efectivamente, las competencias y la ejecución de las obras del Ayuntamiento no exonera a la Administración regional, pues en la medida que las instalaciones de alcantarillado se ubican en el firme de una carretera regional, incumbe a la Comunidad Autónoma velar para que no se genere riesgos a los usuarios del servicio público del que es titular (Dictámenes 34 y 88 del año 1999 de este Consejo Jurídico). En el aspecto concreto de las obras, se recogía también en el condicionado técnico de la autorización que se ejecutarían bajo la inspección y vigilancia del personal afecto al servicio de conservación del centro directivo competente. Por tanto, puede sostenerse, como propone el órgano instructor, *una culpa in vigilando*. Tampoco se acredita en el expediente que el centro directivo adoptara medidas o levantara acta de inspección, por haberse comenzado las obras sin disponer de la autorización correspondiente y, para el caso de que se desconociera tal circunstancia, denotaría en todo caso una omisión en las labores de vigilancia de las obras ejecutadas por parte del Ayuntamiento y de su contratista en una carretera de titularidad regional.

En consecuencia, este Órgano Consultivo, en atención a los criterios de reparto de las Administraciones implicadas descritos anteriormente, considera que la cuota de responsabilidad

que debe asignarse a la Administración regional por *culpa in vigilando* es del 30%, al igual que en el Dictamen 34/99 sobre un supuesto similar, atribuyendo la restante al Ayuntamiento de Cartagena, en su condición de Administración que ejecutaba las obras (origen primario del riesgo) y que había solicitado la autorización del centro directivo competente, todo ello con independencia de que el citado Ayuntamiento pueda repetir su cuota de responsabilidad frente a la empresa contratista que ejecutaba las obras, que ha de indemnizar de los daños y perjuicios que se causen a terceros por las operaciones que requiera la ejecución del contrato.

**SEXTA.- Cuantía indemnizatoria y determinación de responsabilidades.**

Frente al esfuerzo de los reclamantes para acreditar la cuantía indemnizatoria reclamada (mediante los informes médicos privados), el órgano instructor no ha discutido el alcance de determinadas partidas, que en opinión de este Consejo Jurídico hubieran exigido una actuación de oficio tendente a despejar cualquier duda. Ya se ha indicado las consecuencias que acarrea en orden a distribución de la carga de la prueba esta falta de actuación (Consideración Tercera).

Esta consideración atañe únicamente a los daños personales, puesto que los materiales han quedado suficientemente acreditados en el expediente.

Así, respecto a los daños personales, este Consejo Jurídico considera que determinadas cuestiones de índole médico-sanitaria no han quedado completamente despejadas, tales como mayor justificación de los días improductivos para su actividad habitual, ni tampoco se ha contrastado por el órgano instructor si la secuela alegada de protrusión cervical ha de ser baremada con 10 puntos, de acuerdo con el sistema de valoración de daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación (folio 73) o, por el contrario, en un grado menor.

En todo caso, este Consejo Jurídico considera que la inactividad probatoria de la Administración no puede perjudicar a los reclamantes, cuando éstos han aportado los medios de prueba a su alcance (dos informes médicos), por lo que en aplicación del principio de distribución de la carga de la prueba (artículo 217 LEC) han de ser estimada las cantidades propuestas por el órgano instructor, fiscalizadas favorablemente por la Intervención General, en aplicación del baremo correspondiente a la fecha en que se produjo el accidente (Resolución de la Dirección General de Seguros de 9 de marzo de 2004), sin perjuicio de su actualización a la fecha en que ponga fin al procedimiento de responsabilidad patrimonial (artículo 141.3 LPAC). Sobre la exclusión de los gastos médicos privados, este Órgano Consultivo se remite a su Dictamen 3/2009.

Queda por analizar si la Administración regional debe abonar íntegramente la cantidad resultante, es decir, 11.972,63 euros por las lesiones y secuela de x. y 486,99 euros por los daños ocasionados al vehículo, cuyo titular es x., como propone el órgano instructor o, por el contrario, sólo la parte de la que es responsable (el 30% de la suma de las citadas cantidades más la actualización).

La solución (sin entrar a considerar su equidad desde el punto de vista del ejercicio de la acción por los reclamantes) viene determinada por el artículo 140.2 LPAC, modificado en este punto por la Ley 4/1999, de 13 de enero, que establece, para el caso de concurrir distintas Administraciones en la producción del daño sin existir fórmula conjunta de actuación, que la responsabilidad será solidaria cuando no sea posible su determinación; pues bien, en el presente caso se han deslindado claramente las cuotas de responsabilidad de cada Administración en la propuesta elevada, lo que excluye, según la dicción literal del precepto, el régimen de responsabilidad solidaria, debiendo abonar la Administración regional su cuota de responsabilidad (3.737,88 euros más la actualización), correspondiendo al Ayuntamiento de Cartagena la cantidad restante, sin perjuicio de que esta última Corporación repita contra la constructora por los daños ocasionados a terceros durante la ejecución de las obras.

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

### **CONCLUSIONES**

**PRIMERA.**- Se dictamina favorablemente la propuesta de resolución, al concurrir los requisitos determinantes de la responsabilidad patrimonial.

**SEGUNDA.**- También se dictamina favorablemente la propuesta elevada, en cuanto establece la concurrencia de culpas de las Administraciones en la producción del daño, pero desfavorablemente respecto al porcentaje y a la cantidad total que debe abonar la Administración regional, que debe contraerse exclusivamente a su cuota de responsabilidad (Consideración Sexta), correspondiendo la restante al Ayuntamiento de Cartagena, que podrá repetir frente a la constructora.

No obstante, V.E. resolverá.



**DICTAMEN 122/2010**

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

**Consultante** Consejera de Sanidad y Consumo

**Fecha** 21/06/2010

**Extracto de Doctrina**

Nota: igual doctrina que la expresada en el Dictamen 115/2010.



## DICTAMEN 123/2010

<b>Asunto</b>	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.
<b>Consultante</b>	Consejero de Educación, Formación y Empleo
<b>Fecha</b>	28/06/2010

### Extracto de Doctrina

También resulta probado el modo en que se produjo el daño y el elemento causante del mismo (desplazamiento accidental de la puerta de acceso al IES), que forma parte de la infraestructura donde se presta el servicio público. A priori con tales presupuestos cabría sostener la relación de causalidad entre los daños alegados y el funcionamiento del servicio público, como ha apreciado este Órgano Consultivo en casos similares (Dictamen 48/2010). Sin embargo, en el último informe de la Dirección del IES se describen la concurrencia en el presente caso de unas circunstancias que conducen a sostener la ruptura del nexo causal y el deber jurídico de soportar el daño (artículo 149.1 LPAC), tales como que la zona donde aparcó la reclamante no estaba habilitada para ello, que la conductora era consciente del estado de deterioro en que se encontraba dicho acceso, y que a la actual Dirección del IES no le consta la autorización para estacionar en el recinto.

### ANTECEDENTES

**PRIMERO.-** Mediante escrito de 12 de julio de 2007, x. presenta reclamación por los daños ocasionados al vehículo que conducía Citroen Xara “—”, cuando accedía al Instituto de Educación Secundaria (IES) “Alfonso X El Sabio” de Murcia, el 29 de junio anterior, al formar parte de un tribunal cuya sede se encontraba en el citado Instituto. En su reclamación la interesada hace constar (folio 3):

*“Que el viernes 29 de junio, a la entrada al “IES Alfonso X El Sabio”, donde tiene establecida la sede el tribunal del que formo parte, a las 8.25 y en el preciso instante en que iba a traspasar en coche el umbral de la puerta de acceso a este recinto, esta puerta se desplazó, a causa del viento, por el lado izquierdo del vehículo que conducía, con tal violencia que me vi obligada a girar bruscamente hacía la derecha para evitar que ésta golpeará y se encajara en la parte delantera izquierda del coche.*”



*Que como consecuencia de esta maniobra se rozó el lateral derecho del coche en una baranda existente en un inmueble del recinto escolar, produciéndose desperfectos tanto en la chapa, como en el piloto derecho del intermitente.*

*Que inmediatamente paré el coche, me bajé y aparté la puerta que me impedía el acceso, y observé la incorrecta colocación de la puerta, así como la carencia de anclajes u otros medios de seguridad para impedir este tipo de accidentes.*

*Que comprobado el estado en que había quedado el vehículo, informé del hecho a todos los miembros de mi Tribunal, incluida la Presidenta, así como al Coordinador de los Tribunales de la sede, obteniendo como respuesta en ambos casos su intención de preguntar qué se poder hacer al respecto. Además informé y mostré el golpe del coche al Secretario del IES, quien me comunicó que había obras en el recinto y que existía un bidón rojo al lado de la puerta para hacerle de tope y que, probablemente, esa mañana a alguien se le había olvidado ponerlo delante de la puerta para impedir su desplazamiento*

*Que tras varias comprobaciones posteriores, a consecuencia del golpe, además de los desperfectos observados en la chapa, la puerta delantera derecha del vehículo no puede abrirse, y el cristal de la misma no funciona correctamente (...)*

Finalmente, solicita que la Consejería se haga cargo de los gastos derivados del accidente y que le indique la manera de proceder para la reparación del vehículo.

**SEGUNDO.-** Con fecha 3 de agosto de 2007 (registro de entrada en la Consejería consultante), la interesada completa la reclamación presentando la siguiente documentación:

-Certificado firmado por el Secretario del IES “Alfonso X El Sabio”, con el visto bueno del Director del citado Instituto, de 12 de julio de 2007, en el que se hace constar (folio 6): “*El día 29 de junio de 2007, a las 8,25 horas, al entrar con su vehículo matrícula ”—“, marca Citroen Xsara, rozó en el lateral derecho del mismo produciéndose desperfectos tanto en la chapa como en el piloto delantero del intermitente, a causa del movimiento accidental de la puerta averiada de este Centro*”.

-Factura por importe de 685,63 euros expedida por el concesionario de Citroen (--, S.A.), fechada el 20 de julio de 2007, a nombre de la reclamante.

**TERCERO.-** Admitida a trámite la reclamación de responsabilidad patrimonial por Resolución del Secretario General de la entonces Consejería de Educación, Ciencia e Investigación, de 1 de octubre de 2007, se designa instructor del procedimiento, siendo notificada dicha Resolución a la reclamante el 9 siguiente. Asimismo se recaba el informe del centro docente, sin que conste que se evacuara (folio 10).

**CUARTO.-** Previo requerimiento del órgano instructor, la reclamante aporta la siguiente documentación por escrito de 17 de octubre de 2007:

- Fotocopias compulsadas de su Documento Nacional de Identidad y del carnet de conducir.

- Fotocopias compulsadas del permiso de circulación, de la póliza de seguros del vehículo y del último recibo pagado, a nombre de x.

**QUINTO.-** Otorgado un trámite de audiencia a la reclamante, sin que conste que formulara alegaciones, se formula propuesta de resolución estimatoria de la reclamación el 5 de febrero de 2008, tras lo cual se recaba el Dictamen preceptivo del Consejo Jurídico, acompañando al expediente administrativo.

**SEXTO.-** Por Acuerdo 4/2008, de 18 de febrero, este Órgano Consultivo solicitó a la Consejería consultante que procediera a completar el expediente remitido, al no constar el informe del IES donde ocurrieron los hechos, y la conveniencia de recabar el informe del Parque de Maquinaria o unidad especializada similar, que valore la adecuación de los daños del vehículo con la forma de producción, así como su cuantía.

**SÉPTIMO.-** Recabado el informe del Parque Móvil Regional, es evacuado el 4 de marzo de 2008, en el sentido de que *“la cantidad reclamada de 685,63 euros por los conceptos que se detallan en la factura de reparación adjuntada, se ajusta aproximadamente a los precios reales de mercado por la reparación de dichos conceptos.*

*Teniendo en cuenta los documentos que se acompañan de facturación de daños y certificación, efectivamente existe una relación entre la causa y el efecto producido”.*

**OCTAVO.-** A petición del órgano instructor, constan dos informes de la Dirección del IES “Alfonso X El Sabio”. El primero de ellos, de 23 de febrero de 2008, señala:

*“Que el día 29 de junio de 2007, a las 8,25 horas, al entrar con su vehículo matrícula “—“ marca Citroën Xsara, como consecuencia de encontrarse averiada la puerta de entrada al Instituto por un accidente de un vehículo ajeno al centro, se produjo un roce en el lateral derecho del vehículo tanto en la chapa como en el piloto delantero del intermitente, ocasionado por el desplazamiento accidental de la hoja de la puerta averiada. No pudiendo evitar dicho percance”.*

El segundo informe, evacuado el 23 de abril de 2009, tras reconocer el suscribiente que en la fecha del accidente no ejercía como Director del IES, señala, entre otros aspectos:

*“Que como consecuencia de los daños indicados en el apartado anterior la puerta no se podía cerrar y los propietarios de vehículos ajenos al centro aprovecharon esa circunstancia para aparcar sus vehículos, sin ser zona de aparcamiento ni estar habilitada para tal efecto, por estar situadas las pistas deportivas de Educación Física.*

*Que el vehículo de x. entró con fecha 29 de junio de 2007 para aparcar con las circunstancias expuestas en el punto 1 y 2, ocurriéndole los daños que reclama, siendo consciente del estado de deterioro en el que se encontraba dicho acceso.*

*Por todo ello, y no estando las pistas habilitadas de forma oficial para aparcamiento, ni constancia de autorización para dicho aparcamiento, esta Dirección no puede reconocer responsabilidad de los daños ocurridos”.*

**NOVENO.-** Por Resolución del Secretario General de la Consejería de Educación, Formación y Empleo, de 2 de noviembre de 2009, se designa a una nueva instructora del procedimiento, quien seguidamente otorgó un trámite de audiencia a la reclamante (folio 47), así como le requiere para que acredite que los daños no han sido ya abonados por la compañía aseguradora del vehículo, aportándose un certificado de un responsable de --, S.A., en el que se manifiesta que “x. no ha sido indemnizada por esa cantidad a raíz del siniestro ocurrido el día 29 de junio de 2007” (folio 52).

**DÉCIMO.-** El 18 de noviembre de 2009, la reclamante comparece en las dependencias del órgano instructor y realiza las siguientes alegaciones:

*“1. En ningún momento aproveché la circunstancia de que la puerta de acceso estaba rota para aparcar mi vehículo dentro del centro, sino que aparqué dentro como el resto de mis compañeros, que formábamos parte de los tribunales ubicados en ese centro.*

2. *La decisión de aparcar mi coche dentro del recinto estaba justificada desde el primer día en el que tuve conocimiento de que existía autorización por parte de la Dirección del centro para aparcar; el primer día de trabajo en el IES nadie aparcó su coche dentro del recinto, incluida yo, hasta el día siguiente que nos dieron permiso”.*

**UNDÉCIMO.-** La propuesta de resolución, de 20 de noviembre de 2009, estima la reclamación presentada, al entender que se ha producido un funcionamiento anómalo del servicio público, concretamente, de la puerta de acceso al IES, al haberse acreditado la forma de producción del daño (desplazamiento accidental de la hoja de la puerta averiada), sin que la conductora pudiera evitarlo. Tampoco cuestiona que la reclamante no dispusiera de autorización para el acceso al recinto escolar el 29 de junio de 2007, donde tenía la sede el Tribunal del que formaba parte, basándose para ello en el testimonio de la conductora, no contradicho por la anterior Dirección, pese a lo afirmado por el actual Director del IES “Alfonso X El Sabio” en su informe de 23 de abril de 2009, que se transcribe en el Antecedente Octavo.

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 legitimación activa para reclamar los daños materiales y, por tanto, la condición de interesada de x. (artículo 139.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, LPAC), no ha sido acreditada en el presente procedimiento, sin que tampoco haya sido requerida para ello por el órgano instructor, puesto que el permiso de circulación del vehículo que conducía el día del

accidente (29 de junio de 2007), así como la póliza del seguro del mismo, figuran a nombre de x. (folios 15 y 16 del expediente), quien, en su condición de titular del vehículo que sufrió los daños ocasionados por el funcionamiento del servicio público docente, ostentaría tal legitimación, sin que la reclamante haya acreditado su representación, desconociéndose, por tanto, el título en virtud del cual la reclamante conducía el vehículo accidentado (relaciones de amistad, venta de vehículo no formalizada, etc.), presumiéndose, no obstante, la conformidad de su titular para aquella conducción; prueba de esto último es que la factura de reparación figura a nombre de la reclamante, pero tal circunstancia no acredita *per se* la condición de interesada, como parece sostener la propuesta de resolución, al no constar justificado que fue efectivamente abonada por ella, y no por la titular del vehículo, que pudo reembolsarle tal cantidad.

En consecuencia, un requisito *sine qua non* para la prosperabilidad de la presente acción de reclamación es que se acredite la representación de la reclamante en relación con la titular del vehículo, quien ostenta la legitimación activa para reclamar los daños materiales ocasionados al vehículo, y, en última instancia, su condición de interesada, justificando que efectivamente abonó la cantidad solicitada ante la Administración regional, sin que haya sido resarcida por la titular del vehículo.

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 IES 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.

2. Respecto al plazo, la acción se ha ejercitado dentro del año desde el hecho que motiva la indemnización, según preceptúa el artículo 142.5 LPAC, siempre y cuando se acredite la condición de interesada de la reclamante.

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

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

Del sistema común de responsabilidad patrimonial que instaura la LPAC (artículo 139 y ss.), se desprende el derecho de los particulares a ser indemnizados por la Administración correspondiente de toda lesión que sufran en cualesquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, el daño sea real, efectivo, evaluable económicamente en relación con una persona o grupo de personas, y que aquéllas no tengan el deber jurídico de soportarlo de acuerdo con la ley.

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

Por lo tanto, para determinar la responsabilidad patrimonial de la Administración regional ha de analizarse si concurren los requisitos arriba citados.

Del examen del expediente que nos ocupa se deriva la existencia de un daño efectivo, individualizado y evaluable económicamente, según se acredita con la certificación del Secretario del IES (folio 6), que constata que la reclamante, al entrar al recinto del Instituto con el vehículo matrícula “—”, rozó en el lateral derecho del mismo, produciéndose desperfectos tanto en la chapa como en el piloto delantero del intermitente. Su cuantía también resulta acreditada por la factura expedida de un taller de reparación, así como por el informe evacuado por el Parque Móvil Regional, dependiente de la Dirección General de Patrimonio.

También resulta probado el modo en que se produjo el daño y el elemento causante del mismo (desplazamiento accidental de la puerta de acceso al IES), que forma parte de la infraestructura donde se presta el servicio público. *A priori* con tales presupuestos cabría sostener la relación de causalidad entre los daños alegados y el funcionamiento del servicio público, como ha apreciado este Órgano Consultivo en casos similares (Dictamen 48/2010), dado que la puerta de acceso no se encontraba en las condiciones debidas, correspondiendo a los responsables del

IES cuidar de que las instalaciones y demás medios materiales del Centro se hallen en condiciones de seguridad de modo que no puedan causar daños a los alumnos, al personal, o a terceros, en su persona o en sus bienes. Sin embargo, en el último informe de la Dirección del IES se describen la concurrencia en el presente caso de unas circunstancias que conducen a sostener la ruptura del nexo causal y el deber jurídico de soportar el daño (artículo 149.1 LPAC), tales como que la zona donde aparcó la reclamante no estaba habilitada para ello, que la conductora era consciente del estado de deterioro en que se encontraba dicho acceso, y que a la actual Dirección del IES no le consta la autorización para estacionar en el recinto.

Todo ello conduce a que el Consejo Jurídico no pueda dictaminar favorablemente la propuesta estimatoria elevada, a falta de otros medios de prueba que permitan corroborar las circunstancias alegadas por la reclamante, a quien incumbe su probanza (artículo 217 Ley de Enjuiciamiento Civil).

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

### **CONCLUSIÓN**

**ÚNICA.**- Se dictamina desfavorablemente la propuesta de resolución, al no haberse acreditado la legitimación activa de la reclamante respecto a los daños materiales (Consideración Segunda), ni la concurrencia de todos los requisitos determinantes de la responsabilidad patrimonial de la Administración regional.

No obstante, V.E. resolverá.



## DICTAMEN 124/2010

<b>Asunto</b>	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.
<b>Consultante</b>	Consejera de Sanidad y Consumo
<b>Fecha</b>	28/06/2010

### Extracto de Doctrina

Se concluye la ausencia de antijuridicidad del daño alegado 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.

### ANTECEDENTES

**PRIMERO.-** El 5 de octubre de 2006, x. presenta reclamación de responsabilidad patrimonial frente al Servicio Murciano de Salud y a la compañía aseguradora del ente público, por los siguientes hechos según describe:

El 6 de diciembre de 2005, sobre las 8 horas, estando en su domicilio de Archena, su esposo x., cuando se encontraba en el baño se desplomó cayendo al suelo, por lo que la familia avisó al 112. Una de sus hijas, por la proximidad al cuartel de la Policía Local del citado municipio, se acercó hasta allí, desde donde se volvió a llamar a algún Servicio de Urgencias, acudiendo uno de los agentes al domicilio.

La hija también se desplazó al Centro de Salud de Archena y el personal le informó que había otro paciente con un problema traumático que también era urgente, por lo que había que esperar.

Aproximadamente, a los 20 minutos salió hacia su domicilio una ambulancia del Centro de Salud, en la que junto al conductor iban dos chicas jóvenes, que en ningún momento se identificaron como médicas o enfermeras.

Mientras tanto, prosigue la reclamante, un vecino y el policía local que acudieron en su ayuda practicaron los primeros auxilios a su esposo.



Cuando llegó la primera ambulancia, las dos chicas referidas se limitaron a tomar la tensión y a medir las pulsaciones, mientras los masajes los seguían realizando el agente de la policía local que se alternaba con el vecino, sumándose posteriormente el conductor de la ambulancia.

A la media hora llegó desde Cieza una ambulancia del 061 con varios profesionales, siendo el médico el que pasó a dar el masaje cardíaco; las dos chicas que fueron con la primera ambulancia quedaron relegadas y paralizadas en un segundo plano.

Finalmente, señala que su esposo falleció a las 9.30 horas, sin que hubiese podido responder a los intentos de reanimación.

La reclamante considera que la asistencia prestada a su esposo fue muy deficiente, especialmente en el momento inicial de la misma, así como tardía, por lo que solicita una indemnización para ella y para toda su familia de 90.278'48 euros.

Acompaña la documentación que obra en los folios 7 a 10 del expediente, destacando las manifestaciones de una hija del fallecido, x., ante el Sargento Comandante del Puesto de la Guardia Civil en Archena que levanta diligencia, el informe de autopsia que concluye que el fallecimiento se debió a un fracaso ventricular izquierdo secundario a infarto agudo de miocardio, y la hoja de asistencia del 061.

Finalmente, designa a un letrado a efectos de notificaciones, que suscribe también el escrito de reclamación.

**SEGUNDO.-** Con fecha 20 de noviembre de 2006, el Director Gerente del Servicio Murciano de Salud resuelve admitir a trámite la reclamación de responsabilidad patrimonial, que fue notificada a las partes interesadas, así como se solicitó copia de la historia clínica e informes a la Gerencia de Atención Primaria de Murcia, al Servicio de Emergencias 112 y al Director de la Gerencia del 061.

**TERCERO.-** A requerimiento del órgano instructor, x., en representación de la interesada, presenta escrito de proposición de prueba, instando la documental que acompaña al escrito de reclamación, la testifical de las personas que relaciona en el folio 25, así como los informes de la asistencia prestada al fallecido por los servicios implicados.

**CUARTO.-** Desde la Gerencia de Atención Primaria de Murcia se remite copia de la historia clínica del paciente e informe de la Dra. x., Coordinadora Médica del Servicio de Urgencias del Centro de Salud de Archena, en funciones de médico de urgencias del SUAP, que informa lo siguiente:

*“PRIMERO.- Respecto de la alegación primera de la reclamación patrimonial, en primer lugar poner de manifiesto que todo el personal que se encontraba de guardia el día de los hechos vestía la uniformidad de dotación oficial, uniformidad que lleva serigrafiado el empleo de cada profesional que se encontraba de guardia, en consecuencia, la indumentaria de la que suscribe exhibía la palabra “MÉDICO”, visible por ambos lados. En este mismo sentido, la enfermera que acudió a esta urgencia, exhibía en su uniformidad la leyenda “ENFERMERA”; por lo tanto, las dos personas que acudimos primeramente a la urgencia, íbamos perfectamente identificadas. A todo esto añadir que una intervención de urgencia, no se mediatiza por la exhibición de credenciales profesionales. A mayor abundamiento sobre este tema tengo que decir que al hacer acto de presencia en el lugar de los hechos que han dado lugar a la presente reclamación, me identifiqué como médico, a pesar de no ser precisa dicha advertencia y mucho menos cuando las circunstancias requieren una rápida intervención obviando formalismos innecesarios. Llegados al cuarto párrafo del correlativo, se vislumbra un énfasis cuando hace mención al tiempo que tardamos en salir hacia el domicilio del enfermo, cifrándolo en más de veinte minutos. Pues bien, a esto decir que se salió a prestar auxilio a la mayor celeridad posible, teniendo en cuenta que el Servicio de Urgencias del SUAP tiene que atender tanto a pacientes que se personan en sus dependencias, como aquellos que precisan de asistencia domiciliaria.*

*SEGUNDO.- Respecto de la alegación segunda y tercera de la Reclamación tengo que decir que efectivamente, cuando hicimos acto de presencia en el domicilio del fallecido, encontramos a un Agente de la Policía Local ayudado de una tercera persona de paisano, proporcionando masaje de reanimación cardio-pulmonar a x. Ante este cuadro y con la ayuda del Policía Local que encontramos realizando los citados masajes cardiorrespiratorios, se siguió con los intentos de reanimación, pero bajo mi dirección. Si bien y según todos los síntomas que presentaba el paciente, había fallecido con anterioridad a nuestra llegada. Es más, el propio Agente nos comunicó que a pesar de los esfuerzos para reanimar al citado señor, en momento alguno había dado muestra de recuperación, como podía ser pulso, respiración o cualquier otra señal de vida.*

*TERCERO.- A la alegación cuarta de la Reclamación señalar respecto del primer párrafo, que el empleo de cada uno de los profesionales de la dotación de la U.M.E., entre ellos el médico, enfermero, técnico o conductor, no es merecedor ni tan siquiera de mención, pero en fin, por aclarar los conceptos del redactor del escrito, decirle que la serigrafía con el empleo de los profesionales que forman parte del equipo de una ambulancia o de un servicio de urgencias del Servicio Murciano de Salud es similar, cuando no idéntica, quedando a salvo el color del vestuario, que en nada modifica la lectura de las palabras que llevan serigrafiadas.*

*Respecto del segundo párrafo, a la falsedad total que encierra, añadir que no sólo no surgió incidente alguno con el personal de la U.M.E., sino que colaboramos todos los profesionales que allí nos encontrábamos, mutua y activamente durante todo momento.*

*CUARTO.- A la alegación quinta de la Reclamación, el autor del escrito vuelve a errar, no sabemos si conscientemente y con manifiesta mala fe, al fijar la hora del fallecimiento del x. a las 09:30 horas del día 6 de diciembre de 2005, con la idea preconcebida de crear la apariencia de un retraso injustificado en la intervención del Servicio de Urgencias, contradiciendo incluso el Informe de Autopsia, emitido por la Médico Forense x., que en la Conclusión 4 del citado Informe data el fallecimiento entre las 08:30 y las 09:25 horas del día 6 de diciembre de 2005*

*QUINTO.- Concluyendo y haciendo una breve exposición sobre los hechos, tengo que manifestar que al personarnos en el domicilio del fallecido, deduje valorando mis comprobaciones junto a la información que me vertieron tanto la Policía Local, como por las personas que le ayudaban, que x. llevaba más de veinte minutos sin signos de vida (sin pulso, sin respiración, etc.). Profundizando sobre esto, sólo hay que resumir el tiempo transcurrido desde que aparecieron los síntomas de infarto agudo fulminante, el tiempo transcurrido hasta que dieron aviso de la urgencia en el SUAP de Archena, los veinte minutos que tardamos en salir hacia el domicilio del fallecido (al menos -siempre utilizando la argumentación de la reclamante-), el tiempo mínimo imprescindible en trasladarnos hasta el lugar de la urgencia y la hora de fallecimiento fijada por la Sra. Médico Forense, entre las 08:30 y las 09:25, para concluir que cuando llegamos al lugar del aviso, el citado señor ya había muerto; cuestión esta que no implica nuestra obstinación en las tareas de reanimación, no sólo del personal del SUAP, sino también y más tarde de la U.M.E.*

*Así las cosas debo de concluir, apoyándome no sólo en mi valoración, sino en el auxilio inicial de la Policía Local, las conclusiones vertidas en el Informe de Autopsia y en la*

*Historia Clínica de la U.M.E., que x. murió súbitamente de Infarto Agudo de Miocardio, que le provocó incluso rotura cardíaca, siendo imposible reanimarle, a pesar de haber tratado de recuperarle con todos los medios disponibles”.*

**QUINTO.-** El Director del Centro de Coordinación de Emergencias remite a la instructora la transcripción de dos primeras llamadas efectuadas por la parte reclamante, una a las 8.13 horas desde el domicilio donde ocurrieron los hechos y otra a las 8.14 horas desde un lugar diferente, que confirma el aviso (folios 58 a 60).

**SEXTO.-** Por el Director Médico de la Gerencia de Emergencias de 061 se remite copia de la transcripción de las siguientes llamadas (la última a las 8,45 horas), que obran en los folios 63 a 77 del expediente.

Asimismo se remite informe del Coordinador médico del CCE, según el cual (folio 78):

*“Con relación a la reclamación patrimonial presentada por x. y una vez consultado el correspondiente PA (número 230 con fecha, 6 de diciembre de 2005), se obtiene el siguiente relato de los hechos:*

*- Hora de la primera llamada: 8´13 horas. Motivo: x. de 55 años está en el suelo de repente. Le está dando un ataque. Es en la calle “—”, bajo izquierda de Archena. Llamante está histérica. Solicita ambulancia urgente gritando y cuelga el teléfono.*

*- 8´14 h.: Médico coordinador (x) indica que se active al Servicio de Urgencias (SUAP) de Archena.*

*- 8´15 h.: Nueva llamada del “—”, informando del suceso.*

*- 8´17 h.: El Operador del 061 llama al SUAP de Archena pero está comunicando. Realiza dos nuevas llamadas pero sigue comunicando.*

*- 8´18 h.: El operador de 061 realiza dos nuevas llamadas al SUAP de Archena pero sigue comunicando. Llama entonces a las ambulancias concertadas de Archena.*

- 8'19 h.: Operador de 061 realiza otra llamada al SUAP de Archena y éste le comunica que ya tenían constancia, pues una hija del enfermo estaba allí dando el aviso. Se pone en estado A (de camino hacia domicilio).

- 8'27 h.: SUAP de Archena solicita la UME pues el enfermo está en parada cardiorrespiratoria. Se informa al médico coordinador (x) que inmediatamente da la orden de salida a la UME-5 de Cieza.

- 8 '46 h.: Nueva llamada del SUAP de Archena reclamando la UME. Se le informa, que le queda poco para llegar.

UME-5 de Cieza no reporta hora de llegada al domicilio. Da como código un 798.9 que corresponde a un cadáver encontrado muerto (...).

**SÉPTIMO.-** Por la instructora se solicitó informe a la Policía Local de Archena sobre la asistencia que se prestó al paciente.

Por el Oficial Jefe de la Policía Local del citado municipio, mediante oficio de 14 de junio de 2007, se informa lo siguiente:

*“Que efectivamente la policía local de esta localidad acudió al domicilio señalado, aproximadamente a las 08,10 de la mañana del día seis de diciembre de 2005, como consecuencia del requerimiento de la señora x., al acudir la misma a nuestras dependencias dada la proximidad de su domicilio, comunicando que a su esposo le había dado un mareo y se había desplomado al suelo, por lo que solicitaba la ayuda de este policía, acudiendo al domicilio señalado el agente x, el cual en unión de un vecino, le prestó los primeros auxilios, consistentes los mismos en masajes cardíacos, hasta que llegaron los servicios médicos, los cuales le tomaron las constantes vitales hasta que acudió una ambulancia del 061 con un médico, el cual se hizo cargo de la situación, continuando con la reanimación, por lo que el agente de esta plantilla finalizó su servicio”.*

**OCTAVO.-** Por el órgano instructor se comunica a la reclamante que se estima innecesaria la prueba testifical de los agentes de la Policía Local, pues ya se evacuó informe sobre los hechos, considerando por tanto que no se van a aportar nuevos datos.

Respecto a las testificales de la hija del fallecido y del vecino que acudieron al domicilio familiar, se considera que con los informes obrantes en el expediente y las transcripciones telefónicas existen datos suficientes para valorar lo sucedido.

No consta que la reclamante haya cuestionado la denegación de tales pruebas, sin que posteriormente presentara alegaciones.

**NOVENO.-** Solicitado informe a la Inspección Médica en fecha 18 de julio de 2007, es evacuado el 23 de octubre de 2009 en el siguiente sentido:

*“PRIMERA: No hemos constatado falta de diligencia en la asistencia sanitaria prestada a x., dado que transcurrieron SIETE MINUTOS desde que el 061 (simultáneamente con la familia) avisara al SUAP y éste, desde el domicilio del paciente, solicitara una UME (Unidad Médica Especializada), y TRECE MINUTOS, desde que la reclamante (esposa del fallecido) llamó al 061 y el Servicio de Urgencias llegó a su domicilio.*

*SEGUNDA: No se constata falta de atención, dado que las declaraciones de los implicados (incluida la hija del fallecido) coinciden en afirmar que a pesar de las maniobras de RC.P Avanzada, que se realizaron por parte de los equipos de emergencia el paciente en ningún momento recuperó la conciencia, lo que confirma la declaración de la Dra. x. del SUAP de que el paciente estaba ya muerto cuando llegaron.*

*TERCERA: La autopsia realizada al cadáver de x., confirma la rotura cardiaca por infarto agudo de miocardio, con edema agudo de pulmón, hemorragia pericárdica, cardiomegalia, hipertrofia ventricular izquierda y arterioesclerosis coronaria avanzada.*

*CUARTA: Los factores de riesgo predisponentes para sufrir infarto agudo de miocardio (IAM), encontrados en la historia clínica de x., avalan la teoría de que el fatal desenlace sufrido por éste sea consecuencia más de su idiosincrasia personal y de la enfermedad en sí misma, que de los factores externos alegados por la familia.”*

**DÉCIMO.-** Por la Compañía de Seguros x. se aporta dictamen médico colegiado de 30 de noviembre de 2009, en el que se concluye:

*“1. El paciente falleció como consecuencia de una muerte súbita, en relación con una cardiopatía isquémica en un paciente con arterioesclerosis (diabetes mellitus y dislipemia).*

2. *El infarto agudo de miocardio que sufrió debutó con una rotura cardíaca y, por tanto, las posibilidades de recuperación del paciente fuera de un Centro Hospitalario eran nulas.*

3. *La Atención médica del SUAP fue adecuada en tiempo y forma. Toda la actuación se ajustó a la *lex artis*.*

4. *La asistencia del Centro Coordinador de Emergencias fue adecuada en tiempo y forma: siguió el protocolo de actuación”.*

**UNDÉCIMO.-** Otorgado trámite de audiencia, la parte reclamante no presenta alegaciones, pese a que el letrado actuante comparece el 29 de diciembre de 2009 para retirar los informes de la Inspección Médica y de los peritos de la aseguradora del ente público (folio 130).

**DUODÉCIMO.-** La propuesta de resolución, de 21 de enero de 2010, desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial al considerar que la asistencia prestada al x. fue ajustada a la *lex artis*, sobre la base de lo informado por la Inspección Médica, y que el fallecimiento del paciente se debió a una muerte súbita por rotura cardíaca secundaria a infarto de miocardio.

**DECIMOTERCERO.-** Con fecha 29 de enero de 2010 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, en su condición de cónyuge del fallecido -usuario del servicio público sanitario-, ostenta la condición de interesada y está legitimada 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. Sin embargo, la reclamante no acredita la representación que dice ostentar del resto de su familia para solicitar, en su nombre, la cuantía indemnizatoria reclamada, salvo que sus hijos fueran menores de edad, lo que tampoco se acredita.

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 del paciente se produjo el 6 de diciembre de 2005, conforme al certificado de defunción (folio 14), y la reclamación se presentó el 5 de octubre de 2006.

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.- 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, la reclamante considera que la asistencia sanitaria prestada a su marido fue muy deficiente, por la tardanza en la llegada de la ambulancia del 061 a su domicilio y por la falta de actuación por parte del personal del Centro de Salud de Archena, que acudió en el primer momento en su ayuda, pues sostiene que no le suministraron ningún medicamento, salvo la medición de la tensión y las pulsaciones, mientras los masajes cardiacos los seguían realizando un policía local y un vecino.

Para valorar la corrección de la asistencia sanitaria prestada en el presente caso, hay que tomar en consideración la cronología de los hechos probados, conforme a las transcripciones de las llamadas (folios 63 a 78):

- La primera llamada para la atención domiciliaria fue registrada a las 8,13 horas del día 6 de diciembre de 2005. Al minuto siguiente se registra otra llamada desde otro domicilio para avisar por parte de una persona del círculo familiar.

- A las 8,19 se contacta desde el 061 con el SUAP de Archena para dar el aviso. El SUAP comunica que en ese momento ha llegado la hija del paciente.

- La siguiente llamada se produce a las 8,26 horas desde el SUAP de Archena al 061, solicitando una UME (unidad médica de emergencias) porque el paciente está en parada. Lo anterior implica que la ambulancia del SUAP con el personal sanitario ya se encontraban en el domicilio.

- A las 8,47 la UME llega a Archena, sin que consten nuevas llamadas de familiares, de lo que se infiere su llegada al domicilio.

- A las 9,48 horas la UME comunica al 061 (después de media hora de RCP avanzada) el código 498.9, que corresponde a un cadáver encontrado muerto, para que acuda un juez.

En suma, transcurren 13 minutos desde que se realiza la primera llamada al 061 y llega la ambulancia con el personal médico del SUAP a su domicilio y 20 minutos desde que el 061 avisa a la UME y ésta llega al lugar de la asistencia, según destaca la Inspección Médica, que considera que no se ha producido falta de diligencia, ni tardanza en la asistencia sanitaria.

Sobre la asistencia del personal del SUAP de Archena que acudió inicialmente al domicilio (una médica y una enfermera) a la que la reclamante achaca cierta pasividad y falta de actuación, incluso pone en duda su cualificación profesional, ha de tenerse en cuenta, según el testimonio de la facultativa (folio 32), que cuando acudió al domicilio comprobó que el paciente (sin pulso, sin respiración, etc.), junto con la información que le suministraron la policía local y las personas que le ayudaban, llevaba más de 20 minutos sin signos de vida. Concluye que aquél había fallecido súbitamente de infarto agudo de miocardio, que le provocó rotura cardiaca, según la autopsia, siendo imposible reanimarle, a pesar de haberle tratado de recuperarle con todos los medios disponibles.

La parte reclamante también se contradice en esta última imputación, pues una de las hijas del finado sostiene ante el Puesto de la Guardia Civil de Archena: *“Que el médico le ha intentado reanimar y posteriormente han llegado al lugar el Servicio de Urgencias del 061 y le han colocado varios aparatos pero no han podido reanimarlo, ignorando si cuando han llegado se encontraba todavía con vida”*.

2. Relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y el daño alegado. Antijuridicidad del daño.

Este Órgano Consultivo 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 para los familiares, la prestación de los servicios 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 (se contactó con el SUAP de Archena que envió una ambulancia con personal cualificado, que llegó en 13 minutos), y posteriormente se envió una UME desde Cieza, que llegó en 20 minutos desde el aviso.

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, que es la duda que subyace en la reclamación presentada, siendo la respuesta negativa en tanto el paciente falleció de una muerte súbita por un infarto de miocardio, que debutó con una rotura cardiaca, con edema agudo de pulmón, hemorragia pericárdica, cardiomegalia, hipertrofia ventricular izquierda y arterioesclerosis coronaria avanzada.

Sobre la duración de la llegada al domicilio de las dos ambulancias la primera del SUAP y la segunda de la UME 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 del paciente no se puede imputar a la actividad sanitaria, sino que los factores de riesgo predisponentes para sufrir infarto agudo de miocardio (IAM) encontrados en la historia clínica del fallecido, avalan la teoría de que el desenlace sufrido por éste fue consecuencia de su idiosincracia personal y de la enfermedad en sí misma, y no de los factores externos alegados por la familia (conclusión cuarta del informe de la Inspección Médica, folio 102).

En sentido contrario, no se ha acreditado por la reclamante, a quien incumbe, que el tiempo de asistencia incidiera en la posibilidad de la recuperación del paciente, sin que haya presentado alegaciones en el trámite de audiencia otorgado pese a retirar la documentación integrante del expediente.

En consecuencia, se desprende la ausencia de antijuridicidad del daño alegado 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 último, la cuantía indemnizatoria reclamada no aparece justificada, pues se limita a solicitar un montante a tanto alzado, sin mayor motivación.

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.

No obstante, V.E. resolverá.



## DICTAMEN 125/2010

<b>Asunto</b>	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.
<b>Consultante</b>	Consejera de Sanidad y Consumo
<b>Fecha</b>	28/06/2010

### Extracto de Doctrina

La mera existencia de bajas laborales no acredita que el daño por el que reclama (la amaurosis o pérdida total de visión del ojo derecho) no se hubiera estabilizado con anterioridad, que es lo decisivo.

### ANTECEDENTES

**PRIMERO.-** Mediante escrito presentado el 9 de enero de 2009 y dirigido a la Administración regional, x. formuló reclamación de responsabilidad patrimonial, en la que expone que el 30 de octubre de 2006 fue intervenido en el Hospital “*Virgen de la Arrixaca*” de una catarata en el ojo derecho, implantándosele una lente que no era de la graduación apropiada, perdiendo la visión, por lo que hubo de ser reintervenido el 29 de enero de 2007, colocándole entonces la lente correcta, que le proporciona algo de visión. Se reincorpora al trabajo en abril de ese año, pero no puede desarrollarlo, ante la pérdida total de visión, por lo que recibe la baja laboral, en la que continúa. Alega que la negligente intervención médica, mediante el injerto de una lente inapropiada, dio lugar a posteriores actuaciones médicas, que se hubiesen evitado de haber colocado inicialmente la lente correcta, y que dieron como resultado la pérdida total de visión en el ojo derecho. Señala que aporta un informe médico actual en el que se dice que padece una miopía magna, de la que deriva dicha pérdida de visión.

Solicita una indemnización de 109.350 euros, desglosada en 100.000 euros por la secuela de la pérdida de visión del ojo derecho, y 9.350 euros por los emolumentos perdidos a consecuencia de las bajas laborales acaecidas por dicha causa.

**SEGUNDO.-** Con fecha 27 de enero de 2009, el Director Gerente del Servicio Murciano de Salud (SMS) resuelve admitir a trámite la reclamación, lo que fue notificado a las partes interesadas, así como al hospital “*Virgen de la Arrixaca*”, solicitando la historia clínica y los informes de los facultativos que atendieron al reclamante.

**TERCERO.-** El 17 de febrero de 2009 el reclamante presenta escrito adjuntando diversa documentación, entre la que destaca la relativa a unas intervenciones quirúrgicas realizadas en los años 90 en el hospital “San Carlos” de Madrid, por hernia de iris en el ojo izquierdo, y para la implantación de lentes intraoculares en ambos ojos; también aporta informes de alta relativos a las dos intervenciones quirúrgicas por las que reclama; informes de 9 de octubre de 2007 y 11 de febrero de 2008 del hospital “Morales Meseguer”, que refleja la patología del reclamante de “retinopatía miópica magna”, consignando el primero de ellos la “amaurosis –pérdida de visión-0.D”; informe de un facultativo de la Seguridad Social de 21 de agosto de 2008, con el diagnóstico de “atrofia corioretiniana por miopía magna, con placas de atrofia”, siendo el curso de la enfermedad “progresivo”, con “déficit muy importante en ambos ojos”, e informe del hospital “Reina Sofía” de 21 de octubre de 2008, que alude a la “miopía magna con coroidosis importante” del paciente; asimismo, aporta diversos partes de baja laboral y nóminas de su trabajo.

**CUARTO.-** Mediante oficio registrado de salida el 24 de febrero de 2009, el Director Gerente del hospital “Virgen de la Arrixaca” remitió copia de la historia clínica del reclamante e informe del Dr. x., realizado el 13 de febrero de 2009, que expresa lo siguiente:

*“El paciente x. fue explorado en consultas externas de oftalmología el día 12 de enero del 2005 en este Hospital.*

*A la exploración presentaba:*

*AV OD: 0.2 con su mejor corrección. OI: 0.5 con su mejor corrección.*

*En el polo anterior se observaba, según consta en su historia clínica, gran lisis de iris por cirugía de miopía ambos ojos mediante implante de lentes fáquicas complicadas.*

*Su miopía residual era*

- 8 esf. -1.25 60°*
- 6 esf. -3.50 100°*

*Campo visual: reducción completa y generalizada de campo visual ambos ojos.*

*El fondo de ojo se observa patología grave macular relacionado con su alta miopía.*

*Se diagnostica de catarata de ambos ojos y se plantea su extracción.*

*El día 30 de octubre del 2006 se interviene, sin complicaciones, de extracción de lente fásica y Faco (facoemulsificación) + Lio (lente intraocular) de ojo derecho. Tras una evolución correcta se observa error biométrico, procediendo a explantar la lente y a implantar lente correcta (29.01.2007).*

*El día 21 de mayo del 2007 presenta una exploración oftalmológica de normalidad, con agudeza visual OD de 0.2, con refracción residual de + 1 -2x20°, con gran alteración de polo anterior (iris), consecuencia de su cirugía de miopía y con gran alteración de polo posterior por su retinopatía miópica.*

*Posteriormente el paciente solicita ser intervenido por mí del ojo izquierdo, cosa que desaconsejo por su buena agudeza visual (0.5 con su mejor corrección), en contra del criterio de la Dra. x. de Madrid. No obstante, curso anexo (modelo 1) a petición del paciente. Este anexo ha sido denegado por el Servicio Murciano de Salud.*

#### Conclusiones.

*1. El paciente ha sido intervenido de catarata OD. Se trata de una catarata complicada por:*

- Alta miopía.*
- Implante de lente fásica en cámara anterior.*
- Complicaciones de la cirugía realizada para corregir la miopía en otro centro.*

*2. En la cirugía de la catarata existe un error biométrico subsanado en este centro y por el mismo cirujano con éxito. Se implanta lente correcta con el consentimiento del paciente.*

*3. La agudeza visual del paciente es de un 20% después de la cirugía con una corrección en gafas mínima. Esta agudeza visual es la mejor que el paciente puede presentar para el estado de fondo de ojo y de polo anterior que presenta, que no son consecuencia de la cirugía de la catarata realizada en este centro.*

*4. Le desaconsejo cirugía de catarata del ojo adelfo por su buena agudeza visual en la actualidad".*



**QUINTO.-** El 11 de marzo de 2009 el reclamante presenta un escrito al que adjunta copia de diversa documentación perteneciente a su historia clínica en el hospital “Virgen de La Arrixaca”.

**SEXTO.-** Obra en el expediente un dictamen de 11 de mayo de 2009 aportado por la compañía aseguradora del SMS en el que, tras formular las oportunas consideraciones médicas, concluye lo siguiente:

*“1. El paciente padecía una miopía magna, enfermedad evolutiva que conlleva, en muchos de los casos, pérdida de visión en ambos ojos con el paso del tiempo, a pesar de los tratamientos médicos o quirúrgicos, por alteraciones retinianas propias de dicha miopía magna, que no tienen tratamiento actualmente.*

*2. Acudió a la sanidad pública refiriendo pérdida de visión en su ojo derecho, constatándose que estaba intervenido quirúrgicamente, de forma previa y en un centro privado, mediante cirugía de implante de lente intraocular fáquica en ambos ojos, para corrección de su miopía. A pesar de ello, presentaba miopía elevada en ambos ojos. Además, presentaba lesiones retinianas propias de su miopía en ambos ojos, cataratas, alteraciones en la pupila de ambos ojos (más acentuadas en el ojo derecho), y tensión ocular cercana al límite superior de la normalidad.*

*3. Se realizó cirugía de catarata del ojo derecho, sin describirse complicaciones intraoperatorias. En el postoperatorio se describió la existencia de una sorpresa refractiva. Está ampliamente descrito en la literatura médica el concepto denominado "sorpresa refractiva", que engloba aquellos ojos en los cuales, a pesar de realizar la biometría y el cálculo de la potencia de la lente a implantar de manera adecuada, y cursar la cirugía sin ninguna complicación, el resultado refractivo (graduación) obtenido no es el deseado. La sorpresa refractiva no implica necesariamente negligencia o mala praxis por parte del médico, ya que incluso realizando todas las medidas de manera adecuada, no se puede eliminar por completo dicha posibilidad. Además, los pacientes miopes magnos son más propensos a padecer sorpresas refractivas.*

*4. En este caso, la sorpresa refractiva ocurrida se solucionó de forma adecuada, mediante el recambio de la lente intraocular implantada. Durante dicha cirugía ocurrió una rotura de la cápsula posterior del cristalino, complicación ampliamente descrita en la literatura médica, y frecuente en dicho tipo de intervenciones, que en este caso se solucionó de forma adecuada mediante el implante de la lente intraocular en sulcus.*

5. No se describen en la historia clínica ni en los informes analizados alteraciones secundarias a las cirugías realizadas (descompensación corneal, desprendimiento de retina, hemorragia vítrea, filtración de humor acuoso a través de la incisión, infección intraocular, edema macular establecido...) que hayan podido provocar una pérdida visual definitiva.

6. La agudeza visual del ojo derecho del reclamante resultó similar, tras las cirugías, a la que presentaba de forma previa, teniendo en cuenta, además, que tras la cirugía la necesidad de gafa en ese ojo era mínima (gafa de +1 dioptrías), mientras que antes de la cirugía necesitaba una gafa de alta graduación (-8,50 dioptrías de miopía y -1,25 dioptrías de astigmatismo a 60°),

7. Desconocemos cuál es el motivo por el cual el paciente afirma que su calidad de vida empeoró tras las cirugías realizadas en la sanidad pública. La situación preoperatoria ya era de agudeza visual baja en ambos ojos, principalmente debido a las alteraciones retinianas propias de su miopía magna, que se desarrollan durante toda la vida del paciente. El ojo derecho, que fue el que se intervino de catarata (y posteriormente de recambio de lente intraocular), era el ojo con menos visión del paciente, y permaneció en una situación visual similar a la previa (ni claramente mejor, ni claramente peor), tras las dos cirugías realizadas en la sanidad pública,

8. Tras el examen detallado de la documentación obrante en este expediente, se deduce que la situación visual del paciente, después de las dos cirugías realizadas en la sanidad pública, era muy similar a la situación previa.

9. El pronóstico visual de un paciente miope magno que va a ser intervenido de catarata siempre es algo reservado, ya que es muy difícil conocer con exactitud de forma previa qué parte de la pérdida visual se debe a las alteraciones retinianas propias de la miopía magna (que avanzan con el paso del tiempo, y que son independientes de la cirugía de catarata, no mejorando tras la misma), y qué parte de la pérdida visual es debida a la existencia de catarata, tal y como consta en el documento de consentimiento informado para implante secundario de lente intraocular”.

**SÉPTIMO.-** Solicitado informe a la Inspección Médica del SMS, lo emitió el 12 de agosto de 2008, con las siguientes conclusiones:

“1. Paciente con miopatía magna y afectación de la agudeza visual con inserción de lentes fáquicas y retinopatía miópica que había precisado laserterapia.

2. *En revisiones en el Hospital Virgen de la Arrixaca desde febrero de 2004, se programó para intervención de cataratas en octubre-06 por deterioro de agudeza visual y desarrollo de catarata en OD.*

3. *El estudio preoperatorio, que incluyó el cálculo del poder de la LIO a insertar, y la intervención se realizaron según los protocolos habituales, no existiendo complicaciones quirúrgicas.*

*En las revisiones postoperatorias se objetivó un error, sorpresa refractaria, en la potencia de la lente insertada, que precisó la sustitución de la misma.*

4. *La sorpresa refractaria está descrita en la literatura medica y no es sinónimo de mala praxis, máxime en un paciente con intervenciones previas sobre ese ojo y portador de LIO fáquicas, de las que se carece de informes.*

5. *El consentimiento informado firmado por el paciente recoge todos estos puntos. Además, a tenor de la historia clínica el paciente era conocedor del riesgo personalizado mayor, dadas sus características particulares.*

6. *No hay secuela de estas intervenciones quirúrgicas. Tras la inserción de la nueva lente los controles oftalmológicos no revelan empeoramiento de la AV respecto a la previa, ni afectación de ningún otro parámetro oftalmológico, que pueda ser atribuible a la cirugía.*

7. *El progresivo deterioro de la capacidad visual del paciente que tiene lugar de forma posterior, tanto del ojo derecho, que llega a la amaurosis, como del izquierdo, es consecuencia de la miopía magna que padece. Lo confirman los informes realizados por distintos facultativos, que nos hablan de una retinopatía miópica muy importante, con coroidosis y atrofia corioretiniana en placas que provocan el importante deterioro de la visión descrito”.*

**OCTAVO.-** Otorgado a los interesados el preceptivo trámite de audiencia, no consta la presentación de alegaciones.

**NOVENO.-** El 15 de enero de 2010 se formula propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación; en síntesis, por considerar que no se acredita la necesaria y adecuada relación de causalidad entre el funcionamiento de los servicios sanitarios regionales y los daños por los que se

reclama indemnización, al no haberse vulnerado la “*lex artis ad hoc*”, con base en los informes emitidos.

**DÉCIMO.-** En la fecha y por el órgano indicado en el encabezamiento del presente, se solicitó de este Consejo Jurídico la emisión de su preceptivo Dictamen, acompañando el expediente y su extracto e índice reglamentarios.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

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

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, al versar sobre una propuesta de resolución de un procedimiento de responsabilidad patrimonial tramitado por la Administración regional, concurriendo con ello el supuesto previsto en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, reguladora de este Consejo Jurídico.

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

I. El reclamante ostenta legitimación para deducir la pretensión indemnizatoria de que se trata, al ser la persona que sufrió los daños cuyo resarcimiento solicita.

La legitimación para resolver el presente procedimiento corresponde a la Administración regional, por dirigirse contra ella la pretensión indemnizatoria y ser de titularidad autonómica los servicios sanitarios a cuyo funcionamiento se imputan los referidos daños.

II. Respecto a si la reclamación se ha interpuesto dentro del plazo de un año previsto en el artículo 142.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), no puede aceptarse, como pretende la propuesta de resolución, que dicho plazo comenzase cuando cesó el período de bajas laborales del reclamante -debidas a su patología ocular-, esto es, el mismo día en que presenta la reclamación, porque la mera existencia de dichas bajas no acredita que el daño por el que reclama (la amaurosis o pérdida total de visión del ojo derecho) no se hubiera estabilizado con anterioridad, que es lo decisivo a los efectos que ahora nos ocupa.

En la historia clínica aportada consta que, por las referidas intervenciones, se le dio el alta definitiva en el hospital “*Virgen de La Arrixaca*” en la consulta del día 22 de mayo de 2007 (folio 146 exp.), en la que se fija su agudeza visual en 1/8 sin corrección y 1/4 con estenopeico, y se indica una “*pseudofaquia correcta*”; ello permitiría deducir que al paciente se le transmitió entonces que aquélla era la situación “*estable*” de su ojo derecho tras las dos intervenciones realizadas (aunque su grave patología de base fuera progresiva, como se dirá después). No obstante, el paciente acudió a posteriores consultas, en el mismo u otros hospitales, realizadas en fechas incluso posteriores a la presentación de la reclamación, de las que se deduce que su patología iba agravándose, viniendo motivadas las mismas seguramente por la comprensible finalidad de que se le pudiera revertir su progresiva e importante falta de visión en dicho ojo, o para conseguir informes médicos a efectos de tramitar bajas laborales u otros expedientes de incapacidad, como se deduce de algunas de estas consultas. Ahora bien, tales consultas no implican tampoco, sin más, que el referido “*dies a quo*” del plazo prescriptivo deba ser la fecha de la última de ellas, pues de ser así se dejaría en manos del paciente la fecha en que hubiera de comenzar a computarse dicho plazo, lo que no resulta admisible (STS, Sala 3ª, de 30 de junio de 2009).

Partiendo de lo anterior, y a los efectos de determinar el momento en que el paciente pudo conocer la estabilización de la secuela por la que reclama, que es la fecha del “*dies a quo*” del plazo que nos ocupa, se advierte que el informe de la Inspección Médica ratifica, en efecto, que en fechas posteriores a las consultas inmediatamente siguientes a las intervenciones en cuestión se advierte un deterioro de la agudeza visual del ojo derecho del paciente, hasta llegar a la amaurosis por la que reclama. Este último estado visual aparece reflejado ya en el informe de 9 de octubre de 2007 del hospital “*Morales Meseguer*”, aportado por el propio reclamante (vid. Antecedente Tercero y folio 35 exp.), por lo que debe considerarse esta fecha a los efectos que nos ocupa, con lo cual la reclamación resulta extemporánea, al haberse presentado el 9 de enero de 2009.

No obstante lo anterior, posteriormente se realizarán observaciones sobre el fondo del asunto, que abundan en la procedencia de desestimar la reclamación.

III. Del expediente remitido se desprende que se han seguido, en lo sustancial, los trámites establecidos para esta clase de procedimientos en la LPAC y en el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas (RRP).

**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:

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

- 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.

- Ausencia de fuerza mayor.

- 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, en general, 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 jurídicamente 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, pues en tal caso habría de declararse en todos los supuestos de actuaciones médicas que no pudieran evitar los daños derivados de la patología del paciente o de los riesgos inherentes al tratamiento empleado para intentar remediar ésta, y que el estado de la ciencia y la técnica sanitarias no pueden evitar, aun siendo correcto su ejercicio (art. 141.1 LPAC), lo que convertiría a la responsabilidad patrimonial administrativa en un mecanismo de aseguramiento a todo riesgo que no es conforme con la naturaleza jurídica y el alcance de esta institución. Ello explica que, para declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración, la jurisprudencia y la doctrina exijan una relación de causalidad jurídicamente adecuada -es decir, con los condicionantes y requisitos antes expuestos-, y no meramente fáctica, entre el daño producido y el funcionamiento de los servicios públicos de que se trate, para así imputar dicho daño, en términos jurídicos, y a efectos de dicha responsabilidad, a la actuación administrativa en cuestión.

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 sanitarios y los daños por los que se reclama indemnización: inexistencia.**

Aplicando las precedentes consideraciones al caso que nos ocupa, de las actuaciones obrantes en el expediente remitido se desprende que el reclamante no ha acreditado en modo



alguno la existencia de mala praxis en la asistencia sanitaria dispensada en la sanidad pública y, en concreto, en la realización de las intervenciones practicadas el 30 de octubre de 2006 y el 29 de enero de 2007 en el hospital “*Virgen de La Arrixaca*”.

A este respecto, basta con reparar en que los informes emitidos en el procedimiento que han analizado en su conjunto el caso planteado (los de la Inspección Médica del SMS y de la aseguradora de dicho Ente), concluyen en la plena corrección de todas las actuaciones sanitarias llevadas a cabo, sin que el reclamante haya aportado informe alguno que pudiera desvirtuar las detalladas consideraciones médicas expresadas en tales informes.

En síntesis, de éstos se desprende, en primer lugar, que la “*sorpresas refractiva*” advertida tras la primera de las intervenciones en cuestión (incorrección de la graduación de la lente intraocular implantada en la intervención de cataratas) no implica necesariamente mala praxis médica. La determinación de la graduación en estas intervenciones de cataratas se hace previa biometría del ojo, en la que son factores que alteran la precisión de los cálculos, entre otros, la miopía magna del paciente y la existencia de previas intervenciones como las que en años anteriores tuvo el reclamante (implantación de lentes fáquicas), a cuyo efecto es conveniente recabar la necesaria información previa, lo que le fue requerido (folio 67 exp.), sin que conste que la aportase. Asimismo, en el consentimiento informado prestado para dicha intervención se le indicó que tras la misma podría requerir de correcciones ópticas.

Pero, además y en todo caso, en dichos informes se resalta que la reintervención para colocar la lente adecuada no desempeñó ninguna virtualidad causal en la amaurosis que sufre el reclamante, que se debe a la grave patología de base que padecía desde mucho tiempo antes de estas intervenciones y que le habían llevado a tener ya entonces una muy importante pérdida de visión. Así, aunque en dicha segunda intervención se produjo una rotura de la cápsula posterior del cristalino, ello se solucionó de forma adecuada, implantando la lente intraocular en sulcus, sin describirse alteraciones (descompensación corneal, desprendimiento de retina, hemorragia vítrea, filtración de humor acuoso a través de la incisión, infección intraocular, edema macular establecido...) que hubieran provocado una pérdida visual añadida. Es más, en los informes se indica que la segunda cirugía consiguió el éxito buscado, ya que la graduación residual que resultó fue cercana a la emetropía (1 dioptría), con una agudeza visual de 1/10 o 1/8 (alrededor de 0,1), o de 1/4 con estenopeico, es decir, prácticamente igual a la que tenía antes de dichas intervenciones, si bien se consiguió que la graduación en gafa pasara de 8,50 a 1 dioptrías; se señala que esta situación se mantuvo estable durante algún tiempo, y que la posterior y progresiva pérdida de visión, hasta la amaurosis que se consigna en ulteriores consultas, se debió a la muy importante

patología de base que ya le aquejaba desde mucho tiempo antes de tales intervenciones, consistente en graves alteraciones retinianas propias de la miopía magna que padece, que es una enfermedad evolutiva sin remedio conocido.

En definitiva, de los citados informes se desprende que las intervenciones realizadas al reclamante en la sanidad pública, dirigidas a solucionar el específico problema relativo a la catarata que padecía, fueron adecuadamente realizadas, y consiguieron el –limitado- resultado propuesto, pero no son responsables de la progresiva e importante pérdida de visión del paciente, hasta la amaurosis de su ojo derecho, que se debe a la irreversible evolución de su patología ocular, sin curación en el actual estado de la ciencia y la técnica médicas, por lo que, de acuerdo con lo expresado en la anterior consideración, no puede estimarse que exista la necesaria y adecuada relación de causalidad entre el daño por el que se reclama y la actuación sanitaria pública, a efectos de determinar la responsabilidad patrimonial de la Administración regional.

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

### **CONCLUSIONES**

**PRIMERA.**- La reclamación ha de considerarse extemporánea, por las razones expresadas en la Consideración Segunda, II, del presente Dictamen. A tal efecto, la propuesta de resolución deberá modificarse en este punto, para adecuarse a lo indicado en dicha Consideración.

**SEGUNDA.**- No se ha acreditado la necesaria y adecuada relación de causalidad entre los daños por los que se reclama indemnización y el funcionamiento de los servicios sanitarios regionales, a efectos de la pretendida responsabilidad patrimonial de la Administración regional.

**TERCERA.**- En consecuencia, y sin perjuicio de lo indicado en el punto primero, que deberá incluirse en la propuesta de resolución, ésta, en cuanto es desestimatoria de la reclamación, se informa favorablemente.

No obstante, V.E. resolverá.



**DICTAMEN 126/2010**

**Asunto** Responsabilidad patrimonial instada por x, debida a accidente deportivo.  
**Consultante** Consejero de Universidades, Empresa e Investigación  
**Fecha** 28/06/2010

**Extracto de Doctrina**

El hecho de que la Administración celebre un contrato de seguro de responsabilidad civil, no priva a los particulares de la posibilidad de presentar reclamaciones de responsabilidad patrimonial en vía administrativa si entienden que la Administración les ha causado un daño y que concurren los demás requisitos establecidos en el artículo 139 LPAC.

En efecto, la Administración no puede ampararse en un contrato para eludir el cumplimiento de normas legales y reglamentarias, como son las que regulan el procedimiento de responsabilidad patrimonial.

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** El Consejo Jurídico ya conoció de la reclamación presentada por x., emitiendo el Dictamen 201/2009, cuyos antecedentes cabe dar aquí por reproducidos en orden a evitar innecesarias reiteraciones. El Dictamen concluyó acordando retrotraer las actuaciones para que se diese audiencia a la compañía aseguradora referida en el informe del Jefe de Servicio de Promoción Deportiva y se incorporara copia de la póliza correspondiente, tras lo cual se pondría de manifiesto al reclamante lo actuado y se formularía nueva propuesta de resolución, que debería ser remitida junto con lo actuado, a este Consejo Jurídico, para la emisión de su preceptivo Dictamen sobre el fondo del asunto.

**SEGUNDO.-** Recibido el Dictamen en la Consejería consultante, por la instrucción se incorpora al expediente copia de la póliza de seguro de responsabilidad civil general núm. “—“, suscrita por la Universidad Politécnica de Cartagena (UPCT) con la “—“ (x). Entre las contingencias cubiertas figuran, a los efectos que aquí interesan, *“los daños ocasionados a terceros por el uso...de instalaciones sociales y deportivas”* (folio 100). En la póliza se establece un límite para daños personales por víctima de 150.250 euros y una franquicia de 300 euros.

Seguidamente se procedió a conceder trámite de audiencia a los interesados (x. y reclamante), sin que la primera de ellas compareciese ni formulase alegación alguna, en tanto que el reclamante sí presenta escrito en el que reitera su reclamación.

**TERCERO.-** Con fecha 8 de febrero de 2010 la instructora formula una nueva propuesta de resolución en el mismo sentido estimatorio que la anterior, 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.

Seguidamente se remitió éste en solicitud de Dictamen, mediante escrito recibido en este Consejo Jurídico el pasado 9 de marzo de 2010.

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 201/2009, relativas a dichos extremos.

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

En cuanto al procedimiento, una vez subsanadas las deficiencias que se ponían de manifiesto en nuestro Dictamen ante citado, se puede afirmar que, en términos generales, respeta lo dispuesto tanto en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), como en el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial, aprobado por Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo (RRP).

#### **TERCERA.-** Incidencia del aseguramiento de la responsabilidad patrimonial en la posibilidad de declarar ésta en vía administrativa.

El hecho de que la Administración celebre un contrato de seguro de responsabilidad civil, no priva a los particulares de la posibilidad de presentar reclamaciones de responsabilidad patrimonial

en vía administrativa si entienden que la Administración les ha causado un daño y que concurren los demás requisitos establecidos en el artículo 139 LPAC. En efecto, la Administración no puede ampararse en un contrato para eludir el cumplimiento de normas legales y reglamentarias, como son las que regulan el procedimiento de responsabilidad patrimonial que establecen, como es bien sabido, el carácter directo de este instituto. En este sentido el artículo 145.1 LPAC dispone que *“para hacer efectiva la responsabilidad patrimonial a que se refiere el capítulo I de este Título -es decir, la responsabilidad patrimonial- los particulares exigirán directamente a la Administración Pública correspondiente las indemnizaciones por los daños y perjuicios causados por las autoridades y personal a su servicio”*, sin excepción alguna, de modo que es igualmente aplicable aunque se haya celebrado un contrato de seguro.

Sin perjuicio de lo anterior, cuando existe ese seguro y el hecho que da lugar a la declaración de responsabilidad patrimonial se encuentra entre las contingencias aseguradas, el pago de la indemnización corresponde en última instancia a la aseguradora contra la que la Administración podrá, en el supuesto de que así no lo hiciese, ejercer las acciones que le correspondan en virtud del contrato con ella suscrito.

En el supuesto que nos ocupa, a tenor de la copia de la póliza que se ha incorporado al expediente, el accidente sufrido por el x. parece encajar entre los riesgos asegurados. Lo que no consta acreditado es si la aseguradora se ha hecho cargo de la indemnización reclamada, aunque los términos en los que se manifiesta el interesado en su último escrito de alegaciones, permite presumir que no ha sido así. En cualquier caso, si finalmente se resolviese en el sentido de estimar la reclamación formulada, antes de proceder al pago de su cuantía se deberá comprobar si el interesado ha percibido algún tipo de indemnización por dicho concepto.

#### **CUARTA.- Relación de causalidad.**

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

No obstante, el Tribunal Supremo viene declarando de forma constante (por todas, Sentencia de 5 de junio de 1998) que no es acorde con el citado principio de responsabilidad

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

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

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

Del expediente remitido cabe considerar probado que se produjo el accidente en el lugar y fecha indicados, así como que, a consecuencia de él, se derivaron los daños alegados por el reclamante. Por tanto, puede estimarse que existe un daño real y evaluable económicamente.

Respecto de la posible existencia de nexo causal entre el funcionamiento de los servicios públicos y el resultado dañoso, puede afirmarse la conformidad de este Consejo con la propuesta de resolución que concluye las actuaciones practicadas, afirmando que en el supuesto sometido a Dictamen concurren los requisitos que la LPAC exige para que la responsabilidad patrimonial de la Administración sea declarada.

En efecto, ha quedado demostrado que el origen del daño lo constituye la existencia de un agujero en la pista deportiva de las instalaciones dependientes de la UPCT, circunstancia que se produjo como consecuencia de las fuertes lluvias caídas en los días inmediatamente anteriores al del accidente. Así se deduce de las declaraciones de los testigos que manifiestan haber observado cómo el reclamante introdujo su pie en la citada oquedad produciéndose las lesiones que han resultado acreditadas mediante la documentación aportada; y así lo reconoce también el Jefe del

Servicio de Promoción Deportiva de la citada Universidad en el informe cuyo contenido fue transcrito en el Antecedente Cuarto del Dictamen 201/2009, al admitir la existencia del agujero y el hecho de que el x. se cayó al introducir en él el pie izquierdo, lo que, a juicio de este Órgano Consultivo, constituye un anómalo funcionamiento de un servicio público cuyo perjuicio no viene obligado a soportar el reclamante, que en nada contribuyó a la producción del siniestro y que nada tampoco pudo hacer para evitarlo.

Por todo ello, al no existir prueba alguna de que el accidente pudiera ser imputable al interesado no puede considerarse que tenía el deber jurídico de soportar los daños producidos, los cuales, en aplicación de lo establecido en los artículos 139.1 y 141.1 LPAC, han de ser considerados como lesión indemnizable.

#### **QUINTA.- Cuántía de la indemnización.**

El reclamante pretende ser indemnizado con 6.744 euros, en concepto de días de incapacidad temporal, según desglose que se contiene al folio 2 del expediente.

Por su parte la instructora, en la propuesta de resolución, propone una indemnización, por el mismo concepto, de 6.839,31 euros, según detalle que se recoge al folio 82 del expediente.

El Consejo, como en tantas otras ocasiones, atendiendo a la consolidada doctrina jurisprudencial existente al respecto, considera razonable, para calcular la indemnización que sea preciso reconocer a favor de x., acudir, como criterio orientativo, a lo establecido en el Texto Refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, vigente en el momento de ocurrir los hechos, y, atendiendo a las cuantías aprobadas por Resolución de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, de 17 de enero de 2008, fijar el importe de la indemnización de acuerdo con el siguiente detalle:

##### 1. Incapacidad temporal.

Según la documentación que aparece en el expediente el reclamante inició baja impositiva el día 11 de febrero de 2008 y fue dado de alta sin secuelas el día 6 de junio de 2008, por lo tanto habría permanecido en dicha situación 117 días, de los cuales 3 estuvo hospitalizado.

Por este concepto, pues, se hará efectiva la cantidad de 5.981,58 euros, correspondiente a los 114 días que el reclamante estuvo incapacitado sin estancia hospitalaria y a una indemnización diaria de 52,47 euros. A esta cantidad habría que adicionar la de 193,71 euros, por los 3 días de hospitalización, a razón de 64,57 euros/día, lo que daría un total de 6.175,29 euros.

## 2. Factores de corrección.

Conforme a lo previsto en la letra B) de la Tabla V del citado Baremo (“factores de corrección” de “indemnizaciones por incapacidad temporal” -compatibles con otras indemnizaciones-), y al haberse acreditado por el reclamante, a través de certificado de la CAM, entidad bancaria donde presta sus servicios, unos ingresos netos anuales de 21.901,84 euros, la citada suma de 6.175,29 euros debe incrementarse en el porcentaje que señale la autoridad que debe decidir hasta un máximo del 10%, considerando este Órgano Consultivo acertada la decisión de la instructora de proponer la aplicación del 8%, porcentaje solicitado por el reclamante, lo que supondría un incremento de 494,02 euros.

De la suma de las cantidades señaladas anteriormente se obtendría un *quantum* indemnizatorio de 6.669,31 euros, sin perjuicio de su actualización a la fecha en que se ponga fin al procedimiento de responsabilidad.

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

## **CONCLUSIONES**

**PRIMERA.-** Se dictamina favorablemente la propuesta de resolución que estima la reclamación, al haberse acreditado los requisitos que determinan la responsabilidad patrimonial de la UPCT.

**SEGUNDA.-** Procede indemnizar al reclamante en la cantidad de 6.669,31 euros, sin perjuicio de su actualización a la fecha en que se ponga fin al procedimiento de responsabilidad y previa la comprobación que se indica en la Consideración Tercera *in fine* del presente Dictamen.

No obstante, V.E. resolverá.





**DICTAMEN 127/2010**

**Asunto** 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

**Fecha** 30/06/2010

**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.-** Con fecha 21 de mayo de 2007 (registro de entrada), x. dirige escrito de reclamación a la Consejería de Obras Públicas y Ordenación del Territorio, a la que considera responsable de los daños ocasionados a su vehículo (matrícula “—”) el 30 de diciembre de 2006, a las 19 horas, como consecuencia de un socavón existente en la carretera regional F-41, en la travesía que discurre por la calle San Gil de La Unión.

Manifiesta que previamente había presentado la reclamación ante el Ayuntamiento de La Unión, que la inadmite a trámite por falta de competencia, mediante la Resolución de la Alcaldía de 2 de abril de 2007, que también acompaña.

Finalmente, aporta la factura de reparación de los desperfectos de las ruedas de su vehículo, que asciende a la cantidad de 189,3 euros (folio 1).

**SEGUNDO.-** Con fecha 24 de julio de 2007 (registro de salida) el órgano instructor solicita al interesado que subsane y mejore la solicitud, aportando copia compulsada de la documentación indicada en los folios 8 a 11, singularmente la acreditación de la realidad y certeza del suceso mediante testigos, acta notarial testimoniada o atestado de las fuerzas de seguridad intervinientes.

**TERCERO.-** Por escrito de 20 de agosto de 2007 (registro de entrada), el interesado cumplimenta la documentación solicitada y propone prueba testifical, especificando los datos de las personas cuya declaración interesa.

**CUARTO.-** La Sección de Conservación I de la Dirección General de Carreteras emite informe el 10 de junio de 2008, en el que señala:

*“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 de responsabilidad patrimonial, por lo que no se puede confirmar la realidad y certeza del evento lesivo.*
- B) No se puede determinar la existencia de fuerza mayor o actuación inadecuada del perjudicado o de un tercero.*
- C) En fechas próximas a la del siniestro no existía constancia de otros accidentes similares en el mismo lugar.*
- D) No existe relación de causalidad entre el siniestro y el funcionamiento del servicio público de carreteras.*
- E) No se puede determinar la imputabilidad de la responsabilidad a esta Administración o a otras Administraciones, contratistas o agentes.*
- F) El tramo de carretera mencionado en la reclamación se bacheó con posterioridad al siniestro.*
- G) El tramo de carretera, con buena visibilidad, 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”.*

**QUINTO.-** Acordada la apertura del periodo de prueba, los testigos propuestos por la parte reclamante son citados para el día 3 de diciembre de 2008, a las 10 horas, en las dependencias del Servicio Jurídico de la Consejería consultante, sin que comparezcan para prestar declaración, según el acta suscrita por la instructora el mismo día, a las 11 horas.

**SEXTO.-** Recabado el informe del Parque de Maquinaria sobre la valoración de los daños en atención al modo de producirse, es evacuado el 22 de septiembre de 2009 en el sentido de considerar correcta la cuantía reclamada.

**SÉPTIMO.-** Otorgados sucesivos trámites de audiencia al reclamante el 18 de mayo y el 20 de octubre de 2009 (registro de salida), no consta que presentara alegaciones, tras lo cual se formula propuesta de resolución desestimatoria de 17 de diciembre de 2009, al no haberse acreditado en el expediente que los daños reclamados se produjeran en el lugar indicado, puesto que el interesado no acompaña atestado o declaración testifical que corrobore su versión. La instructora concluye en que no ha quedado probada la realidad del hecho, ni la relación causal entre el funcionamiento del servicio público y el daño alegado.

**OCTAVO.-** Con fecha 19 de enero de 2010 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 de reclamación y procedimiento.**

1. 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 accidentado, según el permiso de circulación (folio 16).

En cuanto a la legitimación pasiva, queda acreditado en el expediente que la carretera F-41 (travesía de La Unión) donde supuestamente tuvo lugar el siniestro es de titularidad autonómica, como reconoce el informe de la Sección de Conservación I de la Dirección General de Carreteras.

2. 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, puesto que ocurrió el 30 de diciembre de 2006 y la reclamación se presentó ante la Administración regional el 21 de mayo de 2007, tras declararse incompetente el Ayuntamiento de La Unión, según Resolución de la Alcaldía de 2 de abril de 2007.

3. Por último, el procedimiento de responsabilidad patrimonial tramitado por la Consejería consultante 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.

**TERCERA.- 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 la factura de un taller (folio 1).

2) Funcionamiento de los servicios públicos y el nexo causal con el daño producido.

Por el contrario, 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. 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”*.

Tampoco permite dar por probada la relación de causalidad el mero reconocimiento por parte del informe del centro directivo competente de que el tramo de la carretera citada por el reclamante se bacheó con posterioridad a la fecha en que dice que ocurrió el evento lesivo, pues no existe ningún dato en el expediente que permita situar a aquél en la fecha y en el lugar indicado, como reconoce el informe de la Sección de Conservación al afirmar que “no existe relación de causalidad entre el siniestro y el funcionamiento del servicio público de carreteras”.

Por todo ello, no resulta acreditado que el evento lesivo ocurriera en el lugar donde el reclamante señala, ni que los daños fueran causados por el estado de la vía por donde circulaba, ya que no existe atestado policial, ni se proponen testigos que pudieran corroborar sus manifestaciones, al igual que se destacó en los Dictámenes 7/2000 y 35/2009 de este Órgano Consultivo. A este respecto ha de tenerse en cuenta que corresponde al reclamante 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).

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 en las fotografías que aporta, cuya reproducción en el expediente no permite visualizar si está o no parcheado, hay

ausencia total de prueba de la relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público de carreteras y el daño alegado, 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 128/2010**

<b>Asunto</b>	Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hijo, debida a accidente escolar.
<b>Consultante</b>	Consejero de Educación, Formación y Empleo
<b>Fecha</b>	30/06/2010

**Extracto de Doctrina**

Considera el Consejo Jurídico, en definitiva, que el Centro no alcanzó ese estándar de comportamiento que le resulta exigible en la custodia de los menores a su cargo, que es el de la diligencia propia de un padre de familia (STS, 3ª, de 26 de febrero de 1998), pues debió prever una situación como la que se produjo y adecuar la intensidad de su cuidado a las circunstancias concurrentes.

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** Con fecha 27 de octubre de 2009, x. presenta reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por su hijo, como consecuencia de accidente ocurrido el 21 de mayo anterior en el Colegio de Educación Infantil y Primaria (CEIP) “Escuelas Nuevas” de El Palmar, Murcia.

Relata el reclamante que el siniestro ocurre cuando el niño, de 8 años de edad a la fecha de los hechos, jugaba en el patio del centro y se cae debido a que unas mesas estaban encima de unas canaletas de desagüe rotas, fracturándose el cúbito y el radio del brazo derecho.

Solicita una indemnización de 2.950,65 euros.

Aporta junto a la solicitud documentación clínica acreditativa de la asistencia sanitaria dispensada en urgencias al niño y reportaje fotográfico del lugar de los hechos, en el que se advierte la existencia de una conducción de desagüe, cuyas rejillas de protección se encuentran rotas o fuera de su lugar. Asimismo se aprecia que hay diversas mesas dispuestas sobre la citada conducción.

**SEGUNDO.-** Admitida a trámite la reclamación por Resolución del Secretario General de la Consejería consultante, se designa instructor, que procede a solicitar del Director del CEIP el preceptivo informe acerca de las circunstancias del accidente.

**TERCERO.-** Contesta el Director del Centro que el accidente se produce el 21 de mayo de 2009 sobre las 14:15 horas, durante la actividad de comedor. Según se indica en el informe, *“el 11 de mayo se solicitó al Pedáneo la reparación de las rejillas del porche, por el peligro que supone para alumnos, padres,...Para evitar que metiesen el pie en la canaleta (de recogida de aguas) colocamos unas mesas, cubriéndola. El 21 de mayo de 2009, mientras los demás alumnos entraban a comer, x. se subió encima de una mesa, moviéndose (bailando) y se cayó, según el relato de sus compañeros, rompiéndose los huesos cúbito y radio”*.

**CUARTO.-** Solicitado informe a la Unidad Técnica de Centros Educativos sobre el estado del lugar donde se produjo el accidente, se informa que el imbornal y la rejilla existentes en el momento de los hechos fueron sustituidos poco después del siniestro, estando en la actualidad dicha instalación compuesta de canal cubierta con rejilla de acero sujeta a aquélla por tornillos de acero galvanizado, lo que le confiere gran estabilidad y resistencia. Se acompañan dos fotografías que muestran la instalación actual.

**QUINTO.-** Requerido el reclamante para que acredite la valoración del daño efectuada y la representación que dice ostentar respecto del menor lesionado, contesta que la indemnización solicitada lo es por los días en que el niño estuvo con el brazo inmovilizado (días improductivos) y por los que, tras retirar la escayola, el niño no tenía movilidad en el brazo, lo que le impedía el desarrollo de sus actividades habituales (días no improductivos), lo que quedaba reflejado en los informes aportados junto a la reclamación.

Aporta también fotocopia del Libro de Familia, en el que consta el parentesco entre reclamante y lesionado.

**SEXTO.-** Solicitada información al Centro educativo acerca de las faltas de asistencia del menor a clase, se contesta por el Director que fueron 7 días lectivos inmediatamente posteriores al accidente, del 22 de mayo al 5 de junio.

**SÉPTIMO.-** Conferido trámite de audiencia al interesado, comparece la madre del menor y retira diversa documentación, sin que conste la presentación de alegaciones.



**OCTAVO.-** Requerido el Director del Centro para que informe acerca de si había personal del Colegio presente en el momento y lugar del accidente y cómo ejerció su función, se contesta que las monitoras del comedor llamaron a los alumnos para que entrasen a comer y los acompañaron a lavarse las manos y al comedor, por lo que no pudieron ver el accidente.

**NOVENO.-** Conferido nuevo trámite de audiencia, el interesado manifiesta telefónicamente que declina hacer uso del mismo, según consta en diligencia extendida por el instructor.

**DÉCIMO.-** El 17 de marzo de 2010, el instructor formula propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación, al considerar que la conducta del alumno accidentado rompe el nexo causal entre el funcionamiento del servicio público educativo y el daño a él imputado.

En tal estado de tramitación y tras incorporar los preceptivos índice de documentos y extracto de secretaría, se remitió el expediente en solicitud de Dictamen mediante escrito recibido en el Consejo Jurídico el pasado 22 de marzo de 2010.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

**PRIMERA.- Carácter del Dictamen.**

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

**SEGUNDA.- Plazo, legitimación y procedimiento.**

1. La reclamación 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 del menor, conforme a lo dispuesto en el artículo 162 del Código Civil.

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 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, entre otros, en nuestros Dictámenes 25 y 204/09, en los que se sintetiza la doctrina de este Consejo Jurídico en relación a la legitimación pasiva de la Administración regional en las reclamaciones de responsabilidad patrimonial basadas en daños sufridos por escolares como consecuencia de un defectuoso estado de conservación o mantenimiento de las instalaciones que dan soporte al servicio público educativo. Se dice en dichos Dictámenes que *“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”.*

En el supuesto sometido a Dictamen, no consta que se haya conferido trámite de audiencia a la Corporación Local (Ayuntamiento de Murcia) responsable del mantenimiento de las instalaciones escolares, lo que no es obstáculo para entrar a dictaminar sobre el fondo del asunto. Ha de recordarse aquí que *“en las reclamaciones de responsabilidad patrimonial se está ante una “reclamación cuya delimitación efectúa el perjudicado” (tanto en su dimensión objetiva como subjetiva), lo que lleva al Tribunal a considerar que el reclamante debe dirigir su pretensión resarcitoria contra las Administraciones que considere responsables cuando estime que lo son a título de solidaridad y, si no lo hace, no es obligado que la única Administración reclamada llame al procedimiento “a otra Administración a la que la parte no había imputado el resultado lesivo y a la que no dirigía su reclamación”, debiendo la primera resolver el fondo del asunto”* (Dictamen 50/2008, del Consejo Jurídico, sobre la base de la doctrina jurisprudencial contenida en STS, 3ª, de 26 de junio de 2007).

Cuestión distinta es la incidencia que dicha ausencia de la Corporación Local en el procedimiento de responsabilidad patrimonial haya de tener en las relaciones interadministrativas y, singularmente, en una eventual acción de regreso de la Administración regional frente al Ayuntamiento de Murcia en reclamación de toda o parte de la indemnización que aquélla hubiera de abonar al reclamante.

3. El examen conjunto de la documentación remitida permite afirmar que, en lo esencial, y con la salvedad de la omisión de audiencia al Ayuntamiento responsable del mantenimiento y conservación de las instalaciones escolares, se han cumplido los trámites legales y reglamentarios que integran esta clase de procedimientos

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

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

Ahora bien, el Consejo Jurídico, al igual que lo ha hecho en anteriores Dictámenes emitidos en supuestos similares al presente, destaca 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”*.

Así, acreditado el daño, debe determinarse la existencia o no de nexo causal. Señala el Tribunal Supremo, en su sentencia de 6 de junio de 2002 que recoge la doctrina jurisprudencial existente al respecto, que *“entre las diversas concepciones con arreglo a las cuales la causalidad puede concebirse, se imponen aquéllas que explican el daño por la concurrencia objetiva de factores cuya inexistencia, en hipótesis, hubiera evitado aquél, por lo que no son admisibles, en consecuencia, restricciones derivadas de otras perspectivas tendentes a asociar el nexo de causalidad con el factor eficiente, preponderante, socialmente adecuado o exclusivo para producir el resultado dañoso, puesto que –válidas como son en otros terrenos- irían en contra del carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas. La consideración de hechos que pueden determinar la ruptura del nexo causal, a su vez, debe reservarse para aquellos*

*que comportan fuerza mayor –única circunstancia admitida por la ley con efecto excluyente-, a los cuales importa añadir el comportamiento de la víctima en la producción o el padecimiento del daño, o la gravísima negligencia de ésta, 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”.*

Desde esta perspectiva, la existencia de nexo causal entre el funcionamiento del servicio educativo y los daños sufridos por el alumno exigiría que en el accidente hubieran concurrido factores imputables a la Administración que, de no existir, hubieran evitado el resultado dañoso.

En el supuesto sometido a consulta, se imputa el daño a la existencia de unas mesas en el patio del centro, que cubrían una canalización de agua que presentaba desperfectos. Del reportaje fotográfico adjunto a la reclamación, del informe del Director del Centro y del informe de la Unidad Técnica de Centros, cabe considerar acreditado que dicho elemento constructivo se encontraba en un deficiente estado de conservación, toda vez que las rejillas que debían protegerlo estaban rotas o fuera de su lugar. De hecho, el Director del Centro afirma que sólo diez días antes del accidente se había dirigido al Alcalde Pedáneo para solicitarle el arreglo de la canaleta. Tal reparación se produce con posterioridad al accidente, como se aprecia en el informe de la Unidad Técnica de Centros, que viene a mostrar el estándar de calidad exigible a la instalación y que contrasta abiertamente con el estado que presentaba el imbornal al momento del siniestro.

En tanto se procede a su reparación, el personal del centro decide cubrir la canalización con mesas, a una de las cuales se encarama el hijo del reclamante, cayéndose de ella y sufriendo los daños consignados en los antecedentes de este Dictamen, cuando los encargados de la custodia de los niños se encuentran en el interior del edificio supervisando la higiene de éstos con carácter previo a la comida.

Para el instructor, la imprudente acción del niño rompe el vínculo causal entre el funcionamiento del servicio público educativo y el daño alegado, formulando propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación.

El Consejo Jurídico no comparte dicha apreciación, atendidas las circunstancias del caso. La corta edad del lesionado (8 años) y la existencia de unos elementos extraños (mesas) en el lugar específicamente destinado para el esparcimiento y juego de los niños, hacían previsible que éstos se encaramaran a ellos, por lo que el personal del centro debió extremar la vigilancia en torno a las mesas, impidiendo la realización de actuaciones imprudentes por quienes todavía no pueden alcanzar a comprender los riesgos que aquéllas conllevan. Considera el Consejo Jurídico, en

definitiva, que el Centro no alcanzó ese estándar de comportamiento que le resulta exigible en la custodia de los menores a su cargo, que es el de la diligencia propia de un padre de familia (STS, 3ª, de 26 de febrero de 1998), pues debió prever una situación como la que se produjo y adecuar la intensidad de su cuidado a las circunstancias concurrentes.

Por otra parte, la disposición de las mesas sobre la canalización rota, si bien perseguía eliminar o minimizar el riesgo de caídas por tropiezos con la misma, generó otro que se materializó en el accidente por el que se reclama. Ello supone que la deficiente conservación de la canalización (acreditada por las fotografías aportadas junto a la reclamación, el informe del Director del Centro y, por contraste, por el estado actual de la instalación que muestra el estándar exigible a la misma), si bien de forma mediata, también contribuyó a la generación de las condiciones que hicieron posible el percance.

Asimismo, y a diferencia de otros supuestos en los que este Consejo Jurídico ha tomado en consideración la actitud del alumno víctima en la producción del daño para declarar roto el nexo causal o estimar que el daño no es antijurídico, en el ahora sometido a consulta el menor no busca deliberadamente sustraerse a la vigilancia de las personas encargadas de su cuidado, sino que el accidente se produce cuando los niños acaban de ser llamados a comer y se dirigen al comedor escolar, enfrente de cuyas puertas se encontraban las mesas.

Considera en definitiva el Consejo Jurídico, que sí existe nexo causal entre el funcionamiento de los servicios públicos y el daño alegado, que el niño no tenía el deber de soportar, atendida su corta edad, que le impedía comprender el alcance de los riesgos que asumía con su actuación. Procede, en consecuencia, declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración educativa.

#### **CUARTA.- Cuantía de la indemnización.**

El reclamante solicita una indemnización de 2.950,65 euros, cantidad en la que valora los días de incapacidad del niño, atendiendo al período de inmovilización total del brazo (días improductivos) y aquellos otros en los que, tras retirar la escayola, el niño no tenía movilidad en el brazo, lo que le impedía realizar sus actividades habituales (días no improductivos). No se concreta el número de unos y otros días, remitiéndose para su acreditación a los informes adjuntos al escrito inicial de solicitud.

Conforme a la doctrina de este Consejo Jurídico, expresada por todos en Dictámenes 134/2004 y 187/2005, se ha de partir de la base de que la indemnización por los días de baja del menor no puede determinarse en función de las rentas dejadas de percibir, puesto que el alumno no se encontraba en edad laboral (8 años), sino en función de la afectación a su actividad, es decir, los días en que el escolar no pudo asistir a clase y aquellos otros en los que, aun cuando acudiera al aula, jugara, etc., su ejecución le pudiera resultar molesta. En el caso de accidentes escolares, se mantiene el criterio de valorar la incapacidad por afectación al rendimiento escolar conforme a reiteradas sentencias de la Audiencia Nacional, la doctrina del Consejo de Estado y la de otros órganos consultivos autonómicos; por su interés reproducimos parte del Fundamento Jurídico Quinto de la SAN, Sala de lo Contencioso Administrativo, de 2 de julio de 2002, también referida a un accidente escolar, que señala, en cuanto a la indemnización por incapacidad: *“dado que la lesionada tenía ocho años de edad al momento del accidente, su única actividad es la de acudir al centro escolar y su valoración debe corresponderse con esos días de ausencia al centro y la afectación en su caso al rendimiento escolar”*. En el mismo sentido, las Sentencias de dicha Audiencia de 16 de julio y 26 de septiembre de 2002, 1 de marzo de 2001, 9 de junio de 1999 y 4 de marzo de 1998. Asimismo la Sentencia de 15 de marzo de 1999 de la Sección 2ª de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, considera proporcionada la indemnización por los días que una niña estuvo impedida para acudir al colegio.

A mayor abundamiento, la doctrina del Consejo de Estado señala que la condición de escolar del lesionado excluye la eventual pérdida de renta, sea salarial o de cualquier otra especie (por todos, Dictámenes núms. 3410 y 1278 del año 2001; 3364, 1545 y 602 del año 2000 y 2962 del año 1999), llegando, incluso, a excluir las rentas reclamadas por los días de baja del alumno, ya sean impeditivos o no impeditivos. Por otra parte, el Consejo Consultivo Valenciano (Dictamen núm. 499/2003) ha señalado: *“A este respecto ha de recordarse, como ya hacía ante supuestos de hechos similares, el dictamen 374/2003 de este Consejo, que la niña, por su edad, no desarrolla actividad profesional ni actividad que se viera especialmente perturbada por la lesión sufrida”*. Es por ello que puede compartirse el criterio de la propuesta de resolución en relación con la existencia únicamente de 17 días impeditivos correspondientes a sus faltas de clase”. También el Dictamen núm. 505/2003 del mismo órgano consultivo ahonda en la cuestión, centrándose en los días que la menor se ausentó del centro escolar: *“Como este Consejo ha reiterado, las cantidades de dicha tabla de indemnizaciones tienen carácter meramente orientativo, sin que se estime muy adecuado “el concepto de día de baja impeditivo” para una menor de tan sólo cinco años. Por ello, tomando en consideración el referido carácter orientativo de aquellas cuantías, y que la hija del reclamante se incorporó a sus actividades docentes a los diez días (...)*.

Por lo tanto, conviene centrarse en las partidas reclamadas en el presente supuesto, resultando:

1) En cuanto a los llamados días impeditivos, que consideramos los que no pudo hacer su vida normal (asistir a clase, jugar, etc.), ha quedado acreditado en el expediente mediante informe del Centro escolar, que el accidentado no asistió a clase a consecuencia de las lesiones en el período comprendido entre los días 22 de mayo y 5 de junio, lo que hace un total de 15 días impeditivos, pues no cabe computar únicamente los días laborables o lectivos, como propone el instructor.

Respecto a la cuantía indemnizatoria a aplicar a los 15 días impeditivos para realizar sus actividades escolares, el Consejo Jurídico no encuentra obstáculo para acogerse, aunque sea con carácter meramente orientativo puesto que debe modularse y precisarse al caso concreto, a las cuantías que por este concepto se incluyen en el baremo de indemnizaciones por accidentes de circulación (que recogen los daños morales), como sostuvimos en nuestro Dictamen núm. 93/04.

Así pues, considerando la cuantía unitaria que para este concepto señala el baremo de referencia, conforme a las cantidades aplicables a los siniestros ocurridos durante 2009 (Resolución de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, de 20 de enero de 2009), de 53,20 euros, la indemnización a abonar por días impeditivos asciende a la cantidad de 798 euros.

2) En cuanto a los llamados días no impeditivos, durante los cuales el niño sí asistió al centro escolar, hemos de considerar la falta de justificación concreta de la aplicación de este concepto al menor y su extensión en el tiempo, pues el reclamante no aporta ningún dato que permita conocer cuáles fueron las limitaciones que tuvo el menor durante dicha etapa (que ni siquiera concreta) en su vida escolar o diaria. En este sentido, no justifica que el accidente afectó al rendimiento escolar, en qué medida el comportamiento social del niño se pudo ver alterado, o si sufrió limitaciones para realizar determinadas actividades, etc., que es el criterio utilizado por las sentencias anteriormente citadas para determinar la cuantía indemnizatoria por los días de incapacidad en los accidentes escolares. Por el contrario, se ha limitado a reclamar una cantidad indemnizatoria basada en el tantas veces citado baremo, como si el lesionado (de 8 años de edad) hubiera dejado de percibir unas rentas laborales.

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 apreciar el Consejo Jurídico que concurren en el supuesto todos los elementos determinantes de la responsabilidad patrimonial, por lo que procede su declaración, de conformidad con lo indicado en la Consideración Tercera de este Dictamen.

**SEGUNDA.**- La cuantía indemnizatoria debe ajustarse a lo indicado en la Consideración Cuarta de este Dictamen, sin perjuicio de la necesaria actualización, conforme a lo establecido en el artículo 141.3 LPAC; y de lo referido sobre la repetición en la Consideración Segunda 2) "in fine".

No obstante, V.E. resolverá.



## DICTAMEN 129/2010

<b>Asunto</b>	Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hija, debida a accidente escolar.
<b>Consultante</b>	Consejero de Educación, Formación y Empleo
<b>Fecha</b>	30/06/2010

### Extracto de Doctrin

Nota: igual doctrina que la expresada en el Dictamen 14.

### ANTECEDENTES

**PRIMERO.-** Con fecha 2 de noviembre de 2009 se registra de entrada en la Consejería de Educación, Formación y Empleo el informe del accidente escolar ocurrido el 26 de octubre anterior, a la alumna x. (6º de Primaria), en el Centro de Educación Infantil y Primaria (CEIP) “Joaquín Carrión Valverde”, de San Javier, describiendo lo ocurrido del siguiente modo: *“Estando en el patio haciendo Educación Física, tropezó con una compañera, cayó al suelo y se dañó la muñeca derecha. Se avisó a los padres y se llevaron a la niña”*.

**SEGUNDO.-** Al día siguiente, tiene entrada en mismo registro de la Consejería consultante la solicitud de reclamación de daños y perjuicios, en impreso normalizado, presentada por x., a consecuencia del accidente escolar sufrido por su hija x.

A dicha solicitud se adjunta la siguiente documentación:

- Fotocopia del informe del Servicio de Urgencias del Hospital Los Arcos, acompañado de la radiografía realizada.
- Fotocopia del Libro de Familia.

**TERCERO.-** Con fecha 9 de noviembre de 2009 (registro de entrada), la letrada x., que dice actuar en nombre de x., presenta escrito solicitando una solución amistosa con la Administración regional para determinar la indemnización por las lesiones sufridas por la alumna, de acuerdo con el informe del Hospital Los Arcos.

**CUARTO.-** Con fecha 11 de diciembre de 2009 (registro de salida) se remite escrito a la interesada, que es notificado el 16 siguiente, requiriéndole para que en el plazo de diez días cuantifique el daño. Asimismo, se solicita que presente fotocopia compulsada del Libro de Familia, así como que acredite la representación legal a favor de la letrada actuante.

En su cumplimiento, se presenta escrito por la letrada actuante el 22 de diciembre siguiente, acompañando el poder de representación al efecto y copia compulsada del Libro de Familia, concretando el *quantum* indemnizatorio en 4.788 euros, siempre y cuando no le queden secuelas a la menor. Posteriormente, mediante escrito de 21 de enero de 2010, se presenta copia compulsada del poder de representación, a petición de la Consejería que instruye.

**QUINTO.-** Admitida a trámite la reclamación de responsabilidad patrimonial por Resolución del Secretario General de la Consejería consultante de 8 de enero de 2010, la instructora del procedimiento recaba, a través del centro educativo, el informe del profesor de Educación Física para que aclare, entre otras cuestiones, si se encontraba cerca de la alumna accidentada, si el tropiezo fue fortuito, si el firme del patio se encontraba en buenas condiciones, o si los ejercicios que realizaba estaban dentro de una actividad programada.

**SEXTO.-** El profesor de Educación Física emite informe el 16 de febrero de 2010, en el que manifiesta lo siguiente:

*“El día 26 de octubre estaba en la clase de Educación Física con el curso 6ºC al que pertenece la alumna x., trabajando los aspectos que contemplaba mi Unidad Didáctica sobre el desarrollo de las Capacidades Básicas (fuerza, resistencia, velocidad, flexibilidad).*

*En este caso los alumnos/as estaban realizando un juego de velocidad "Los números" que consiste en estar sentados en un círculo grande y a cada alumno/a se les da un número del 1 al 4 consecutivamente, el maestro dice uno de ellos y todos los alumnos/as que tienen ese número tienen que intentar pillar al que tienen delante y que no te pille el que viene por detrás, corriendo en círculo.*

*Cuando la alumna en cuestión estaba corriendo a pillar a otra alumna, tropezó con ella de manera fortuita, y cayeron las dos lastimándose la primera la rodilla y x. la muñeca. En ese momento yo estaba cerca de ellas y las saqué del juego para que se recuperaran y analizar el daño que se habían hecho. Se les aplicó hielo para el golpe y viendo que a x. el dolor no se le calmaba y*

*pensando que podría ser algo más que el golpe producido, se llamó a sus padres para que la llevaran al Centro Médico y le hicieran las pruebas pertinentes.*

*El firme del patio se encuentra en buen estado y como he comentado antes fue un choque fortuito entre ambas alumnas sin que concurriera otra circunstancia puesto que las alumnas estaban realizando el juego de acuerdo a las normas dictadas por mí.*

*En mi clase no había existido anteriormente entre estas alumnas circunstancias de peleas previas ni enemistad manifiesta”.*

**SÉPTIMO.-** Otorgado trámite de audiencia a la reclamante, presenta escrito de alegaciones la letrada actuante, en el que se limita a transcribir el contenido del informe del profesor de Educación Física para inferir la responsabilidad de la Administración educativa.

**OCTAVO.-** La propuesta de resolución, de 15 de marzo de 2010, desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial, argumentando que el tropiezo se produjo fortuitamente, sin intervención de ningún elemento material o personal coadyuvante en el resultado lesivo, lo que, en opinión de la instructora, no permite apreciar la existencia de un título de imputación adecuado y suficiente para declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración autonómica, con cita a nuestra doctrina (Dictamen 17/2009).

**NOVENO.-** Con fecha 26 de marzo de 2010 se ha recabado el Dictamen preceptivo del Consejo Jurídico, acompañando el expediente administrativo.

A la vista de los referidos Antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

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

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

**SEGUNDA.- Tramitación.**

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

La reclamación 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 ostenta y acredita la representación legal de la menor, conforme a lo dispuesto en el artículo 162 del Código Civil.

En cuanto a la legitimación pasiva, corresponde a la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia; la Consejería de Educación, 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 (C.E.I.P. "Joaquín Carrión Valverde" de San Javier).

**TERCERA.- Sobre el fondo del asunto.**

1. De las actuaciones practicadas puede, inicialmente, afirmarse la conformidad de este Órgano Consultivo con la propuesta de resolución que las concluye. Tal como razona, no se advierte que concurran en los hechos examinados todos los requisitos que la LPAC exige para que la responsabilidad patrimonial de la Administración sea declarada a causa de los mismos.

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

Ahora bien, el Consejo Jurídico, al igual que lo ha hecho en anteriores Dictámenes emitidos en supuestos similares al presente (por todos, Dictamen 104/2007), 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).

Por otro lado, el Consejo de Estado en reiterados Dictámenes, entre los que podemos citar el número 229/2001, mantiene un criterio similar al jurisprudencial, al señalar que el carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial de la Administración no implica que “deba responder necesariamente de todos los daños que puedan sufrir los alumnos en centros públicos, sino que, para que proceda la responsabilidad patrimonial, deberán darse los requisitos que la caracterizan, legalmente establecidos en los artículos 139 a 146 LPAC”, habiendo precisado que ni siquiera generan responsabilidad las actividades que tienen un riesgo normal, como la práctica de ejercicios livianos (Dictámenes 433/1996 y 811/1996).

En este sentido, también es abundante la doctrina sentada por otros órganos consultivos autonómicos que propugna la ausencia de la relación de causalidad cuando los hechos se producen fortuitamente dentro del riesgo que supone la actividad escolar, y no por falta de la vigilancia exigida al profesorado.

Asimismo, las circunstancias que concurren en el incidente impiden apreciar una omisión del deber de vigilancia que incumbe al profesorado, al cual el Tribunal Supremo, en sentencia de la Sala 3ª, de 26 de febrero de 1998, indicó que le corresponde, durante el desarrollo de las actividades escolares, extraescolares y complementarias, el deber de observar la diligencia propia de los padres de familia. En este mismo sentido, la sentencia del mismo Tribunal y Sala, de 24 de julio de 2001, declara que no cabe imputar lesión alguna a la Administración docente, cuando exclusivamente deriva y trae causa directa e inmediata del golpe fortuito recibido de un compañero de juego en un lance del mismo.

Hay que señalar que no existe en el expediente ningún elemento que permita establecer el pretendido nexo causal con el funcionamiento del servicio público. En primer lugar, nada indica que

el grado de diligencia que correspondía al personal docente del centro exigiera mayores medidas de precaución tendentes a evitar el daño, produciéndose fortuitamente el tropiezo entre las alumnas implicadas, del que trae causa el daño sufrido por la menor, en el desarrollo de una actividad física que no puede considerarse inadecuada para la edad de los alumnos participantes, siendo una actividad que se imparte dentro de la programación de la asignatura de Educación Física (Unidad Didáctica sobre el Desarrollo de las Capacidades Básicas: fuerza, resistencia, velocidad y flexibilidad). Del mismo modo, no consta que el accidente se produjera por deficiencias en las instalaciones o material deportivo empleado, ni como consecuencia de instrucciones erróneas del profesor, o de la falta de adopción de medidas de seguridad inherentes a la impartición ordinaria de una clase de educación física, ni tampoco que el ejercicio se apartase de las reglas ordinarias de su práctica.

En este orden de cosas, el Consejo de Estado ha tenido ocasión de pronunciarse en relación con daños producidos en el desarrollo de clases de educación física, propugnando la ausencia de la relación de causalidad cuando los hechos se producen fortuitamente dentro del riesgo que supone este tipo de actividades, y no por falta de la vigilancia exigida al profesorado o por mal estado de las instalaciones (Dictamen 3760/2000), tesis mantenida también por este Órgano Consultivo en numerosos Dictámenes (por todos, 34/2009 ), y en la Memoria correspondiente al año 2003, de la que sintetizamos el siguiente párrafo:

*“Los daños físicos constituyen un riesgo inherente a la práctica deportiva debiendo ser soportados por quienes los sufren, siempre que la actividad no se apartase de las reglas ordinarias de su práctica, o se tratara 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 de ejercicio, y siempre que el profesorado adopte las medidas de precaución habituales, ajustadas a la pauta de diligencia exigible a un padre de familia”.*

En el supuesto sometido a consulta, el riesgo que finalmente se materializó cabe considerarlo inherente a la práctica deportiva escolar y, en consecuencia, aun cuando dentro de la prestación del servicio educativo, se encuadraría dentro de los riesgos normales o generales de la vida escolar, que no resultan imputables (por su propia naturaleza) a la actuación de la Administración educativa.

Así pues, para que resulte viable la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, es preciso que concurra el necesario nexo causal entre el funcionamiento del servicio

público y el daño irrogado al particular y, en el supuesto que nos ocupa, si bien es cierto que el daño ha existido y, además, se produce con ocasión de la prestación del servicio público educativo, no lo fue como consecuencia de su funcionamiento y, por tanto, la falta de antijuridicidad y la inexistencia de nexo causal entre el daño y el funcionamiento del centro educativo, impiden que los hechos aquí examinados desencadenen la responsabilidad patrimonial de la Administración educativa.

2. En cuanto al *quantum* indemnizatorio, no se acredita, en modo alguno, la cantidad reclamada por la interesada, que se limita a señalar un montante global de 4.788 euros, sin mayor detalle, omitiéndose los conceptos que la integran, sean por días improductivos para asistir a clase, o por aquéllos en los que pudo sufrir molestias que afectaron a su rendimiento escolar, conforme a nuestra doctrina, correspondiendo la carga de la prueba a quien reclama (artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

3. Por último, conviene reiterar lo manifestado por este Consejo Jurídico en numerosos 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, por no quedar acreditada la relación de causalidad entre el daño sufrido por la menor y la prestación del servicio público educativo.

No obstante, V.E. resolverá.





**DICTAMEN 130/2010**

**Asunto** Revisión de oficio del expediente sancionador tramitado contra x, por obras sin licencia en el polígono 184, parcela 28 de la huerta de Mula.

**Consultante** Ayuntamiento de Mula

**Fecha** 30/06/2010

**Extracto de Doctrina**

En el procedimiento sometido a consulta no consta que se haya dado audiencia a los interesados. El artículo 84.4 LPAC permite prescindir del indicado trámite cuando no figuren en el procedimiento ni sean tenidos en cuenta en la resolución otros hechos ni otras alegaciones o pruebas que las aducidas por el interesado, excepción ésta a la regla general expresada en el apartado 1 del indicado precepto, que ha sido aceptada por este Consejo Jurídico en anteriores ocasiones (Dictámenes 51/2005 y 102/2007, entre otros), en procedimientos de revisión de oficio.

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** Con fecha 16 de febrero de 2004, la Guardia Civil (SEPRONA) de Alhama de Murcia, formula denuncia contra x., por los siguientes hechos: *“Transformación de un terreno natural para cultivo, consistente en una superficie estimada en una hectárea aproximadamente y no presenta autorización administrativa del órgano competente por carecer de la misma”*. La localización de los hechos denunciados se limita a señalar que se trata del paraje “Rambla de Doña Ana”, en el término municipal de Mula. La referida denuncia es remitida al Ayuntamiento de Mula el 21 de febrero de 2005.

**SEGUNDO.-** El 13 de junio, el inspector de obras municipal emite informe de infracción urbanística consistente en la realización de obras sin licencia municipal, ubicadas en el Paraje “La Colonia”, polígono x., parcela x., y señala como promotor de las obras a x. El informe manifiesta que se está construyendo una vivienda de unos 200 metros cuadrados, una barbacoa de unos 10 metros cuadrados y piscina de 40 metros cuadrados. Dichas dimensiones son aproximadas por no poder entrar en la propiedad a efectuar las necesarias mediciones.

El informe se acompaña de reportaje fotográfico e información catastral, de fecha 13 de junio de 2005, que revela como propietario de la finca a x.

**TERCERO.-** El 16 de junio, la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Mula acuerda iniciar expediente sancionador a x., en calidad de promotor de obras ejecutadas sin la preceptiva licencia municipal y en suelo no urbanizable agrícola de regadío, por presunta infracción grave a tenor de lo establecido en los artículos 226 y 237 de la Ley 1/2001, de 24 de abril, del Suelo de la Región de Murcia, y en el Reglamento de Disciplina Urbanística.

En el mismo acto se nombra instructor y secretario del procedimiento disciplinario, se acuerda la suspensión inmediata de las obras, la apertura de pieza separada de restablecimiento de la legalidad urbanística y la correspondiente inscripción preventiva en el Registro de la Propiedad.

El indicado acuerdo es notificado al x. el 30 de junio de 2005.

**CUARTO.-** Con fecha 24 de noviembre de 2005, la Junta de Gobierno Local adopta un acuerdo, idéntico al de fecha 16 de junio, que se notifica al presunto infractor el 15 de diciembre de 2005. La notificación efectuada en el domicilio del interesado es recibida por su esposa, x.

**QUINTO.-** El 26 de enero de 2006, el secretario de la Corporación Local emite un certificado en el que, además de transcribir el acuerdo de iniciación del expediente sancionador de 24 de noviembre de 2005, indica que la parcela x. del polígono x. del Catastro de Rústica de Mula se corresponde con la finca registral nº “—”, de la que resulta ser titular x., esposa del presunto infractor.

Consta en el expediente que, con fecha 6 de febrero de 2006, se notificó a la referida interesada la incoación del expediente sancionador, *“a los efectos de dar cumplimiento a lo preceptuado en el artículo 57.2 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio”*, por el que se aprueban las normas complementarias al Reglamento para la ejecución de la Ley Hipotecaria sobre inscripción en el Registro de la Propiedad de actos de naturaleza urbanística, en cuya virtud, para poder proceder a la anotación preventiva en el Registro de la Propiedad será necesario que el acuerdo de incoación del expediente sancionador haya sido notificado al titular registral.

**SEXTO.-** El 25 de abril se formula propuesta de resolución, en la que, tras calificar los hechos como infracción grave, se propone la imposición de una multa del 20% del valor de lo construido -la sanción asciende a 19.799,54 euros- considerando como propietarios responsables de la infracción a los esposos x, y. La propuesta de resolución, que también incluye el requerimiento a los interesados para la restitución física de la edificación y terreno a la situación

anterior a la infracción e información acerca de las consecuencias jurídicas que pueden derivarse de la conformidad con la sanción y de su pago, así como del no pago, es notificada a ambos cónyuges interesados el 17 de mayo de 2006, otorgándoles un plazo de 15 días para alegaciones.

No consta que ninguno de los interesados hiciera uso del trámite.

**SÉPTIMO.-** Con fecha 8 de junio de 2006, la Junta de Gobierno Local acuerda imponer a los interesados, en calidad de propietarios responsables de una infracción urbanística grave, una multa urbanística por importe de 19.799,54 euros, reproduciendo el resto de pronunciamientos contenidos en la propuesta de resolución.

La resolución sancionadora se notifica a ambos interesados el 22 de junio, constanding en la notificación los recursos procedentes contra la misma y los plazos para efectuar el ingreso del importe de la multa en período voluntario.

**OCTAVO.-** Notificada al x. providencia de apremio para el cobro en período ejecutivo de la sanción urbanística, dirige escrito a la “Agencia de Recaudación de Mula”, negando que la parcela a la que se refiere la infracción urbanística (parcela x, polígono x, Paraje “la Colonia”) sea suya, pues pertenece a x. Manifiesta, asimismo, que en una parcela cercana, la nº x. del mismo polígono, sí existe una casa de nueva construcción. La parcela con la casa fue adquirida por un matrimonio de nacionalidad británica, casi dos años antes del expediente sancionador. Las notificaciones que, según manifiesta, *“he ido recibiendo como representante fiscal, se las fui entregando al intérprete para que se las notificase a ellos, dándome siempre su intérprete la misma respuesta: lo veremos, etc... Hasta que me ha llegado el documento de ingreso con providencia de apremio contra mí, cuando yo no tengo ni finca, ni casa, ni ninguna responsabilidad en este caso, solamente fue mala información e informe mal hecho del técnico del Ayuntamiento competente, por lo tanto les pido por favor que vuelvan a revisar el expediente”*.

Acompaña a su escrito copia de escritura de compra venta otorgada el 11 de noviembre de 2004, que acredita que su esposa, x., vende al aludido matrimonio (Sres. X.) una finca rústica con vivienda que, en cuanto al terreno, está inscrita en el Registro de la Propiedad con el nº “—“ estando pendiente de inscripción la obra nueva. Consta en la citada escritura que la adquirió por compra el 17 de enero de 1997 y que la vivienda fue construida a sus expensas, según escritura otorgada el 12 de julio de 2004.

Según la escritura de compra venta aportada por el interesado, los Sres. X. nombran, a efectos de recibir cualquier tipo de notificación y como representante ante la Hacienda Pública española, a x.

**NOVENO.-** Recibido el escrito del interesado, la Agencia Regional de Recaudación, organismo que gestiona el cobro de la sanción municipal, el 15 de julio de 2009 requiere al Ayuntamiento de Mula para que emita informe acerca de los extremos señalados por el interesado.

Dicho informe se evacua el 19 de febrero de 2010, considerando el técnico municipal informante que comoquiera que el expediente sancionador se incoó al x., que no tenía titularidad alguna sobre la finca donde se realizaron las obras objeto de sanción, y aunque la resolución sancionadora afectó también a la verdadera titular de la finca, la esposa del presunto infractor, ella fue ajena a la incoación del expediente, privándole de la posibilidad de formular alegaciones, solicitar la legalización de las obras, etc. Considera que ello determina la concurrencia de la causa de nulidad contemplada en el artículo 62.1, letra e), Ley 30/92, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), en cuya virtud son nulos los actos administrativos dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido, entre los que considera que se sitúan aquéllos en los que se omite el trámite de audiencia.

Propone, en consecuencia, que por el Pleno de la Corporación se inicie procedimiento para la declaración de nulidad de la resolución sancionadora.

**DÉCIMO.-** El 1 de junio de 2010, el Pleno del Ayuntamiento de Mula acuerda incoar procedimiento de revisión de oficio del acuerdo de la Junta de Gobierno Local que impone la sanción urbanística, y que por conducto de la Presidencia de la Corporación se recabe dictamen preceptivo del Consejo Jurídico.

En tal estado de tramitación y una vez incorporado el preceptivo índice de documentos, se remitió el expediente en solicitud de Dictamen, mediante escrito recibido en el Consejo Jurídico el pasado 14 de junio de 2010.

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.**

El procedimiento aplicable a la revisión habrá de ser el tipo o común, contenido en el Título VI de la LPAC, con las peculiaridades establecidas por el artículo 102 de la misma Ley, atinentes a la posibilidad de inadmisión de la solicitud y la preceptividad y efectos del presente Dictamen.

Las normas del procedimiento administrativo común exigen dar audiencia a los interesados, como manifestación de los principios participativo y contradictorio que han de regir dicho procedimiento y que tiene su plasmación constitucional en el artículo 105, c) CE, según el cual la Ley regulará el procedimiento a través del cual deben producirse los actos administrativos, garantizando, cuando proceda, la audiencia del interesado. El artículo 84 LPAC, por su parte, dispone que instruidos los procedimientos, e inmediatamente antes de redactar la propuesta de resolución, se pondrán de manifiesto a los interesados.

En el procedimiento sometido a consulta no consta que se haya dado audiencia a los interesados. El artículo 84.4 LPAC permite prescindir del indicado trámite cuando no figuren en el procedimiento ni sean tenidos en cuenta en la resolución otros hechos ni otras alegaciones o pruebas que las aducidas por el interesado, excepción ésta a la regla general expresada en el apartado 1 del indicado precepto, que ha sido aceptada por este Consejo Jurídico en anteriores ocasiones (Dictámenes 51/2005 y 102/2007, entre otros), en procedimientos de revisión de oficio. Ello podría justificar la omisión del trámite respecto del x., en el entendimiento de que la revisión propuesta tiene por fundamento las alegaciones realizadas y justificaciones aportadas con su escrito de 17 de junio de 2009. Ocurre, sin embargo, que el x. no es el único interesado, pues también lo es su esposa, quien, según el informe jurídico en que se basa la revisión propuesta, era la propietaria a título privativo de la finca en la que se realizaron las obras y a la que, como tal, se declara responsable de la infracción en la resolución cuya nulidad se pretende declarar.

Ello, unido al hecho de que el régimen económico del matrimonio es el de separación absoluta de bienes, la convierte en interesada, debiendo la Administración facilitarle la oportunidad de conocer el procedimiento en curso y de participar en él, alegando lo que convenga a su derecho, ex artículo 84 LPAC. El Consejo de Estado, por su parte, ha calificado el trámite de audiencia en los procedimientos de revisión de oficio como “*esencial*”, “*de observancia inexcusable*” e “*imprescindible*”, sin cuya observancia no pueden resolverse expedientes revisores (por todos, Dictámenes 42240, de 12 de julio de 1979; 43017, de 8 de enero de 1981; y 43233, de 17 de marzo de 1981).

Procede, en consecuencia, que se retrotraigan las actuaciones al momento inmediatamente anterior a la propuesta de resolución para conferir trámite de audiencia a los interesados.

Con carácter previo al trámite de audiencia, deberían realizarse los actos de instrucción necesarios para determinar con certeza en qué finca se localizan las obras, si en la parcela x. o en la y., ambas del polígono x. del Paraje “La Colonia”, pues la finca registral nº “—” se identifica en las actuaciones municipales con la parcela x., mientras que el interesado afirma que dicha finca registral se corresponde con la parcela x.

Del mismo modo, una vez determinada la finca en la que se ubican las obras constitutivas de la infracción, habrá de establecerse quién era su titular a la fecha de realización de las mismas, pues mientras el informe jurídico en que se basa la propuesta de revisión de oficio identifica como tal a la x., el interesado afirma que la parcela x., en la que desde el inicio del expediente sancionador se han venido situando las obras infractoras, pertenece a x., extremo éste que confirma el propio expediente, pues así consta al folio 5 en extracto del Libro de cédulas de la propiedad del Catastro de Rústica, expedido por el Servicio de Catastro Municipal el 13 de junio de 2005.

En cualquier caso, cabe recordar a la Corporación consultante que el acto administrativo que se pretende dejar sin efecto, en tanto que impone una sanción, lo es de gravamen o desfavorable para los interesados, lo que permitiría su revocación al amparo del artículo 105.1 LPAC, sin necesidad de acudir a la vía de la revisión de oficio y sin necesidad de recabar el Dictamen de este Consejo Jurídico.

Ello no obsta para que se realicen las actuaciones instructoras más arriba indicadas, pues de ellas obtendrá la Corporación consultante los elementos de juicio necesarios para adoptar la

decisión acerca de la procedencia o no de dicha revocación, en la medida en que ésta ha de respetar los límites que para el ejercicio de dicha potestad establecen los artículos 105.1 y 106 LPAC.

**TERCERA.- Sobre el carácter de urgencia de la consulta y órgano que la formula.**

1. La consulta se formula con carácter de urgencia, basada en el único argumento del tiempo transcurrido desde que se dictó el acto cuya revisión se pretende.

El análisis del expediente revela que dicha urgencia no ha sido apreciada por la propia Corporación durante la tramitación interna del procedimiento, pues ha invertido más de diez meses en incoar el expediente de revisión de oficio (acuerdo del Pleno de la Corporación de 1 de junio de 2010), desde que tuvo conocimiento de las alegaciones formuladas por el interesado ante la Agencia Regional de Recaudación (registro de entrada en el Ayuntamiento de Mula de 22 de julio de 2009).

No obstante, atendida la fugacidad de los plazos administrativos y la consecuencia de caducidad anudada por el ordenamiento a su transcurso, sin que se haya dictado la resolución definitiva del procedimiento de revisión iniciado de oficio por la Administración consultante (art. 102.5 LPAC), el Consejo Jurídico emite este Dictamen con carácter urgente. Ha de recordarse a la Corporación consultante que, atendido el carácter determinante de este Dictamen respecto al contenido de la resolución del procedimiento de revisión de oficio de actos nulos, al solicitarlo el Ayuntamiento pudo suspender el plazo de resolución y notificación de la revisión de oficio al amparo de lo establecido en el artículo 42.5, letra c) LPAC.

2. De conformidad con el artículo 11 LCJ, las consultas que formulen los Ayuntamientos a este Consejo Jurídico habrán de serlo a través de sus Alcaldes.

En el presente supuesto, la consulta ha sido remitida por el Concejal de Presidencia, sin que conste en el oficio por el que aquella se formula que lo sea por delegación del Alcalde, como expresamente debería figurar de existir tal delegación (art. 13.4 LPAC), con indicación del acto por el que ésta se otorga.

No obstante, y atendidas las razones expresadas *supra* en relación a la brevedad del plazo para resolver y notificar el procedimiento en que se inserta este Dictamen, se procede a emitirlo.

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

### **CONCLUSIÓN**

**ÚNICA.-** Se dictamina desfavorablemente la propuesta de resolución que declara procedente la nulidad del acto sometido a revisión, toda vez que procede completar la instrucción del procedimiento en los términos indicados en la Consideración Segunda de este Dictamen.

Una vez cumplimentado el trámite, habrá de formularse nueva propuesta de resolución y ser remitido el expediente al Consejo Jurídico para Dictamen sobre el fondo, a menos que la Corporación consultante estime, a la luz de las nuevas actuaciones instructoras, que procede revocar el acto sancionador al amparo del artículo 105.1 LPAC, conforme a lo indicado en la Consideración Segunda, *in fine*, de este Dictamen.

No obstante, V.S. resolverá.





**DICTAMEN 131/2010**

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

**Consultante** Consejera de Economía y Hacienda

**Fecha** 05/07/2010

**Extracto de Doctrina**

1. El mero funcionamiento anormal de un servicio público no genera “per se” derecho indemnizatorio alguno, pues es necesario que el mismo haya producido daños efectivos que el ordenamiento jurídico considere dignos del oportuno resarcimiento.
2. Por lo que se refiere al daño moral, la jurisprudencia viene reiterando que la mera contrariedad que supone una actuación administrativa que se considere ilegal (y que luego se demuestre que así lo era) y la consiguiente preocupación o zozobra personal inherente a la situación creada no origina, en general, tal clase de daños, que han de ser apreciados en todo caso de forma cautelosa y para supuestos de especial gravedad para la esfera más personal de los afectados.

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** Mediante escrito presentado el 11 de marzo de 2009, x, y, formularon reclamación de responsabilidad patrimonial frente a la Consejería de Economía y Hacienda. En síntesis, expresan que el 31 de mayo de 2007, el Tribunal Económico-Administrativo Regional de Murcia estimó su reclamación en relación con una previa liquidación, por importe de 14.219 euros, que en su día les fue efectuada por dicha Consejería, relativa al Impuesto de Sucesiones; a pesar de que dicho Tribunal anuló esa liquidación mediante resolución de la indicada fecha, que fue comunicada a la Consejería por los interesados el 5 de julio de 2007, dicha Consejería dirigió diligencias de embargo a diversas entidades bancarias en las que los reclamantes tenían cuentas, requiriéndoles para que procedieran a la traba o retención de sus fondos por importe de 18.183,54 euros. Según las certificaciones bancarias adjuntas a su reclamación, las entidades procedieron a retener determinadas cantidades durante un determinado período de tiempo (hasta que recibieron la orden de levantar dichos embargos), en estos términos:

-Cuenta en la Caja x.: retención de 18.183,54 euros, desde el 12 al 31 de marzo de 2008.

-Cuentas en x.: retención de 3.509,69 euros, desde el 10 al 26 de marzo de 2008, y de 1.655,05 euros, desde el 13 al 28 de marzo de 2008.

-Cuenta en el Banco x.: retención de 0,04 euros, desde el 12 al 31 de marzo de 2008.

Vienen a considerar los reclamantes que dichos embargos fueron improcedentes porque cuando se realizaron ya no había deuda que ejecutar, dada la previa anulación de la liquidación de referencia, lo que les ha ocasionado perjuicios económicos y daños psicológicos y morales, pues durante los referidos períodos de tiempo se vieron privados de disponer de las referidas cantidades y tuvieron que soportar la vergüenza de ver embargados sus ahorros en entidades en las que son clientes conocidos. Por ello, reclaman una cantidad equivalente al interés legal del dinero aplicado a las cantidades retenidas, por el tiempo de la retención; en total, 47,20 euros, así como 10.000 euros en concepto de daños psicológicos y morales.

Además de las certificaciones bancarias antes reseñadas, adjuntan documentación relativa a la liquidación de referencia y a su anulación por el citado Tribunal.

**SEGUNDO.-** Admitida a trámite la reclamación de responsabilidad patrimonial mediante resolución de la Directora de la Agencia Regional de Recaudación (AR) de 14 de julio de 2009, el 28 siguiente dicha Agencia emite informe en el que se expresa que las actuaciones de embargo de cuentas a que se refiere la reclamación son ciertas, y que los embargos se realizan cuando una deuda está activa en el sistema y son conformes a Derecho.

**TERCERO.-** Mediante oficios de 28 de septiembre de 2009, el instructor requiere a las entidades bancarias indicadas por los reclamantes para que informen si efectivamente aquéllos no pudieron disponer de los correspondientes fondos en las fechas señaladas, y sobre los intereses o cualquier otro beneficio que dejaran de percibir por causa de los embargos.

**CUARTO.-** Mediante oficio de 29 de septiembre de 2009, el instructor requiere a los reclamantes para que acrediten los daños psicológicos y morales por los que solicitan indemnización. El 16 de octubre siguiente los interesados presentan escrito en el que alegan que el hecho de no poder disponer de los fondos durante un tiempo les produjo un daño moral según el *“criterio del hombre medio”* y, además, que una de las reclamantes se encontraba en tratamiento por síndrome depresivo reci-reactivo, derivado del padecimiento de un cáncer, síndrome en el que sufrió una recaída debido a la situación de estrés que le generaron los embargos. Adjunta a su

escrito un informe médico sobre el cáncer, de 17 de mayo de 2007, y un parte de asistencia a un centro de salud mental, de 11 de abril de 2008, en el que se hace referencia a dicho síndrome.

**QUINTO.-** El 23 de octubre de 2009 se recibe informe de la Caja Rural Central en el que se indica que los 18.153,54 euros embargados en esa entidad estuvieron retenidos por tal causa desde el 12 al 31 de marzo de 2008, según las fechas de recepción efectiva de las correspondientes diligencias oficiales, y que durante todo ese tiempo tales fondos estuvieron aplicados a un depósito a plazo fijo, cuya rentabilidad percibieron los reclamantes al finalizar dicho depósito el 28 de marzo de ese año; añade que la eventual pérdida de rentabilidad se habría producido en el período del 28 al 31 del citado mes.

**SEXTO.-** El 5 de noviembre de 2009 la entidad “x” informa que, en cumplimiento de las correspondientes diligencias de embargo, entre los días 10 a 26 de marzo de 2008 se retuvieron 3.226,48 y 283,21 euros, estando depositados en cuentas corrientes no remuneradas si el saldo acreedor no es superior a 1.800 euros, y remuneradas al 0,1% si dicho saldo es superior a tal cantidad, adjuntando los correspondientes extractos.

**SÉPTIMO.-** Obra en el expediente oficio del Tribunal Económico-Administrativo Regional mediante el que el 16 de agosto de 2007 comunicó a la Agencia Regional de Recaudación su Resolución de 31 de mayo anterior, anulatoria de la liquidación tributaria girada en su día a los reclamantes.

**OCTAVO.-** En cumplimiento de tal Resolución, el 11 de octubre de 2007 el Servicio de Gestión Tributaria de la Dirección General de Tributos anula dicha liquidación.

**NOVENO.-** El 16 de septiembre de 2009 dicha Dirección General informa que el 15 de octubre de 2007 se procedió a la anulación de la liquidación en el sistema informático.

**DÉCIMO.-** Otorgado a los reclamantes el preceptivo trámite de audiencia, el 17 de noviembre de 2009 presentan alegaciones en las que se ratifican en lo expresado en sus escritos precedentes.

**UNDÉCIMO.-** El 22 de enero de 2010 el instructor formula propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación, por considerar, en síntesis, que no se han acreditado daños indemnizables por el tiempo en que las cantidades de referencia estuvieron indebidamente embargadas; considera que el interés legal del dinero sólo procede reconocerlo cuando la

Administración hubiera sido deudora de los reclamantes, resultando que los fondos nunca salieron del patrimonio de éstos, pues el embargo se levantó antes de que se les transfirieran a aquélla; en cuanto al daño psico-físico y moral, considera que no se ha acreditado, y que la mera improcedencia de una medida administrativa no genera por sí un daño indemnizable.

**DUODÉCIMO.-** En la fecha y por el órgano indicados en el encabezamiento de este escrito, se solicita Dictamen preceptivo de este Consejo Jurídico, 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, por tanto, 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. Los reclamantes están legitimados para deducir la pretensión indemnizatoria objeto del presente procedimiento, por ser quienes dicen haber sufrido los daños que la fundan.

La AR está legitimada para resolver la reclamación, al imputarse los daños a un servicio público de su competencia (la actuación de embargo).

II. La reclamación ha sido formulada dentro del plazo de un año a que se refiere el artículo 142.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC).

III. No existen objeciones sustanciales que oponer a la tramitación realizada, por lo que puede entrarse en el fondo de las cuestiones planteadas.

**TERCERA.- Sobre el fondo del asunto.**

I. De los artículos 139 y siguientes LPAC se desprende que la Administración Pública está obligada a responder por los daños efectivos y evaluables económicamente que, causados por el funcionamiento de los servicios públicos, los particulares no tengan el deber jurídico de soportar.

En el caso que nos ocupa, la Administración viene a reconocer un anormal funcionamiento del servicio público de recaudación, en la medida en que, constándole la anulación de una liquidación tributaria (a virtud de la comunicación oficial que de tal anulación le dirigió el Tribunal Económico Regional el 16 de agosto de 2007, vid. Antecedente Séptimo), en diversas fechas de marzo de 2008 procedió a embargar fondos de los interesados en dicha liquidación, con el objeto de su ejecución por la vía de apremio. Ello se debió a que la deuda correspondiente a tal liquidación anulada no procedió a darse de baja con celeridad en el sistema informático, lo que determinó la realización de los embargos, cuyo levantamiento procedió a realizarse con posterioridad. Aunque en el expediente remitido no constan las correspondientes diligencias de práctica y levantamiento de dichos embargos, la Administración no niega la veracidad de las fechas que sobre estos extremos indican las entidades de crédito requeridas en su día a tales efectos recaudatorios.

Ahora bien, como se desprende del indicado cuerpo normativo y ratifica reiterada jurisprudencia, el mero funcionamiento anormal de un servicio público no genera *“per se”* derecho indemnizatorio alguno, pues es necesario que el mismo haya producido daños efectivos que el ordenamiento jurídico considere dignos del oportuno resarcimiento.

II. A partir de lo anterior, procede analizar separadamente los conceptos indemnizatorios por los que, en el caso que nos ocupa, se reclama el correspondiente resarcimiento.

1. Por lo que se refiere al alegado lucro cesante en forma de pérdida de rentabilidad de los fondos retenidos por las entidades de crédito durante los períodos en que aquéllos estuvieron embargados, debe señalarse, en primer lugar, que la mera retención de tales fondos no puede considerarse indemnizable si no se acredita cumplidamente que existió una efectiva pérdida de rentabilidad. Como expresa la STS, Sala 3ª, de 23 de marzo de 2010, *“no es ciertamente tarea fácil la prueba del lucro cesante, al ser exigible no sólo la preexistencia del hecho del cual deriva la ganancia esperada (en nuestro caso, la tenencia de fondos), sino también la de que la ganancia sería obtenida con seguridad (en nuestro caso, la rentabilidad de dichos fondos), ya que están excluidas, con arreglo a la precitada jurisprudencia del Tribunal Supremo, las meras expectativas o*

*ganancias dudosas o contingentes, en definitiva desprovistas de la certidumbre necesaria que conlleve la certeza de la ganancia dejada de obtener...”*

Conforme con ello, debe señalarse primeramente que el reconocimiento del interés legal del dinero, o parámetro análogo, como mecanismo resarcitorio de un eventual lucro cesante sólo debe ser admitido cuando exista norma que así lo prevea, siendo procedente en los casos en que la Administración es deudora del interesado o cuando, aun no siéndolo, éste ha sufrido efectivamente gastos por causa de una actuación administrativa que justifica que la correspondiente norma jurídica prevea que el lucro cesante se le deba resarcir objetivamente utilizando dicho interés legal. Así, por ejemplo, en materia tributaria o recaudatoria como la del caso, en los supuestos, previstos en el artículo 33 de la vigente Ley General Tributaria, de reembolso de los costes de las garantías prestadas para suspender la ejecutividad de una deuda tributaria luego declarada improcedente, supuestos en los que, junto a dicho reembolso de gastos, la Administración debe indemnizar al interesado con el interés legal del dinero vigente a lo largo del período en el que se devengue dicho interés, esto es, durante el tiempo en el que el interesado sufrió la pérdida patrimonial –daño emergente- correspondiente al coste de las garantías prestadas, y ello, como se dice, como modo legal de resarcir el lucro cesante derivado de la temporal pérdida patrimonial sufrida por el interesado al tener que desembolsar los referidos gastos.

En el presente caso debe destacarse que los fondos embargados nunca salieron del patrimonio de los reclamantes, sino que quedaron retenidos en la correspondiente entidad bancaria, siguiendo en la misma situación financiera que tenían en el momento de producirse su traba o retención, es decir, que continuaron devengando la misma rentabilidad que pudieran estar experimentando en el momento anterior al embargo. Y los reclamantes no han acreditado que en las fechas de los embargos tuvieran la voluntad de disponer de tales fondos para aplicarlos a otras alternativas de rentabilidad que pudieran planteárseles y que la disposición de los mismos les fuera denegada por la correspondiente entidad bancaria en cumplimiento de la diligencia de embargo (nada consta, por cierto, sobre la fecha en que la entidad bancaria comunicó a los interesados lo relativo a estos embargos, ni consta tampoco notificación alguna a éstos por parte de la AR).

Especial referencia merecen en este punto los fondos embargados que estaban aplicados a un depósito a plazo en una entidad de ahorros, la cual informa (Antecedente Quinto) que los mismos devengaron efectivamente la rentabilidad prevista para dicho depósito. Y si bien es cierto que tal depósito venció tres días antes de levantarse el embargo, no se ha acreditado que ello supusiera un efectivo obstáculo para que los interesados obtuvieran unas nuevas y concretas rentabilidades de dichos fondos para tan corto período de tiempo, aplicándolos a otro producto

financiero, pues no consta que en tal momento comparecieran ante la entidad para manifestar su voluntad de disponer de los mismos en tal sentido (o en otro cualquiera), ello posiblemente por la inmediatez entre la fecha del vencimiento del depósito y el levantamiento del embargo. En este punto, la entidad de ahorros, una vez vencido el depósito, debía haber depositado tales fondos en la cuenta corriente de los interesados (para luego, en principio, transferirlos a la Hacienda pública, como es lo procedente en estos casos de embargo, de proseguirse el procedimiento ejecutivo); y en tal cuenta corriente, los interesados habrían de haber obtenido, si así procedía, la correspondiente remuneración de la entidad, hasta el levantamiento del embargo, tres días después.

Por otra parte, tampoco se ha acreditado, ni indiciariamente, que la falta de disposición de los fondos durante el período de los embargos le hubiera supuesto a los reclamantes otros perjuicios en forma de daño emergente (que no reclaman), como, por ejemplo, gastos por préstamos eventualmente obtenidos para compensar la retención de sus fondos, u otro perjuicio efectivo.

Sin embargo, reclaman por el daño psicofísico que los embargos produjeron a una de las reclamantes y por los daños morales que dichos embargos les ocasionaron, por verse privados temporalmente de toda cantidad de dinero y por la vergüenza de la situación a los ojos de las respectivas entidades de crédito.

2. Por lo que se refiere al daño psicofísico alegado, nada se ha acreditado al respecto, y no sólo porque el documento de consulta al Centro de Salud Mental aportado es de fecha anterior a los embargos, sino porque para aceptar la realidad del daño debía de haberse aportado una prueba pericial médica justificativa del alegado agravamiento del síndrome depresivo de uno de los interesados y su razonable imputación al hecho de los embargos (prueba harto difícil, por cierto, dado el escaso tiempo que duraron, entre 7 y 19 días, según los casos).

3. Por lo que se refiere al daño moral, la jurisprudencia viene reiterando que la mera contrariedad que supone una actuación administrativa que se considere ilegal (y que luego se demuestre que así lo era) y la consiguiente preocupación o zozobra personal inherente a la situación creada no origina, en general, tal clase de daños, que han de ser apreciados en todo caso de forma cautelosa y para supuestos de especial gravedad para la esfera más personal de los afectados, lo que no puede admitirse que concurra en el caso que nos ocupa, no pudiendo aceptarse, en contra de lo alegado por los reclamantes, que *“el criterio del hombre medio”* determine la procedencia de reconocer un daño moral indemnizable por los concretos hechos que

motivan esta reclamación. Entre otras razones, porque los interesados estaban en fácil disposición de conocer que los embargos se debían a un claro error de la Administración, que razonablemente sería solucionado con prontitud, como así resultó; asimismo, no puede reconocerse un daño moral indemnizable por la alegada “*vergüenza*” o descrédito ante las respectivas entidades de crédito, por carecer de un fundamento sólido que ampare dicha pretensión.

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

### **CONCLUSIÓN**

**ÚNICA**- No se han acreditado daños efectivos que deban ser indemnizados imputables a la actuación administrativa a que se refiere la reclamación objeto del presente procedimiento, por las razones expresadas en la Consideración Tercera del presente Dictamen, con las que se debería completar la motivación de la propuesta de resolución dictaminada. En consecuencia, con esta puntualización, dicha propuesta se informa favorablemente.

No obstante, V.E. resolverá.





**DICTAMEN 132/2010**

**Asunto** Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hijo, debida a accidente escolar.

**Consultante** Consejero de Educación, Formación y Empleo

**Fecha** 05/07/2010

**Extracto de Doctrina**

Nota: igual doctrina que la expresada en el Dictamen 14.



**DICTAMEN 133/2010**

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

**Consultante** Consejera de Sanidad y Consumo

**Fecha** 05/07/2010

**Extracto de Doctrina**

Nota: igual doctrina que la expresada en el Dictamen 2/2010.



**DICTAMEN 134/2010**

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

**Consultante** Consejera de Sanidad y Consumo

**Fecha** 05/07/2010

**Extracto de Doctrina**

Nota: igual doctrina que la expresada en el Dictamen 2/2010.



**DICTAMEN 135/2010**

**Asunto** Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hijo, debida a accidente escolar.

**Consultante** Consejero de Educación, Formación y Empleo

**Fecha** 12/07/2010

**Extracto de Doctrina**

Nota: igual doctrina que la expresada en el Dictamen 1/2010.



**DICTAMEN 136/2010**

**Asunto** 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

**Fecha** 12/07/2010

**Extracto de Doctrina**

Nota: igual doctrina que la expresada en el Dictamen 127.



**DICTAMEN 137/2010**

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

**Consultante** Consejera de Sanidad y Consumo

**Fecha** 12/07/2010

**Extracto de Doctrina**

Acreditado que nos encontramos ante una infección nosocomial, debe recordarse la doctrina sentada por la jurisprudencia y aceptada por este Consejo Jurídico en diversos Dictámenes (por todos, el 10/2005 y el 39/2005), según la cual, la determinación de si se adoptaron todas las medidas posibles para evitar el contagio se convierte en la cuestión nuclear del problema, en orden a calificar el daño sufrido como antijurídico y para poder dilucidar si existe o no nexo causal entre aquél y la actuación, por omisión, de la Administración.

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** Con fecha 9 de julio de 2008, x. presenta reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos a consecuencia de la asistencia sanitaria recibida del Servicio Murciano de Salud.

Según el relato fáctico contenido en la reclamación, el 22 de diciembre de 2005, el paciente es intervenido quirúrgicamente bajo anestesia epidural para reparación de una rotura de menisco izquierdo mediante artroscopia. La operación se lleva a cabo en el Hospital "Mesa del Castillo", de Murcia, centro concertado con el Servicio Murciano de Salud.

Tras recuperarse de la anestesia y recibir el alta médica, en la madrugada del día siguiente, día 23, presenta fiebre alta, cefalea intensa y escalofríos, siendo atendido domiciliariamente por el SUAP, que decide su traslado al Hospital "Virgen de la Arrixaca", de Murcia.

En la exploración a que se le somete en Urgencias, se detecta desorientación, tendencia al sueño, rigidez de nuca marcada y signos positivos de meningismo, por lo que fue ingresado en la planta de Neurología, con el diagnóstico de "meningitis bacteriana".

En la visita que al día siguiente, 24 de diciembre, realiza el especialista en Neurología, anota en la hoja de evolución el siguiente juicio diagnóstico: "meningitis bacteriana post anestesia epidural". Tras 11 días hospitalizado, recibe el alta médica el 2 de enero de 2006, citándolo para revisión con el Neurólogo de zona.

El 5 de enero, obtiene la baja laboral por incapacidad temporal por contingencias comunes, con diagnóstico de "*ansiedad reactiva a proceso orgánico meningitis*", situación en la que se mantuvo, hasta el 16 de abril de 2006.

El 12 de enero de 2006 acude a su Médico de Atención Primaria, que formula una interconsulta al Servicio de Neurología, donde constan los siguientes síntomas: "tristeza, ansiedad, cefaleas, probable trastorno de la personalidad a valorar, Tr. adaptativo con síntomas mixtos F43 del CIE-10. Se pauta tratamiento con Lexatin 1,5 1-0-1 y Stilmax 0-0-1".

El 26 de enero, en consultas externas de Neurología, se le pautó lexatin. Los siguientes días 3, 13 y 27 de febrero, tuvo consulta de Neurocirugía.

El 23 de mayo de 2006, acude al Servicio de Urgencias del Hospital Virgen de la Arrixaca por intensa cefalea. En el parte de asistencia consta como antecedente: "meningitis bacteriana", y en enfermedad actual refiere: "cefalea holocraneal, en ocasiones opresiva, en otras ocasiones tipo pinchazo, etc....Cefalea de meses de evolución".

El 14 de junio de 2006, se somete a revisión en el Servicio de Neurología del Hospital "Reina Sofía" de Murcia, por cefalea de carácter vascular. Ha seguido revisiones periódicas en el indicado Servicio, hasta el año 2008, persistiendo en la actualidad las cefaleas.

Afirma el reclamante que, por los hechos expuestos, presentó una denuncia ante el Juzgado de Instrucción nº 3, de Murcia, y se incoaron Diligencias Previas 1.740/2006, que fueron archivadas por auto de 18 de diciembre de 2006. Recurrido ante la Audiencia Provincial de Murcia, dicta Auto de 9 de julio de 2007 que confirma el anterior. Esta última resolución es notificada al interesado el 18 de julio. En ambas resoluciones se sitúa la causa de la infección en alguno de los miembros del equipo que realizó la intervención y se alude a un informe emitido por el Servicio de Epidemiología de la Consejería de Sanidad, en relación con un brote epidémico de meningitis post-raquianestesia, en el que se determinó que la causa de la meningitis bacteriana que le afectó fue la práctica inadecuada de las técnicas de asepsia y antisepsia y posible contaminación por un portador de la Clínica "Mesa del Castillo".

El Auto del Juzgado decretando el sobreseimiento provisional se expresa en los siguientes términos: "*x., fue intervenido quirúrgicamente el día 22 de diciembre de 2005, en el Hospital Mesa del Castillo, de Murcia de patología meniscal en rodilla izquierda, contrayendo una meningitis aguda que precisó tratamiento hospitalario durante 11 días, siendo dado de alta sin tratamiento específico, aunque ha seguido controles periódicos por su médico de cabecera y neurólogo de zona. Según consta en el informe del Médico Forense, la aparición de una meningitis bacteriana tras la aplicación de anestesia epidural, es una complicación rara de dicha técnica. El análisis microbiológico, constató que se trató de una meningitis bacteriana post anestesia epidural, por estreptococo viridans especie "mitis". Este germen se encontraba, al parecer, en la boca (mucosa orofaríngea) del propio paciente o en la de algún miembro del personal, que intervino en la operación, sin que, tras la investigación realizada por los inspectores del Servicio Murciano de Salud se haya podido determinar, ni siquiera por contraste con otros casos que aparecieran en las mismas fechas, qué miembro del equipo que realizó la operación, podía estar afectado por dicho germen*".

Para el reclamante, los daños son imputables al Servicio Murciano de Salud, que lo remitió para ser atendido a su cargo, a un centro sanitario que no reunía las condiciones mínimas de asepsia en la práctica de la raquianestesia, y que fue la causa del contagio de la meningitis bacteriana que sufrió. Solicita una indemnización de 155.000 euros, en concepto de secuelas (cefaleas, pérdida de memoria y desorientación), tiempo de estabilización lesional (más de dos años de tratamiento), y "pretium doloris", con estrés postraumático.

Finalmente, concluye su escrito proponiendo prueba documental consistente en la aportación de copia de la historia clínica correspondiente a la asistencia sanitaria prestada en los diferentes hospitales y centros sanitarios públicos, así como el expediente tramitado en la Dirección General de Salud Pública incoado por los hechos relatados en la reclamación. Propone, asimismo, prueba testifical del autor del informe del Servicio de Inspección de Centros, Servicios y Establecimientos Sanitarios, incorporado al referido expediente.

El reclamante adjunta a su solicitud copia de la documentación clínica que obraba en su poder, de los partes de baja y alta médica, (del periodo en que permaneció en situación de incapacidad temporal), así como del procedimiento penal seguido por los hechos relatados.

**SEGUNDO.-** Con fecha 15 de julio de 2008, el Director Gerente del Servicio Murciano de Salud admite a trámite la reclamación y encarga su tramitación al Servicio Jurídico del Ente, que



procede a comunicar al interesado los extremos exigidos 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). Asimismo comunica la reclamación a la aseguradora del Servicio Murciano de Salud y a la Dirección General de Asistencia Sanitaria.

Se recaba de los Hospitales y de la Gerencia de Atención Primaria su historia clínica e informe de los profesionales que atendieron al paciente. Del mismo modo, se solicita a la Dirección General de Salud Pública que remita documentación relativa al expediente tramitado por el Servicio de Epidemiología en relación con los hechos en los que se basa la reclamación.

A la Audiencia Provincial de Murcia, por su parte, se pide copia testimoniada de las diligencias previas seguidas por los referidos hechos.

**TERCERO.-** Recabada tras diversas incidencias la documentación clínica e informes de los facultativos intervinientes, destacan los siguientes extremos:

- La atención en el Hospital "Mesa del Castillo" responde a una intervención programada por gonalgia con diagnóstico de rotura meniscal para cirugía, que se lleva a cabo por artroscopia y bajo anestesia subaracnoidea o espinal. Tanto la operación como el postoperatorio inmediato cursan sin incidencias.

- El ingreso en el Hospital "Virgen de la Arrixaca" se produce a las pocas horas de haberse intervenido de una cirugía meniscal. El informe del facultativo del Servicio de Urgencias indica que *"El paciente refería cefalea y en exploración física se encuentra consciente y desorientado con tendencia al sueño, y signos físicos de meningismo (rigidez de nuca). Ante la sospecha de meningitis aguda, se inicia tratamiento antibiótico a las 10,30 horas. Se solicita analítica y TAC craneal; se realiza extracción de líquido cefalorraquídeo mediante punción lumbar, cuyo resultado informó, tras cultivo, de meningitis bacteriana por streptococo viridans. El paciente ingresó a cargo del Servicio de Neurología en situación de estabilidad clínica"*. Este último servicio confirma el diagnóstico de *"meningitis aguda por estreptococo viridans"*.

**CUARTO.-** El informe del Servicio de Epidemiología, realizado tras conocer la existencia de diversos casos de meningitis bacteriana asociados a intervenciones quirúrgicas efectuadas bajo raquianestesia en el Hospital Mesa del Castillo, manifiesta que:

*"En total se ha recibido notificación de cinco casos de meningitis aguda a lo largo de 2005, cuatro de meningitis bacteriana, que tras investigar la presencia de antecedentes quirúrgicos anteriores a la presentación del cuadro de meningitis, todos tenían los mismos antecedentes de intervención quirúrgica bajo raquianestesia. Según la información recibida del Hospital Mesa del Castillo, las fechas de intervención de los casos fueron 17/02/2005, 17/10/2005, 17/10/2005, 21/12/2005, y 22/12/2005.*

*Los cinco casos investigados presentaron antecedentes quirúrgicos efectuados bajo procedimientos de raquianestesia. Todos los casos fueron intervenidos mediante artroscopia, en tres de los casos, se practica una intervención de meniscectomía, en un caso se practicó la extracción de material de osteosíntesis, y en otro caso la extirpación de cuerpo libre de rodilla".*

Recoge también el informe otro del Servicio de Inspecciones de Centros, Servicios y Establecimientos Sanitarios, que plasma diversas anomalías advertidas en visita de inspección al hospital concertado. Se dice en el informe que *"el procedimiento de raquianestesia está protocolizado aunque con poca precisión respecto a los requisitos de asepsia y antisepsia, detectándose actividades de riesgo. Las conclusiones de dicha inspección fueron de meningitis bacterianas originadas por práctica inadecuada de las técnicas de asepsia y antisepsia y posible contaminación por un portador"*

**QUINTO.-** Comunicada la reclamación al Hospital Mesa del Castillo, se persona en el procedimiento, solicitando que se le diera traslado de todo lo actuado en el mismo.

**SEXTO.-** Recabado el informe del Servicio de Prestaciones Asistenciales (Inspección Médica), se emite con las siguientes conclusiones:

*"2.- El reclamante es el quinto y último 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 los casos. 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 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 en el último caso, que no recibió antibioticoterapia previa, se obtuvo crecimiento en el LCR y en el hemocultivo de Streptococcus víridans y Streptococcus mitís respectivamente.*

f) *Estos microorganismos son los más frecuentemente aislados en meningitis bacterianas post-raquianestesia en los últimos años. Tienen 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 presenta 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, aparte de los datos anteriormente expuestos, los siguientes datos clínicos: a) No hubo toma previa de AINES; b) El cultivo de LCR fue positivo con crecimiento bacteriano. Se aísla en éste, *Streptococcus viridans* y en los hemocultivos *Streptococcus mitis* (grupo viridans) con igual sensibilidad antibiótica; c) la violación de las medidas de asepsia/antisepsia del procedimiento anestésico; d) la relación de proximidad en el tiempo con el resto de casos descritos en el brote epidémico: al día siguiente del caso nº 4 y a dos meses de los casos nº 2 y nº 3 que ocurren el mismo día; y e) las características del LCR (proteínas altas y consumo de glucosa) que caracterizan a las meningitis bacterianas.

6.- La no existencia de una relación temporal con un fármaco desencadenante (principalmente AINES) y la existencia de cultivos bacterianos positivos en el LCR y hemocultivos; añadido a la existencia de un fallo de las medidas de asepsia y antisepsia en el procedimiento de raquianestesia, excluye con una alta probabilidad la etiología medicamentosa o química de la meningitis.

7.- También se descarta la cefalea post-punción dural (CPPD), por las características del LCR y del hemograma, la clínica (aparición de fiebre que no es 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 11 días y, tras curación del episodio de meningitis aguda, permaneció en situación de incapacidad temporal durante el periodo de 76 días por "ansiedad reactiva a proceso orgánico (meningitis)" y cefalea frontal y occipital tensional episódica que requirió ingreso el 13/06/2006 siendo alta por curación o mejoría el 26/09/2006.

9.- Según los informes neurológicos, del centro de salud mental y centro de atención primaria, es probable que la causa o desencadenante de las cefaleas que persisten en la actualidad, no estén únicamente relacionadas con el episodio de meningitis, sino más probablemente con los antecedentes personales de insomnio, cefaleas acompañadas de mareos relacionados con estrés y crisis de ansiedad que sufría el paciente, previos al episodio de meningitis bacteriana".

**SÉPTIMO.-** A efectos de cuantificar el daño alegado por el reclamante, se solicitó a la correduría de seguros, que emitiese dictamen pericial de valoración de daño corporal. Su conclusión es que el daño causado al reclamante puede valorarse en 10.052, 55 euros, importe en el que se incluyen los días de hospitalización (10), días improductivos (100) y secuela. Como tal se valora en 5 puntos la agravación de patología psiquiátrica previa. Descarta calificar como secuela la cefalea, pues ésta es síntoma de la meningitis y, además, el paciente ya había consultado con anterioridad a la intervención por problemas de cefalea. Tras estudio realizado en junio de 2006 se diagnostica como cefalea tensional, por lo que se considera directamente relacionada con el cuadro psiquiátrico ya considerado.

**OCTAVO.-** Conferido trámite de audiencia a los interesados (reclamante, Hospital concertado y aseguradora del SMS), no consta que hicieran uso del mismo, al no presentar alegación o documentación adicional alguna.

Consta en el expediente un dictamen médico aportado por la aseguradora del SMS, que alcanza las siguientes conclusiones:

*“1. El paciente presentó una complicación poco frecuente pero típica tras la anestesia espinal.*

*2. El paciente fue diagnosticado y tratado de manera rápida y eficaz.*

*3. El informe del anestesiólogo afirma que se tomaron las medidas de asepsia correctas según las distintas Sociedades Científicas”.*

**NOVENO.-** Consta en el expediente que por el reclamante se interpuso recurso contencioso-administrativo contra la desestimación presunta de su solicitud, que se tramita por la Sala del correspondiente orden jurisdiccional del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, con el número de procedimiento ordinario 457/2009.

**DÉCIMO.-** El 25 de marzo de 2010, el órgano instructor formula propuesta de resolución parcialmente estimatoria de la reclamación, declarando el derecho del solicitante a ser indemnizado en cuantía de 10.052,55 euros por parte del Hospital concertado en cuyas instalaciones contrajo la meningitis bacteriana.

En tal estado de tramitación y tras incorporar los preceptivos índice de documentos y extracto de secretaría, se remitió el expediente en solicitud de Dictamen mediante escrito recibido en el Consejo Jurídico el pasado 9 de abril de 2010.

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 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 de meniscectomía por artroscopia que se le practicó en el Hospital Mesa del Castillo el 22 de diciembre de 2005, siendo dicho 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 nº. 85/2002, de 31 de enero, en relación con una reclamación sobre la asistencia sanitaria prestada por un centro concertado: “el hecho de que la asistencia sanitaria discutida se haya prestado en un Hospital concertado con el INSALUD no es obstáculo para el examen de fondo de la reclamación planteada, ni para su eventual estimación, pues, en otro caso, se estaría colocando a los pacientes que son remitidos a los centros, por decisión de la Administración sanitaria, en una peor situación que el resto de los ciudadanos que permanecen en los establecimientos hospitalarios públicos”.

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, queda documentada en el expediente la derivación del paciente al centro concertado por la sanidad pública (páginas 333 y ss) y consta la factura remitida por éste al Servicio Murciano de Salud, en donde se especifica como cobertura la lista de espera de cupo. En todo caso, aunque la asistencia haya sido prestada por derivación de la sanidad pública, dicho centro asistencial debe asumir la indemnización de los 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, considerando el efecto interruptivo que, respecto del plazo de prescripción del derecho a reclamar, tiene el proceso penal seguido por los mismos hechos y que finalizó por Auto 106/2007, de 9 de julio, de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Murcia, por el que se desestima el recurso de apelación interpuesto contra la desestimación de recurso de reforma que impugna el Auto de sobreseimiento provisional dictado el 18 de diciembre de 2006, por el Juzgado de Instrucción número 3 de Murcia. Y es que, aunque no consta, salvo la manifestación del actor, la fecha de notificación del Auto que resuelve la apelación

al representante del interesado, su fecha permite considerar que la reclamación, presentada el 9 de julio de 2008, fue temporánea.

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; en cualquier caso, se han cumplimentado 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 las 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 citados con anterioridad 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*.

Aplicadas 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 10 días por un episodio de meningitis aguda, que le obligó a permanecer en situación de incapacidad temporal durante 100 días más (del 5 de enero al 17 de abril de 2006) por presentar ansiedad reactiva a la meningitis, 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 posterior.

2ª) También se desprende de las actuaciones que la infección se produjo en el ámbito hospitalario, pues así se recoge en el informe de la Inspección Sanitaria, que revela 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. El que motiva la reclamación a que se refiere este Dictamen es uno de aquellos casos.

3ª) La meningitis declarada es de etiología bacteriana, originada, según las consideraciones médicas de la Inspección Sanitaria 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.

En idénticos términos se pronuncia este Consejo Jurídico en Dictámenes 65 y 132/2009, con ocasión de sendas reclamaciones de responsabilidad patrimonial originadas en dos de los cinco casos del brote epidémico.

#### **CUARTA.- Cuantía indemnizatoria.**

El reclamante solicita una cuantía indemnizatoria de 155.000 euros, con base en las secuelas fisiológicas (cefalea, pérdida de memoria, desorientación...), tiempo de estabilización lesional (más de dos años en tratamiento) y *pretium doloris*, con estrés postraumático.

La propuesta de resolución reduce la citada cuantía indemnizatoria a 10.052,55 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.

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, que multiplicados por los 10 días correspondientes al ingreso hospitalario en el HUVA, arroja un importe de 581,9 euros.

## 2. Por días improductivos y no improductivos.

El reclamante propone dos años, sin distinguir entre días improductivos y no improductivos, al estimar que ese fue el período de sanidad y estabilización lesional, sin mayor precisión, y omitiendo la aportación de un informe de valoración del daño que diera un mínimo soporte técnico a dicha consideración.

El órgano instructor, por su parte, considera acreditados 100 días improductivos, del 5 de enero al 17 de abril de 2006, conforme a los partes de baja y alta de incapacidad temporal unidos al expediente (folios 63 y ss), en los que se hace constar como patología determinante de la incapacidad la de "*ansiedad reactiva a proceso orgánico (meningitis)*". Siendo la cuantía diaria por este concepto de 47,28 euros diarios, según la resolución indicada, resulta la cantidad de 4.728 euros.

No se valoran días no improductivos, pues el proceso que permanece en el tiempo tras el alta es el de cefalea de perfil vascular-tensional episódica, diagnosticada por la Sección de Neurología del Hospital Reina Sofía, en junio de 2006. Según el informe de valoración del daño que realiza la correduría de seguros, este trastorno es muy común y guarda una fuerte relación con el estrés emocional, como respuesta fisiológica a la ansiedad, al temor o la hostilidad. Considera el perito que se encuentra directamente relacionado con el cuadro psiquiátrico que considera como secuela e incluido dentro de dicho cuadro mental, que ya se valora en el siguiente apartado como incapacidad permanente.

## 3. Secuela.

Como ya se ha adelantado, únicamente se considera secuela derivada del episodio infeccioso la de "agravación de patología psiquiátrica previa", que se valora en 5 puntos, dentro de un rango de 1 a 10 puntos, descartándose la calificación como secuela de la cefalea, en atención a los argumentos ya indicados y a que consta en la historia clínica remitida por la Gerencia de Atención Primaria que, desde el año 2000, el paciente presentaba episodios de cefalea que motivaron que, ya en 2001, se le programara "para estudio de cefalea y mareo" con exploración

neurológica completa. En cuanto a la previa existencia de la patología psiquiátrica, consta al folio 207 del expediente que dos meses antes de la intervención quirúrgica en la que adquirió la meningitis, el paciente sufrió una crisis de ansiedad que precisó tratamiento con ansiolíticos.

Atendido el valor del punto, según el momento de producción del daño (año 2005) y la edad de la víctima en dicho momento (32 años), que es de 700,55 euros, corresponde al interesado una indemnización en concepto de secuelas de 3.502,75 euros, al que cabe aplicar un factor de corrección de hasta el 10%, arrojando un total de 3.853,02 euros.

Cabe precisar, respecto de la propuesta de resolución, que el referido factor únicamente se aplica sobre la cuantía correspondiente a la incapacidad permanente, excluyendo la corrección de los importes relativos a la temporal, pues de conformidad con el baremo utilizado para la valoración del daño, para poder aplicar dicha corrección sobre la indemnización correspondiente a los días de baja sería necesario que el reclamante hubiera acreditado sus ingresos netos anuales -lo que no ha hecho-, a diferencia de los factores de corrección para las indemnizaciones básicas por lesiones permanentes (Tabla IV del baremo), cuyo primer tramo (hasta un 10%) se podrá aplicar aunque no se justifiquen dichos ingresos, bastando el simple hecho de estar en edad laboral.

De todo lo anterior resulta que el importe a que debe ascender la indemnización es de 9.162,92 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.**- 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 que, en la misma resolución, se declare que corresponde al Hospital concertado la obligación de indemnizar los daños producidos al reclamante.

**TERCERA.**- La cuantía de la indemnización habrá de ajustarse a lo indicado en la Consideración Cuarta de este Dictamen.

No obstante, V.E. resolverá.



**DICTAMEN 138/2010**

**Asunto** Responsabilidad patrimonial instada por x, en representación de la mercantil --, S.A., por los daños producidos como consecuencia del accidente de circulación de la asegurada x.

**Consultante** Consejero de Agricultura y Agua (2004)

**Fecha** 15/07/2010

**Extracto de Doctrina**

El Consejo de Estado ha tenido la ocasión de pronunciarse en diversos dictámenes sobre cuestiones similares a la presente, concluyendo que, para que nazca la responsabilidad patrimonial por daños producidos por animales, es necesario que quede acreditado que los mismos proceden de espacios naturales o cinegéticos de titularidad de la Administración pública (entre otros, Dictámenes 1761/2000, 3105/2003 y 2948/2004).

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** En fecha 19 de diciembre de 2008, x, en representación de "--, S.A.", presenta un escrito dirigido a la Consejería de Agricultura y Agua en el que expone que, el 29 de diciembre de 2007, el vehículo matrícula "--", propiedad de su asegurada x, sufrió daños al impactar contra un jabalí que irrumpió en la calzada bruscamente. Los hechos ocurrieron en el punto kilométrico 0,4 de la carretera MU-554. Como consecuencia del choque resultó muerto el animal que fue retirado de la vía por el propietario del vehículo matrícula "--".

Adjunta a dicho escrito copias de: ficha de tráfico del vehículo siniestrado, atestado instruido por la Guardia Civil de Tráfico, póliza de seguro del automóvil, factura por importe de 1.312,89 euros en concepto de reparación del vehículo, resguardo de la transferencia a favor del taller que reparó el automóvil e informes periciales.

**SEGUNDO.-** Mediante nota de régimen interior de 10 de febrero de 2009 la Asesoría Jurídica de la Dirección General de Patrimonio Natural y Biodiversidad, solicita informe al Servicio de Caza y Pesca Fluvial y Defensa de la Naturaleza.

El requerimiento se cumplimenta mediante informe evacuado por la titular de dicho Servicio, fechado el día 8 de mayo de 2009, en el que se hace constar lo siguiente:

*“Comprobado por la Guardería Medioambiental Comarca de Sierra y Valle de Ricote, que en el lugar donde tuvo lugar el accidente referenciado como carretera MU-554 que une Archena con la A-30, en el punto kilométrico 0,4 sentido Archena, no se localiza aprovechamiento cinegético alguno, ni existe declarada zona de reserva natural. Se adjunta informe de fecha 21/04/2009 emitido por dicha Guardería Medioambiental acreditativo de lo antedicho”.*

**TERCERO.-** Mediante Orden del Consejero de Agricultura y Agua de 14 de julio de 2009, se admite a trámite la reclamación y se nombra instructor, circunstancias que son notificadas a la entidad reclamante mediante escrito registrado de salida el día 18 de agosto de 2009.

**CUARTO.-** Mediante oficio de 24 de septiembre de 2009 se otorga trámite de audiencia y vista del expediente, presentando alegaciones la mercantil interesada el 22 de octubre siguiente, en las que, en síntesis, expresa que, de conformidad con lo establecido en la Ley 7/2003, de 12 de noviembre, de Caza y Pesca Fluvial de la Región Murcia, existiría responsabilidad patrimonial de la Administración regional, ya que el jabalí se encuentra incluido en la relación de especies susceptibles de explotación cinegética, sin que la Administración haya demostrado que en la zona donde ocurrió el siniestro no existan zonas de aprovechamiento cinegético a las que pertenezca el animal en cuestión, en cuyo caso deberían haberse adoptado medidas de precaución tendentes a proteger a las personas y a sus bienes.

Finaliza reiterando su solicitud de indemnización por importe de 1.312,89 euros.

**QUINTO.-** El 19 de diciembre de 2009 se formula propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación; en síntesis, por considerar que la responsabilidad por los daños ocasionados por la caza es de carácter civil, salvo supuestos especiales de responsabilidad administrativa en caso de daños producidos por la caza procedente de refugios, reservas o parques nacionales, sin que en este caso concreto haya quedado acreditado que el animal procediese de ningún lugar de esta naturaleza.

Dicha propuesta de resolución, remitida a este Consejo Jurídico en unión del expediente tramitado e índice de documentos que lo integran, 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 de la titular del vehículo por el que se reclama indemnización, por haber abonado a ésta 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 en un primer momento en su condición de titular cinegético de los terrenos de donde se presume que provenía el jabalí. Más tarde, en el escrito de alegaciones formulado al evacuar el trámite de audiencia, dicha responsabilidad se le imputa también en relación con las facultades que ostenta en materia de vigilancia de la actividad y aprovechamientos cinegéticos.

II. Por lo que se refiere a la temporaneidad de la reclamación, ésta ha de considerarse formulada dentro del plazo de un año establecido en el artículo 142.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC).

III. En cuanto a otros aspectos del procedimiento, se advierte que la resolución de admisión de la reclamación y designación de instructor, se dicta con posterioridad a las actuaciones de instrucción. Este trámite a tenor de lo prevenido en el artículo 6.2 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), ha de anteponerse a cualquier otro. 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.

Por otro lado, en lo que respecta al cumplimiento en el procedimiento del obligado trámite de solicitar dictamen de este Consejo Jurídico, y más concretamente en lo que se refiere a los requisitos formales exigidos para formular consulta, hay que señalar que según establece el artículo 46.2,b) del Decreto 15/1998, de 2 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo Jurídico de la Región de Murcia, a la consulta se ha de unir el extracto de secretaría, documento que no figura entre los que conforman el expediente remitido.

### **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, como decimos en la anterior Consideración, comienza imputando una responsabilidad a la Administración regional en su condición de titular de *“alguna de las reservas naturales existentes en los alrededores del lugar del siniestro”*, haciendo más tarde extensiva dicha imputación a una omisión de los deberes de vigilancia que le corresponden en relación con las facultades que ostenta en materia de vigilancia de la actividad y aprovechamientos cinegéticos.

El Consejo de Estado ha tenido la ocasión de pronunciarse en diversos dictámenes sobre cuestiones similares a la presente, concluyendo que, para que nazca la responsabilidad patrimonial por daños producidos por animales, es necesario que quede acreditado que los mismos proceden de espacios naturales o cinegéticos de titularidad de la Administración pública (entre otros, Dictámenes 1761/2000, 3105/2003 y 2948/2004).

Conviene recordar aquí que la carga de la prueba de los hechos en que se base la reclamación de responsabilidad patrimonial recae necesariamente sobre el sujeto que la plantea, afirmación que encuentra su principal apoyo en los artículos 6 RRP y 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que vienen a recoger las reglas del *onus probandi* dentro de la categoría de las obligaciones, sentando la conocida máxima de que incumbe la prueba de las obligaciones al que reclama su cumplimiento y la de su excepción al que se opone; todo ello sin perjuicio del deber genérico de objetividad y colaboración en la depuración de los hechos que pesa sobre la Administración, en consonancia con lo previsto en los artículos 78.1 y 80.2 de la citada LPAC.

Pues bien, la mercantil reclamante no ha probado la concurrencia de responsabilidad patrimonial en los hechos que denuncia; es más, de los documentos que une a su escrito inicial se desprende todo lo contrario de lo que en él afirma. Así, en el atestado de la Guardia Civil no se indica que fuese probable que el jabalí procediese de alguna de las reservas naturales existentes en lugares próximos al del accidente, muy al contrario la fuerza actuante, al folio 18 vuelto, en el apartado de “comentarios” sólo indica que el animal invade la calzada de forma repentina, colisionando con el vehículo. Por otro lado en el informe pericial de parte (folio 12) se afirma lo siguiente: *“hemos verificado el lugar del siniestro y es la carretera que une Archena con la A-30 y en ambos laterales hay fincas de huerta, con naranjos y limoneros y que no están acotadas para la caza, y no hay ningún coto. El jabalí, no sabemos de donde habrá salido, probablemente habrá bajado de la sierra a comer a las huertas”*.

Sin embargo la Administración sí que ha desplegado actividad probatoria de la que se deduce la inexistencia de aprovechamiento cinegético alguno (ni de titularidad pública ni privada), por lo que no cabe imputar a la Administración con competencia en materia de caza los daños sufridos por el vehículo de la asegurada de la reclamante, al no proceder el jabalí de terrenos sobre los que aquélla ostente la titularidad cinegética, ni por la omisión de los posibles deberes de vigilancia que le pudieran corresponder sobre cotos privados, pues tampoco existen éstos en las proximidades del lugar del siniestro, circunstancia esta última en la que coinciden tanto la Oficina Regional de Caza y Pesca, como el propio perito de la mercantil reclamante.

En consecuencia, no existe la necesaria y adecuada relación de causalidad entre el funcionamiento de los servicios públicos regionales competentes en materia de caza 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 desestimatoria de la reclamación, por considerar el Consejo Jurídico que 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.

No obstante, V.E. resolverá.



## DICTAMEN 139/2010

<b>Asunto</b>	Proyecto de Decreto por el que se establecen la intensidad de protección de los servicios, la cuantía de las prestaciones económicas, las condiciones de acceso y el régimen de compatibilidad de las prestaciones del sistema para la autonomía y atención a la dependencia en la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.
<b>Consultante</b>	Consejero de Política Social, Mujer e Inmigración (2007)
<b>Fecha</b>	15/07/2010

### Extracto de Doctrina

1. Tres son los tipos de prestaciones económicas cuya intensidad y forma de acceso se contemplan en el Proyecto: prestación económica vinculada al servicio, prestación económica para cuidados en el entorno familiar y prestación económica de asistencia personal; sin embargo, sólo en relación con la primera de ellas, es decir, las vinculadas a un servicio, se contempla en el artículo 31 un régimen de seguimiento y justificación, sin que consten en el expediente los motivos que haya tenido el órgano proponente para obviarlo en relación con las otras dos prestaciones. Esta omisión es especialmente criticable en relación con la prestación económica para cuidados en el entorno familiar, debido a que el Acuerdo del Consejo Territorial del SAAD para la mejora de la prestación económica para cuidados en el entorno familiar del SAAD (publicado en el BOE de 12 de marzo de 2010) contiene, en su apartado cuarto, una serie de criterios en relación con el seguimiento de la calidad de los cuidados, lo que aconseja abordar en este Proyecto la regulación de esta actividad.

2. La habilitación reglamentaria que se efectúa en esta Disposición resulta contraria al régimen de la potestad reglamentaria, en tanto que ésta corresponde de forma originaria al Consejo de Gobierno (artículo 32.1 EA) y, sólo por derivación, a los Consejeros, cuando les esté específicamente atribuida por una norma de rango legal (artículos 38 y 52.1 de la Ley 6/2004), a salvo su potestad reglamentaria propia en los aspectos puramente organizativos de su Departamento. En consecuencia, debido a la insuficiencia del rango normativo del Proyecto para efectuar esta habilitación, tal previsión debería suprimirse.

### ANTECEDENTES

**PRIMERO.-** Se inicia el expediente de elaboración del Proyecto de Decreto objeto del presente Dictamen con la remisión, mediante oficios fechados el 28 de julio de 2009, de un borrador del Proyecto a las entidades que a continuación se indican, con el fin de que formularan las alegaciones que estimasen convenientes:

- Federación de Municipios; Ayuntamientos de la Región; totalidad de Consejerías del Gobierno Regional; Comité Español de Representantes de Minusválidos (CERMI).
- Federación de Organizaciones a favor de las Personas con Discapacidad Intelectual y Parálisis Cerebral (FEAPS).
- Federación de Asociaciones de Disminuidos Psíquicos de Murcia (FADIS).
- Federación de Asociaciones de Padres con Hijos Deficientes Sensoriales de la Región de Murcia (FASEN).
- Federación de Asociaciones Murcianas de Personas con Discapacidad Física y/u orgánica (FAMDIF/COCEMFE).
- Federación de Enfermos Mentales Crónicos de la Región de Murcia (FEAFES).
- Federación de Asociaciones de Personas con Parkinson de la Región de Murcia.
- Federación de Asociaciones de Familiares de Alzheimer de la Región de Murcia (FFEDARM).
- Federación de Organizaciones de Mayores de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia (FOMCARM).
- Colegio Oficial de Diplomados en Trabajo Social y Asistentes Sociales de la Región de Murcia.

Constan en el expediente las siguientes alegaciones:

a) De CERMI, que propone una serie de modificaciones al contenido del Proyecto que se recogen en los folios 110 a 119 del expediente.

b) De FAMDIF/COCEMFE en relación con el artículo 25 del Proyecto por el que establece un mínimo de 160 horas contratadas al mes, para poder acceder al máximo de la prestación económica vinculada al Servicio de Ayuda a Domicilio o al de Asistencia Personal, pues consideran que se trata de una exigencia de imposible realización. Al respecto, se propone una redacción alternativa en el sentido que aparece reflejado a los folios 123 y 124 del expediente.

c) De FEAFES, adhiriéndose a las alegaciones presentadas por el CERMI en el Consejo Asesor Regional de Personas con Discapacidad.

d) De las Consejerías de Agricultura y Agua; Sanidad y Consumo; y de Cultura y Turismo, en las que afirman que, no afectando el contenido del Proyecto a las competencias propias de dichos Departamentos, no se efectúan observaciones.

e) De la Consejería de Presidencia y Administraciones Públicas, entre las que destacan la relativa a la imposibilidad de atribuir al Consejero competente por razón de la materia la competencia para dictar disposiciones complementarias del Decreto que se pretende aprobar, salvo que dicha facultad le esté legalmente reconocida; y la que hace referencia a la conveniencia de introducir la *vacatio legis* de 20 días prevista en el artículo 52.5 de la Ley 6/2004, de 28 de diciembre, del Estatuto del Presidente y del Consejo de Gobierno de la Región de Murcia (en lo sucesivo, Ley 6/2004).

f) Del Colegio Oficial de Diplomados en Trabajo Social y Asistentes Sociales de la Región de Murcia, en las que se formulan, en síntesis, las siguientes propuestas:

- La previsión que se contiene en el artículo 10.2 sólo debe ponerse en práctica cuando sean efectivos todos los recursos previstos en la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia (en adelante, LD) .
- En relación con los Planes de Prevención se solicita se desarrolle de forma específica y clara el tipo de planes, periodicidad, órganos responsables de su desarrollo, etc. (art. 11.2 del Proyecto).
- En lo que respecta al contenido del artículo 17, el Colegio reclama que no se vulnere el derecho del ciudadano a disfrutar del recurso previsto en su Plan Individualizado de Atención, y no se alargue más el proceso de aplicación y disfrute del recurso pidiéndole requisitos y documentación interminable, y se le conceda el recurso de Ayuda a Domicilio en su intensidad y contenidos previstos, sugiriendo que se lleve a cabo de igual o similar modo a como lo ha hecho la Comunidad Autónoma de Andalucía.
- Solicitan que la edad mínima para ser cuidador profesional (art. 33.1) se rebaje a 16 años, pues ésta es la edad mínima para la incorporación al trabajo.
- Ante la prohibición que establece el artículo 33.2 para ser cuidador profesional en el entorno profesional de más de dos dependientes, el Colegio afirma *“que en el caso de que la dedicación horaria del cuidador sea media o parcial, no vemos impedimento de que un mismo cuidador pueda prestar cuidado a dos miembros de una misma familia”*.
- Solicitan compatibilidad del Servicio de Promoción de la Autonomía Personal, con todos los servicios y prestaciones, en todos los grados y niveles existentes, con el fin de fomentar la autonomía (art. 37).
- Piden la compatibilización del Servicio de Ayuda a Domicilio con los demás servicios, así como con la prestación económica de cuidados en el entorno familiar, en el caso de que

la dedicación no sea plena, para ello se remiten al III Dictamen del Observatorio de la Dependencia, en el que se recoge que, en este sentido, la Comunidad Autónoma que mejor lo está haciendo es la de Castilla-La Mancha.

- En relación con el contenido del artículo 37, se solicita que en los supuestos de deducción de complemento de tercera persona del artículo 14 del Real Decreto 727/2007, de 8 de junio, sobre criterios para determinar las intensidades de protección de los servicios y la cuantía de las prestaciones económicas de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia (en adelante, RD 727/2007), la compatibilidad que se contempla en el citado artículo 37, se amplíe al 50%.
- Teniendo en cuenta que en nuestra Comunidad Autónoma existen recursos de atención residencial de 5 y 7 días de estancia, se debería compatibilizar una parte de la prestación económica de cuidados en el entorno familiar con el recurso de atención residencial de 5 días de duración, ya que durante los fines de semana y festivos, son las familias las que se hacen cargo de las personas en situación de dependencia.

**SEGUNDO.-** Seguidamente se procede a someter el texto a la consideración de los siguientes Órganos Consultivos:

a) Del Consejo Asesor Regional de Personas con Discapacidad que, según se desprende del certificado que se incorpora al expediente, lo informó favorablemente en su sesión del día 22 de junio de 2009, aunque se proponen una serie de modificaciones que se considera mejorarían el texto.

b) Del Consejo Asesor Regional de Infancia y Familia que lo informó favorablemente en su sesión del día 22 de junio de 2009, según se acredita con la certificación expedida por el Secretario de dicho Consejo.

c) Del Consejo Asesor Regional de Personas Mayores que, según certificado emitido por su Secretario, informó favorablemente el texto en su reunión del día 23 de junio de 2009, aunque con los votos en contra de las vocales representantes de los Sindicatos UGT y CC.OO., las cuales aportaron una serie de consideraciones en relación con Proyecto cuyo contenido figura a los folios 103 a 109, ambos inclusive.

d) Del Consejo Regional de Servicios Sociales que, tal como se acredita con la certificación que obra a los folios 101 y 102 del expediente, lo informó favorablemente en su reunión del día 30 de junio de 2009, con las sugerencias formuladas por alguno de sus miembros.

e) Del Consejo Regional de Cooperación Local, que lo informa favorablemente en su sesión del día 17 de diciembre de 2009, tal como se desprende del certificado emitido por su Secretaria.

**TERCERO.-** Seguidamente se incorpora al expediente la siguiente documentación:

a) Memoria de oportunidad redactada por el Jefe de Servicio de Desarrollo Normativo y Órganos de Participación de la Secretaría General de la Consejería consultante, con el conforme del titular de aquella, en la que, con el fin de dar cumplimiento a lo previsto en el artículo 53.1 de la Ley 6/2004, se recogen los fundamentos técnicos y jurídicos que amparan la aprobación del Decreto.

b) Informe sobre impacto por razón de género, elaborado por la misma unidad administrativa, en el que se concluye que el Decreto que se pretende aprobar no provoca ningún impacto en función del género en las distintas medidas que se establecen en el mismo.

c) Memoria Económica firmada por el Subdirector General de Pensiones, Ayudas y Programas de Inclusión, en la que, tras realizar un cálculo estimativo del coste económico que supondrían las compatibilidades entre prestaciones que se recogen en el Proyecto, concluye reflejando en un cuadro el gasto al que daría lugar la aprobación del Decreto.

d) Propuesta, fechada el 10 de septiembre de 2009, que el Secretario General de la citada Consejería eleva a su titular para que se proceda a redactar un Proyecto de Decreto que regule las características de las prestaciones, las condiciones concretas de acceso a las mismas y sus cuantías, en el ámbito de la Región de Murcia, a fin de facilitar al conjunto de los ciudadanos la efectividad de los derechos previstos en la LD.

f) Nuevo texto (con pequeñas variaciones respecto del último que figura en el expediente) que se remite, para su informe, al Servicio Jurídico de la Vicesecretaría de la Consejería consultante.

g) Informe de la Dirección General de Presupuestos que finaliza afirmando lo siguiente:



*“...esta Dirección General de Presupuestos considera que la aplicación del Decreto por el que se establecen la intensidad de protección de los servicios, la cuantía de las prestaciones económicas, las condiciones de acceso y el régimen de compatibilidad de las prestaciones del Sistema de Autonomía y Atención a la Dependencia en la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia tendrá una repercusión presupuestaria estimada en 3.916.821 euros para el ejercicio 2010 y que se mantendrá en los 3 años siguientes. No se hace referencia en la memoria económica a cómo se financiará ese importe.*

*Cabe suponer que dichos gastos se consolidarán en gran medida para ejercicios posteriores con sus correspondientes actualizaciones mientras esté vigente el mencionado Decreto. Los costes mencionados deberán financiarse con cargo a los presupuestos anuales del IMAS”.*

h) Informe del Servicio Jurídico de la Consejería consultante en el que, tras hacer referencia al objeto, a la competencia, al rango normativo y al procedimiento seguido en la tramitación del Proyecto, formula una serie de consideraciones en relación con la adecuación del contenido del Proyecto a las previsiones de la LD y del Real Decreto 727/2007.

Por otro lado, se argumenta a favor de la supresión de la *vacatio legis* el hecho de que la materia objeto de regulación del Proyecto produce efectos favorables para sus destinatarios, tales como la aplicación del régimen de compatibilidades de las prestaciones, quedando, pues, justificada su entrada en vigor al día siguiente al de su publicación en el BORM.

El informe jurídico concluye del siguiente modo: *“Una vez comprobado que el texto de la norma que se informa se ajusta al contenido competencial de la Región de Murcia, así como a las disposiciones de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia y demás normas de aplicación, por parte de este Servicio Jurídico se informa favorablemente el presente proyecto de decreto”.*

**CUARTO.-** Recabado el preceptivo dictamen del Consejo Económico y Social (CES) es emitido el día 19 de febrero de 2010, 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 destacan las siguientes:

a) Reitera la necesidad de elaborar un Plan Regional que garantice una oferta pública suficiente de recursos en la Red de Servicios Sociales de la Región de Murcia.

b) Sugiere que, con carácter general, se compatibilicen los Servicios de Centro de Día y Centro de Noche y de Promoción de la Autonomía Personal prestados en régimen de atención diurna con la Prestación Económica para Cuidados en el Entorno Familiar y Apoyo a Cuidadores no Profesionales.

c) Estima la conveniencia de que se habiliten un número suficiente de plazas de carácter temporal para que, mediante una adecuada planificación, se pueda dar respuesta a las situaciones en que este servicio está indicado.

d) Señala que no parece razonable que el pago de la prestación económica vinculada al servicio se realice con posterioridad al disfrute del mismo, máxime si se tiene en cuenta que hay beneficiarios que carecerán de recursos suficientes para hacerlo.

**QUINTO.-** Por la Asesora Facultativa de la Oficina para la Dependencia se emite, con fecha 15 de marzo de 2010, informe en el que se analizan las propuestas del CES y del Colegio Oficial de Diplomados en Trabajo Social y Asistentes Sociales de la Región de Murcia, señalando las que se acogen y las que se rechazan, razonando, en este último caso, las causas sobre las que se apoya la inadmisión.

En este mismo documento se indica que la aprobación por el Consejo Territorial del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia (en lo sucesivo, Consejo Territorial del SAAD), de un Acuerdo sobre determinación de las condiciones de acceso a la prestación económica de cuidados en el entorno familiar y apoyo a cuidadores no profesionales, obliga a introducir modificaciones en los artículos 33 y 34 del Proyecto, con el fin de adecuarlos al contenido de dicho Acuerdo.

**SEXTO.-** El borrador resultante se envía a la Dirección de los Servicios Jurídicos que, con fecha 16 de abril de 2010, emite informe favorable al Proyecto, aunque con una serie de observaciones que, casi en su totalidad, son incorporadas al nuevo borrador que se elabora.

**SÉPTIMO.-** Con fecha de registro de entrada de 4 de mayo de 2010, se ha recabado el preceptivo Dictamen del Consejo Jurídico sobre el Proyecto de Decreto, al que se acompaña el expediente administrativo y se invocan razones de urgencia a los efectos del plazo para la emisión del Dictamen.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

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

Compete al Consejo Jurídico emitir Dictamen preceptivo respecto a los proyectos de reglamentos o disposiciones de carácter general que se dicten en ejecución de leyes de la Asamblea Regional o que constituyan desarrollo legislativo de legislación básica del Estado (artículo 12.5 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico). Con este carácter se solicita la consulta y se emite el presente Dictamen, pues, se afirma, se trata de un Proyecto que se dicta en ejecución de la LD y del Real Decreto 727/2007.

La Consejería consultante pide, además, que se despache con carácter urgente, ruego que atiende este Consejo Jurídico en la medida que lo permite su carga de trabajo.

#### **SEGUNDA.- Sobre las competencias autonómicas en la materia y la habilitación legal.**

Sobre las competencias en la materia procede hacer una remisión al Dictamen 100/2010, emitido en relación con el Proyecto de Decreto por el que se fijan los criterios para determinar la capacidad económica de los beneficiarios y se establece su participación en la financiación de las prestaciones económicas y servicios del sistema de autonomía y atención a la dependencia en la CARM.

En relación con el Proyecto ha de estarse a lo previsto en distintos preceptos y disposiciones complementarias de la LD.

El artículo 8 LD establece que, además de las funciones que tiene expresamente atribuidas por la propia ley, corresponde al Consejo Territorial del SAAD, las siguientes:

*“b) Establecer los criterios para determinar la intensidad de protección de los servicios previstos de acuerdo con los artículos 10.3 y 15.*

*c) Acordar las condiciones y cuantía de las prestaciones económicas previstas en el artículo 20 y en la disposición adicional primera.*

*(...)*

i) *Establecer los mecanismos de coordinación para el caso de las personas desplazadas en situación de dependencia.*

(...)

k) *Servir de cauce de cooperación, comunicación e información entre las Administraciones Públicas”.*

El artículo 10.3 LD establece que el Consejo Territorial del SAAD establecerá los criterios para determinar la intensidad de protección de cada uno de los servicios previstos en el Catálogo de servicios del artículo 15 LD, y la compatibilidad e incompatibilidad entre los mismos, para su aprobación por el Gobierno mediante real decreto.

Por otro lado, la Sección II, del Capítulo II, del Título I LD, regula las prestaciones económicas según el siguiente detalle: prestación económica vinculada al servicio (art. 17); prestación económica para cuidados en el entorno familiar y apoyo a cuidadores no profesionales (art. 18); prestación económica de asistencia personal (art. 19); cuantía de las prestaciones económicas (art. 20). Este último precepto prevé que dicha cuantía “*se acordará por el Consejo Territorial del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, para su aprobación posterior por el Gobierno mediante Real Decreto*”.

Pues bien, previos los acuerdos adoptados en su sesión del día 9 de mayo de 2007 por el Consejo Territorial del SAAD, se aprueba el RD 727/2007. Según reza el Preámbulo de dicho Real Decreto las disposiciones que se establecen en el mismo en relación con las intensidades de protección de los servicios, compatibilidades e incompatibilidades entre los mismos y la cuantía de las prestaciones económicas, se refieren al contenido prestacional que constituye el derecho a la promoción de la autonomía y atención a las Personas en Situación de Dependencia, establecido en los niveles de protección 1º y 2º del artículo 7 LD, dando lugar, así, a un único Texto Normativo que regula lo que constituye el nivel acordado de protección del SAAD, sin perjuicio, afirma, de que las Comunidades Autónomas o Administración que, en su caso, tenga la competencia, dicten las normas de desarrollo y regulen las condiciones de acceso a las prestaciones y servicios, sobre el régimen jurídico y acreditación de los centros, así como sobre cualquier otra materia que, en el ejercicio de sus respectivas competencias, resulte necesaria para la aplicación de la LD.

Entre los criterios aprobados y recogidos en el RD 727/2007, es preciso referenciar que:

1.º La fijación de la intensidad de los servicios se realiza *“por el contenido prestacional de cada uno de los servicios asistenciales y por la extensión o duración del mismo según el grado y nivel de dependencia”* (art. 4.1).

2.º La determinación del concepto de servicios asistenciales como objeto de protección del SAAD, se realiza en contraposición a los de manutención y alojamiento; así se consideran servicios asistenciales *“los que ha de recibir la persona dependiente para su atención y cuidado personal en la realización de las actividades de la vida diaria, así como los que tienen como finalidad la proposición de su autonomía personal”* (art. 4.2).

3.º En el establecimiento de las intensidades de los servicios del catálogo, los criterios aprobados son mínimos, reproduciendo el contenido prestacional ya establecido en la ley. Sólo al determinar la intensidad correspondiente al Servicio de Ayuda a Domicilio se incluyen criterios de extensión o duración, estableciendo el número de horas de atención, mediante la fijación de un intervalo de horas en función de los grados y niveles de dependencia.

4.º Sobre la compatibilidad e incompatibilidad de las prestaciones deja un amplio margen a las Comunidades Autónomas para establecer compatibilidades entre los servicios.

Pues bien, son las indicadas condiciones básicas contenidas tanto en la LD como en el RD 727/2007, que garantizan la igualdad en el ejercicio del derecho a la promoción personal y atención a las personas en situación de dependencia, las que ahora se pretenden hacer efectivas, en razón de las competencias autonómicas propias, mediante la norma reglamentaria que se pretende aprobar, que tiene por objeto establecer la intensidad de protección de los servicios, la cuantía de las prestaciones económicas, las condiciones de acceso y el régimen de compatibilidad de las prestaciones del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia en la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.

Atendiendo a los fundamentos normativos anteriores se puede afirmar que el Proyecto objeto del presente Dictamen cuenta con suficiente habilitación normativa, siendo adecuado el rango que adopta, es decir, el de decreto.

**TERCERA.- Procedimiento de elaboración, contenido, sistemática y cuestiones gramaticales.**

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, si bien han de formularse las siguientes observaciones:

a) De conformidad con el apartado 1 del indicado precepto, el procedimiento de elaboración reglamentaria ha de iniciarse con una memoria que justifique la oportunidad de la norma proyectada, y que incluya la motivación técnica y jurídica, con el grado de detalle suficiente que requiera el caso, de las concretas determinaciones normativas propuestas. Sin embargo, como poníamos de manifiesto en el Dictamen 100/2010, ya citado, en este caso tampoco la memoria que obra a los folios 139 y siguientes del expediente, cumple plenamente con la función informadora que, sobre la intención del legislador, debería ofrecer este documento, pues se limita a exponer las razones que justifican la necesidad del Proyecto en su conjunto, pero carece de la motivación de las opciones que el órgano proponente ha considerado necesario incluir desde los primeros borradores en el texto y que constituyen una parte importante de su contenido normativo. Probablemente, a ello contribuya el hecho de que su incorporación al expediente haya sido muy tardía, una vez que ya se había desarrollado buena parte del procedimiento de elaboración de la norma (consulta a los Ayuntamientos, a las Consejerías, etc.), cuando lo idóneo es que las razones que justifican la necesidad y oportunidad de la disposición queden plasmadas desde el principio de la tramitación.

b) Por su parte, el número 3 de este mismo artículo, establece que, una vez elaborado el texto de un proyecto de disposición de carácter general que afecte a los derechos e intereses de los ciudadanos, el órgano directivo impulsor lo someterá a consulta de los posibles afectados bien de forma directa o bien a través de las organizaciones y asociaciones reconocidas que los representen, pudiendo ser obviado este trámite si las referidas organizaciones o asociaciones hubieran participado por medio de informes o consultas en el proceso de elaboración del texto de la disposición. Opción esta última seguida por la Consejería consultante, aunque no se ha motivado la decisión sobre el procedimiento escogido para evacuar dicho trámite de audiencia.

c) 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 el Colegio Oficial de Diplomados en Trabajo Social y Asistentes Sociales de la Región de Murcia.

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.

Ahora bien, 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, finalidad que era destacada por este Consejo Jurídico en su Memoria correspondiente al año 2007. A este respecto, el citado informe podría haber abordado, entre otras cuestiones, la relativa a la incidencia que el Proyecto vaya a tener sobre las mujeres que son las que vienen ocupándose del llamado “apoyo informal” a la dependencia y que, precisamente por esta causa, han quedado total o parcialmente excluidas del mercado laboral -de acuerdo con la Encuesta de Apoyo Informal a las Personas Mayores (IMSERSO 2004), el 84% de las personas que prestan cuidados informales son mujeres-.

No obstante lo anterior, este Órgano Consultivo reconoce que esta herramienta de evaluación transversal presenta ciertas dificultades para su aplicación por los centros directivos, sin el auxilio de personas u organismos especializados, recomendando a tales efectos la adopción para la elaboración de tales informes, al menos, de la metodología de los Protocolos elaborados por los organismos competentes para su aplicación (Guía para la evaluación del impacto de género elaborada por el Instituto de la Mujer de la Región de Murcia), como sugirió este Consejo Jurídico en la Memoria ya citada.

e) Se ha omitido la relación de disposiciones cuya vigencia resulte afectada por la futura norma.

f) Según el apartado 5 del citado artículo 53 los reglamentos regionales deberán ir acompañados, en todo caso, de una disposición derogatoria en la que expresamente se hagan constar los preceptos reglamentarios derogados o modificados por la publicación del nuevo texto.

g) En lo que respecta al cumplimiento en el procedimiento del obligado trámite de solicitar dictamen de este Consejo Jurídico, y más concretamente en lo que se refiere a los requisitos formales exigidos para formalizar consulta, hay que señalar que, según establece el artículo 46.2,c),1º del Decreto 15/1998, de 2 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo Jurídico de la Región de Murcia, a la consulta se ha de unir copia autorizada del proyecto de disposición de carácter general que constituya su objeto. El cumplimiento de este trámite se lleva a cabo de forma inidónea mediante una diligencia en documento separado del Secretario General de la Consejería consultante.

II. El Proyecto de Decreto sometido a consulta consta de una parte expositiva innominada; una dispositiva constituida por treinta y ocho artículos, y una parte final integrada por una disposición transitoria y dos 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, 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. 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.

Por otro lado también cabe destacar que la intitulación del Proyecto resulta excesivamente larga y farragosa, contradiciendo lo que al respecto señalan las citadas Directrices que afirman que el nombre de la disposición es la parte del título que indica el contenido y objeto de aquélla, la que permite identificarla y describir su contenido esencial. La redacción del nombre deberá ser clara y concisa y evitará la inclusión de descripciones propias de las parte dispositiva, de ahí que se debiera realizar un esfuerzo de simplificación en la leyenda del Título del Proyecto.

b) Debe eliminarse el guión que se sitúa detrás del número de alguno de los artículos del Proyecto (Directriz 29).

c) A tenor de la Directriz 31 de las mencionadas, el artículo se divide en apartados, que se numerarán con cardinales arábigos, en cifra. Cuando deba subdividirse un apartado, se hará en



párrafos señalados con letras minúsculas, ordenadas alfabéticamente. Cuando el párrafo o bloque de texto deba, a su vez, subdividirse, circunstancia que ha de ser excepcional, se numerarán las divisiones con ordinales arábigos (1.º, 2.º..., según proceda). No podrán utilizarse, en ningún caso, guiones o asteriscos ni otro tipo de marcas en el texto de la disposición.

Consecuentemente con lo anterior, deben suprimirse los guiones que se usan en los artículos 6 y 16 para subdividir los párrafos, sustituyendo dichos signos por números ordinales arábigos.

IV. Se debe proceder a una minuciosa revisión del texto, con el fin de subsanar las deficiencias gramaticales que en él se detectan: falta o uso erróneo de signos de puntuación, falta de concordancia de número, uso incorrecto de mayúsculas, etc. 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:

- En el artículo 10.2, en el primer renglón, se debe sustituir “al” por “de”.
- En el artículo 15 deben suprimirse los guiones que figuran junto con los paréntesis de cierre de los apartados. Además, en el apartado c) se debe sustituir la expresión “y/o” por la conjunción “o”, pues, como ha señalado reiteradamente este Órgano Consultivo, el uso de esta conjunción no es excluyente, de forma que puede indicar uno, otro o ambos (para indicar sólo uno u otro se emplea la fórmula “o...o...”).
- En el artículo 36 debe suprimirse la numeración asignada al primer párrafo, puesto que sólo hay un apartado.
- Uso indiscriminado de la mayúscula y la minúscula, lo que es observable en varios preceptos del texto.

#### **CUARTA.- Observaciones de carácter general.**

I. La LSSRM configura en su artículo 2.1 un Sistema de Servicios Sociales que da cabida al conjunto coordinado de recursos, actividades, prestaciones, equipamiento y demás actuaciones de protección orientadas a la prevención, atención y promoción social de todos los ciudadanos en el ámbito territorial de la Región de Murcia, que desplegarán su acción asistencial con base en los principios contenidos en el artículo 5 y atendiendo a los sectores de población que se indican en el artículo 10.

La Comunidad Autónoma de la Región de Murcia ha ido desarrollando una serie de instrumentos normativos (algunos anteriores a la LSSRM) a través de los cuales se ha concretado su política social. Entre estos instrumentos cabe citar, en lo que aquí interesa, el Decreto 31/1994, de 25 de febrero, sobre ingreso y traslado en centros residenciales de la Administración Regional para personas mayores; el Decreto 54/2001, de 15 de junio, de autorizaciones, organización y funcionamiento del registro de Entidades, Centros y Servicios Sociales de la Región de Murcia y de la Inspección; el Decreto 69/2005, de 3 de junio, por el que se establecen las condiciones mínimas que han de reunir los centros residenciales para personas mayores de titularidad pública o privada; o el Decreto 50/1996, de 3 de julio, sobre ingreso y traslado en centros ocupacionales de la administración regional para personas con deficiencia intelectual.

Este elenco normativo constituye el pilar sobre el que se ha asentado una parte importante del sistema de servicios sociales autonómico, el cuál está variando con la incorporación del SAAD, no sólo porque la atención a la dependencia se establezca como un derecho subjetivo, sino porque derivado de ello, es necesario articular un nuevo modelo de atención a las personas y un sistema de gestión capaz de atender a la nueva situación que se crea. No cabe duda que tanto el Proyecto objeto del presente Dictamen, como otros que ya han sido informados por este Órgano Consultivo, tratan de dar respuesta a las exigencias que se plantean en relación con la tarea de aplicación de la LD, pero en este proceso de producción normativa no puede ni debe olvidarse que la creación de estas nuevas formas de gestión debe articularse en el seno de estructuras ya consolidadas, de modo que el SAAD se imbrique en el funcionamiento de los Servicios Sociales ya existentes que atienden a otros colectivos que, por imperativo de la LSSRM y sus normas de desarrollo, son beneficiarios, cuando cumplen los requisitos para ello, de dicho Sistema, sin que resulte necesario tener reconocido un grado de dependencia (personas mayores, personas con discapacidad física o mental sin dependencia).

II. En diversos preceptos del Proyecto que se dictamina se hace referencia al régimen de acreditación de los centros, servicios y entidades, supeditando la prestación o actuación de éstos a la correspondiente acreditación con arreglo al régimen jurídico vigente en la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.

Al respecto resulta conveniente destacar que el artículo 16 LD atribuye a las Comunidades Autónomas la competencia para acreditar centros, servicios y entidades, si bien en el artículo 34.2 encomienda al Consejo Territorial del SAAD la fijación de los criterios comunes de acreditación. Dando cumplimiento a dicho mandato legal el citado Consejo adoptó un Acuerdo sobre criterios comunes de acreditación para garantizar la calidad de los centros y servicios del SAAD, que fue

publicado mediante Resolución de 2 de diciembre de 2008, de la Secretaría de Estado de Política Social, Familias y Atención a la Dependencia y a la Discapacidad, en el BOE de 17 de diciembre de 2008. En el apartado primero de dicho Acuerdo se establece que serán sujetos de la acreditación los centros, servicios y entidades privadas, concertadas o no, aunque el apartado séptimo hace extensiva dicha exigencia a los centros y servicios públicos, al disponer que *“siendo la persona en situación de dependencia la que hace uso de los recursos contemplados en la Ley, las exigencias mínimas de calidad han de garantizársele con independencia de la titularidad de los mismos. En consecuencia, los centros y servicios públicos habrán de cumplir, al menos, los mismos requisitos y estándares de calidad que se exijan para su acreditación a los centros y servicios privados”*.

Por otro lado el apartado octavo establece que las Comunidades Autónomas, o administración que en su caso tenga la competencia, articularán las fórmulas de habilitación provisional de los centros, servicios y entidades, hasta tanto dicten las nuevas normas sobre acreditación adaptadas a los criterios que se contienen en dicho Acuerdo que, en todo caso, estarán en vigor antes del transcurso de doce meses desde su aprobación.

De lo anterior cabe concluir que, en relación con la acreditación de los centros, servicios y entidades que actúen en el ámbito del SAAD, resulta obligado adecuar el régimen jurídico existente en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, a los criterios comunes adoptados por el Consejo Territorial del SAAD en el Acuerdo antes citado, que tiene como finalidad garantizar una prestación de calidad con independencia del lugar del territorio del Estado español donde se resida.

III. En los artículos 13, 15, 17, 19 y 22 del Proyecto se establecen las condiciones de acceso a los distintos Servicios del Catálogo, con unas previsiones prácticamente idénticas, por lo que se sugiere a la Consejería consultante recoger en un solo precepto dichas condiciones, ubicándolo en el Capítulo I, Disposiciones General, del Título II, Intensidad de protección de los Servicios y condiciones de acceso.

IV. A tenor de lo establecido en la Disposición adicional octava de la Ley 7/2005, de 18 de noviembre, de Subvenciones de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, quedan excluidas de su ámbito de aplicación, rigiéndose por su normativa específica, las ayudas concedidas por el IMAS que en dicha Disposición se indican, así como aquellas que en el futuro puedan sustituirlas por atender a la misma finalidad. Cabe entender que las prestaciones económicas establecidas en el marco normativo configurado por la LD, el Real Decreto 727/2007 y el Decreto regional que ahora se pretende aprobar, constituyen ayudas asimilables a las

contenidas en la citada Disposición adicional octava y, por lo tanto, su régimen de justificación ha de contenerse en las normas a través de las cuales se regulen.

Tres son los tipos de prestaciones económicas cuya intensidad y forma de acceso se contemplan en el Proyecto: prestación económica vinculada al servicio, prestación económica para cuidados en el entorno familiar y prestación económica de asistencia personal; sin embargo, sólo en relación con la primera de ellas, es decir, las vinculadas a un servicio, se contempla en el artículo 31 un régimen de seguimiento y justificación, sin que consten en el expediente los motivos que haya tenido el órgano proponente para obviarlos en relación con las otras dos prestaciones. Esta omisión es especialmente criticable en relación con la prestación económica para cuidados en el entorno familiar, debido a que el Acuerdo del Consejo Territorial del SAAD para la mejora de la prestación económica para cuidados en el entorno familiar del SAAD (publicado en el BOE de 12 de marzo de 2010) contiene, en su apartado cuarto, una serie de criterios en relación con el seguimiento de la calidad de los cuidados, lo que aconseja abordar en este Proyecto la regulación de esta actividad.

#### **QUINTA.- Observaciones particulares al texto.**

##### **I. Título I. Disposiciones generales.**

###### **- Artículo 2. Ámbito de aplicación.**

El contenido de este artículo resulta innecesario pues el ámbito de aplicación ya viene definido en el artículo 1. Se sugiere, por un lado, modificar la leyenda de éste reflejando la de “Objeto y ámbito de aplicación” y, por otro, eliminar el artículo 2.

###### **- Artículo 4. Red de servicios y centros.**

a) El apartado 1, c) sólo contempla la posibilidad de concertar con centros y servicios gestionados por las entidades contempladas en el artículo 2.8 LD, es decir, aquellas *“organizaciones de carácter privado surgidas de la iniciativa ciudadana o social, bajo diferentes modalidades que responden a criterios de solidaridad, con fines de interés general y ausencia de ánimo de lucro, que impulsan el reconocimiento y el ejercicio de los derechos sociales”*. El Proyecto excluye de esta manera la posibilidad de que, mediante concierto, se incorporen a la Red de Servicios del SAAD centros gestionados por entidades privadas con ánimo de lucro. Ciertamente la LD, en su artículo 16.2, establece que las Comunidades Autónomas, al regular la incorporación a la

red de los centros privados concertados tendrán en cuenta de manera especial los correspondientes al tercer sector, es decir, los definidos en el artículo 2.8, pero ello no implica una exclusión de los gestionados con ánimo de lucro.

b) Los centros privados no concertados no se integran en la Red de Servicios y centros del SAAD, sólo prestan, en los supuestos contemplados en la LD, servicios para personas en situación de dependencia. Por ello se sugiere modificar la redacción del apartado 2 del artículo 4 del Proyecto, adecuándola de mejor forma a la que se contiene en el artículo 16.3 LD.

c) Por otro lado, tanto en el régimen jurídico actual como en el que pueda desarrollarse con apoyo en los criterios comunes sobre acreditación de servicios, centros y entidades, aprobados por el Consejo Territorial del SAAD, la exigencia de acreditación alcanza no sólo a los centros privados, concertados o no, sino también a los públicos.

- Artículo 5. Beneficiarios.

El contenido de este precepto ha de ponerse en relación con el artículo 5 LD que establece los requisitos para ser titular de los derechos reconocidos en la misma. Se sugiere una redacción como la siguiente o similar: "Tendrán la consideración de beneficiarios de las prestaciones reguladas en este decreto, las personas que reúnan los requisitos señalados en el artículo 5 de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia, y tengan su residencia en la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia en el momento de formular su solicitud".

- Artículo 6. Servicios y Prestaciones Económicas por grado y nivel.

En el catálogo de servicios que se recoge en este precepto debería figurar el de prevención de la situación de dependencia (artículos 14 LD y 2 RD 727/2007). La inclusión que se propone sería, además, más coherente con el contenido del Capítulo II del Título I del Proyecto, que sí regula de modo específico la intensidad de este servicio.

- Artículo 7. Efectividad del derecho a los Servicios y Prestaciones Económicas.

Dos cuestiones suscita el análisis de este precepto. La primera de ellas en relación con la conveniencia de que la efectividad en relación con las dos clases de prestaciones del SAAD

(servicios y prestaciones económicas), se recogiese por separado en los títulos del Proyecto destinados a regular cada una de esas prestaciones.

La segunda la constituye la necesidad de adecuar las previsiones que se contienen en el precepto a la reciente modificación que en la LD ha operado el Real Decreto-Ley 8/2010, de 20 de mayo, por el que se adoptan medidas extraordinarias para la reducción del déficit público.

## II. Título II. Intensidad de los Servicios y condiciones de acceso.

### A) Capítulo I. Disposiciones Generales.

#### - Artículo 10. Preferencia en el acceso a los servicios.

Con base en el artículo 14.2 LD se establece en este precepto la prioridad de las personas declaradas dependientes para su acceso a la Red de Servicios Sociales de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia. Pues bien, en la línea que se indica en la Consideración Cuarta, I de este Dictamen, el contenido de este artículo evidencia la necesidad de crear un modelo integrado de Servicios Sociales que, atendiendo a las exigencias que se desprenden de la implantación de SAAD, no menoscabe los derechos del resto de usuarios de la Red de Servicios Sociales.

### B) Capítulo II. Servicios de Prevención de la Situación de Dependencia y Promoción de la Autonomía Personal.

#### - Artículo 11. Intensidad del Servicio de Prevención de las Situaciones de Dependencia.

a) En el apartado 1 debe concretarse que los servicios que recibirán los dependientes con el objeto de prevenir el agravamiento de su grado y nivel de dependencia, serán de prevención. Con tal fin, en el primer renglón, debe incluirse dicho vocablo entre “servicios” y “con el”.

b) La atribución al Consejo Territorial del SAAD para acordar los criterios, recomendaciones y condiciones mínimas que deben cumplir los Planes de Prevención de las Situaciones de Dependencia que elaboren las Comunidades Autónomas, incluida, como es lógico, la de la Región de Murcia, viene dada por el artículo 21 LD, cuya cita resulta obligatoria en el apartado 3 del artículo 11 del Proyecto.

- Artículo 12. Intensidad del Servicio de Promoción de la Autonomía Personal.

Tal como señala el Consejo de Estado en su Dictamen 1124/2007, emitido en relación con el Proyecto del actual Real Decreto 727/2007, la LD, en la redacción con la que fue finalmente aprobada, la categoría de servicios de promoción de la autonomía personal y de atención y cuidado, constituye una rúbrica general dentro de la que se engloban, sin distinciones ulteriores, todos los servicios señalados y, por lo tanto, carente de un concreto contenido. Sin embargo, el Real Decreto 727/2007, en su artículo 6 dota a dicho servicio de un contenido específico, el cual es asumido literalmente por el Proyecto objeto de Dictamen en el apartado 2 del artículo 12, adicionando otros contenidos en el apartado 3.

Del examen conjunto del Proyecto parece desprenderse que, a pesar de la configuración específica de este servicio, no se está creando, en lo que se refiere al denominado servicio genérico -apartado 3,a)-, una nueva categoría de servicios al margen de las previsiones legales. Sin embargo, en lo que respecta al que se contempla en el apartado 3,b), servicio especializado, si se considera que en definitiva se está refiriendo a los servicios residenciales, los de ayuda a domicilio o los de centro de día, dirigidos a los colectivos que se recogen en el precepto, la configuración independiente que se le da no resulta necesaria, a juicio de este Órgano Consultivo, y sí creadora de posibles distorsiones en el funcionamiento del SAAD, pues un servicio residencial, por ejemplo, cuyo beneficiario fuese una persona con discapacidad física se regiría por lo previsto en los artículos 21 y siguientes del Proyecto, en tanto que si la discapacidad lo es de carácter intelectual lo haría por lo establecido en el artículo que ahora nos ocupa. Si por el contrario se estuviese creando una nueva categoría de servicio al margen de las previsiones de la LD y del RD 727/2007, la norma que se pretende aprobar carecería de cobertura para ello.

C) Capítulo III. Servicio de Teleasistencia.

- Artículo 14. Intensidad del Servicio de Teleasistencia.

El Consejo Jurídico considera que limitar las actuaciones propias de este servicio a la utilización del teléfono no resulta acorde con el nivel de desarrollo tecnológico existente en materia de comunicaciones; de ahí que se proponga sustituir la concreta referencia a dicho medio por otra más amplia como la siguiente o similar: "...mediante el uso de tecnologías de la comunicación y de la información...".

D) Capítulo IV. Servicio de Ayuda a Domicilio.

- Artículo 16. Intensidad del Servicio de Ayuda a Domicilio.

En el apartado 2, a) se prevé, entre las atenciones de carácter personal que configuran este servicio, la *“administración, si procede, de la medicación simple prescrita por personal facultativo, así como la observación del estado de salud para la detección y comunicación de cualquier cambio significativo”*. Se trata de actuaciones tendentes a establecer una interacción entre la prestación sanitaria y la asistencial, pero, a juicio de este Órgano Consultivo, resultaría más adecuada una redacción que contemplase una coordinación de carácter general que diera cabida a cualquier acción que resultase pertinente en cada caso concreto. Se sugiere sustituir esta previsión por una similar a la contemplada en la Orden 2455/2007, de 7 de agosto, del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, por la que se establece que el programa individual de atención podrá prever la supervisión y coordinación con los servicios sanitarios (art. 10.2).

E) Capítulo V. Servicio de Día y Centro de Noche.

- Artículo 18. Intensidad del Servicio Centro de Día y Centro de Noche.

a) Se sugiere revisar la previsión que se contiene en el apartado 7 de “garantizar” el transporte adaptado a todo beneficiario de este Servicio. Quizá resultara conveniente establecer con carácter general la posibilidad de incorporar dicho transporte y garantizarlo a partir de un determinado grado de dependencia.

b) Las siglas AVD utilizadas para referirse a las “Actividades Básicas de la Vida Diaria”, deben sustituirse por las usadas en la LD en su art. 2.3 (ABVD). Esta observación se hace extensiva a cuantas ocasiones aparezcan dichas siglas en el texto que se dictamina.

c) Se considera conveniente suprimir el término “etc.” repetidamente utilizado en el apartado 3 de este artículo, porque, como afirma el Consejo de Estado en su Dictamen 349/1994 y mantiene también este Órgano Consultivo entre otros en su Dictamen 63/2010, no resulta apropiado en el texto de una norma jurídica debido a la amplitud e indefinición que le caracterizan. Esta observación se hace extensiva a cuantas ocasiones aparezca dicho término en el Proyecto.

F) Capítulo VI. Servicio de Atención Residencial.

- Artículo 21. Intensidad del Servicio de Atención Residencial.



a) La determinación de la intensidad de los servicios y programas de los centros residenciales ha de efectuarse atendiendo a los grados y niveles de dependencia (art. 25.2 LD y 10.4 RD 727/2007), por ello resultaría más adecuado precisar en el apartado 2.b) que las necesidades que se atenderían serían las derivadas del grado y nivel de dependencia del beneficiario.

b) En relación con el apartado 4 debe suprimirse la previsión que establece sobre el hecho de que “el servicio de estancias temporales en centros residenciales se podrá prestar en los centros residenciales debidamente acreditados al efecto”, pues tal circunstancia ya se exige, con carácter general, para todo tipo de atención residencial, es decir, permanente o temporal, en el apartado 1 de este mismo artículo. Por otro lado, la condición que se establece al final del apartado para acceder a una estancia temporal, consistente en que la plaza no esté ocupada o reservada en régimen de residencia ordinaria (sería más preciso decir “permanente”), encontraría una mejor ubicación en el artículo 23, precepto que regula con carácter específico este tipo de estancia.

- Artículo 23. Estancias temporales en Residencias.

a) El carácter temporal del servicio justifica que su duración sea limitada y así debería hacerse constar en el apartado 1 de este precepto, pues el hecho de que se exija su predeterminación no conlleva, por sí misma, una limitación.

b) La intensidad de este servicio debe fijarse, atendiendo a lo que al efecto establece el artículo 10 RD 727/2007, en función de la disponibilidad de plazas del SAAD en nuestra Comunidad Autónoma y del número de personas atendidas mediante cuidados en el entorno familiar.

c) En el apartado 2 debe sustituirse el término “aconsejen” por otro más apropiado para el reconocimiento del derecho a recibir un servicio del SAAD. Por otro lado, aunque no se observan diferencias sustanciales con lo previsto en el artículo 10.1 RD 727/2007, resultaría más clarificador adecuar la redacción del Proyecto a la que, al respecto, se contiene en dicho Real Decreto.

d) La compatibilidad que se establece en los dos últimos párrafos del precepto cuyo análisis nos ocupa, estaría sistemáticamente mejor ubicada en el Título IV del Proyecto, destinado, precisamente, a regular las compatibilidades de los servicios y prestaciones económicas.

En cualquier caso, se ha de resaltar la inseguridad que genera el último párrafo, que supedita la posible continuidad en la situación de compatibilidad más allá del límite de 30 días establecido en el párrafo anterior a “causas suficientemente justificadas”, sin que en ningún caso se concreten cuáles puedan ser éstas.

Si se optase por mantener la regulación de la compatibilidad en este artículo, se debe proceder a numerar su contenido como apartado 3.

- Artículo 25. Incomparecencia para el ingreso de la persona beneficiaria en los centros residenciales.

Se debe recoger en este precepto, tal como se ha hecho en el artículo 20 en relación con el servicio de Centro de día o Centro de Noche, que la resolución por la que se declare al beneficiario del servicio residencial decaído en su derecho al ingreso, deberá acordarse, en todo caso, previa audiencia del interesado o su representante.

### III. Título III. Determinación de la cuantía de las prestaciones económicas.

El Título III tiene un objeto más amplio que el señalado por su leyenda, puesto que incluye la definición y forma de acceso a cada una de las prestaciones económicas. Se sugiere modificar la denominación del Título con el fin de adecuarlo a su contenido.

#### A) Capítulo I. Disposiciones Generales.

En este Capítulo se contienen las disposiciones generales en relación con la determinación de la cuantía de las prestaciones económicas, operación en la que además de utilizar los preceptos que en él se integran, se van a tener en cuenta otra serie de normas, de ahí la importancia de que la sistemática y redacción que se siga revista la suficiente claridad y concreción para evitar confusiones que puedan desembocar en indeseadas situaciones de inseguridad jurídica.

El Consejo Jurídico propone que se revise el texto en su estado actual y se proceda, si así se considera adecuado, a configurarlo del siguiente modo:

1. El primer artículo (núm. 26) de este Capítulo debería destinarse a recoger lo dispuesto en el artículo 27 del Proyecto, pero como quiera que la redacción de este último precepto no resulta

todo lo precisa que sería de desear, conviene revisar su contenido y adecuarlo a los términos que se establecen en el artículo 13.1 RD 727/2007.

2. Para dotar al precepto de una mayor claridad considera el Consejo que podría resultar adecuado introducir un nuevo artículo (núm. 27), en el que se estableciese que el importe de la prestación económica a reconocer a cada beneficiario se determinará deduciendo de la cuantía a que se refiere el artículo anterior (el determinado anualmente por Real Decreto por el Gobierno de la Nación), la aportación económica que corresponda por participación en el coste de las mismas, según las previsiones contenidas en el Decreto 126/2010, de 28 de mayo, por el que se establecen los criterios para determinar la capacidad económica de los beneficiarios y su participación en la financiación de las prestaciones económicas y servicios del Sistema de Autonomía y Atención a la Dependencia en la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia (en los sucesivos, Decreto 126/2010).

Conviene que en este artículo se recoja que los beneficiarios de las prestaciones económicas percibirán, como mínimo, los porcentajes que se garantizan en el citado Decreto 126/2010 para cada una de las prestaciones económicas.

3. En otro artículo, que sería el número 28 según la propuesta de este Consejo, y cuyo contenido se correspondería con el actual 26 del Proyecto, se procedería a establecer la intensidad de las prestaciones económicas. En relación con la redacción que ahora mismo presenta el citado artículo, cabe realizar las siguientes observaciones:

a) La previsión que se contiene en este precepto (que es prácticamente una reproducción de la que se contempla en la Orden del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, de 7 de agosto de 2007, para el ámbito territorial de Ceuta y Melilla) en relación con la totalidad de las prestaciones económicas, no parece adecuada cuando se trata de prestaciones económicas vinculadas al servicio, de ahí que se sugiera seguir el modelo acogido por la Orden de 3 de agosto de 2007 de la Consejería para la Igualdad y Bienestar Social de la Junta de Andalucía, reservando la vinculación entre la cuantía de las prestación económica y la dedicación horaria de los cuidados para las prestaciones destinadas a cuidados en el entorno familiar y de asistencia personal.

b) De no acogerse la anterior sugerencia sí que resultaría necesario establecer que en la prestación vinculada al servicio de atención residencial la cuantía efectiva a percibir por el beneficiario sería del 100%, pues la atención de la persona dependiente en un centro residencial es de 24 horas al día.

c) En lo que se refiere a la previsión que se contiene en el último párrafo de este artículo relativo a determinar la dedicación en la prestación económica vinculada al Servicio de Ayuda a Domicilio, no se comprende cómo se ha de efectuar su cálculo con la mera remisión a las previsiones del artículo 16.3 del Proyecto. Parece conveniente completar la regulación estableciendo un procedimiento igual o similar al que se recoge en el artículo 17.5 *in fine* de la citada Orden de la Junta de Andalucía.

d) Tal como aparece redactado el cuadro mediante el que se establece la relación entre el tipo de dedicación y el número de horas al mes de los cuidadores, para obtener una calificación plena sería preciso que la dedicación horaria fuese superior a 160. No es esta la solución adoptada ni por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales ni por otras Comunidades Autónomas, que sitúan dicha dedicación plena en 160 horas o más. Considera el Consejo que sería conveniente revisar esta tabla y cerciorarse que su contenido se corresponde con la intención real del redactor de la norma, pues por la sola diferencia de una hora se obtendrían consecuencias jurídicas distintas según el territorio en el que residiese el beneficiario de la prestación.

4. Un nuevo artículo, el 29, debería establecer el modo en el que se llevaría a cabo el abono de las prestaciones económicas, teniendo en cuenta para ello lo establecido en la LD (Disposición Final primera) con las modificaciones introducidas por el Real Decreto-Ley 8/2010, de 20 de mayo, por el que se adoptan medidas extraordinarias para la reducción del déficit público.

5. Finalmente, como precepto de cierre se debe incluir un último artículo, el 30, por el que se estableciese que de la cuantía a reconocer que resulte de la aplicación de los anteriores artículos deberá deducirse cualquier otra prestación de análoga naturaleza y finalidad establecida en los regímenes públicos de protección, de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 LD, en el 14 RD 727/2007 y en el 19 del Decreto 126/2010.

6. De aceptarse la sugerencia de este Órgano Consultivo en relación con el Capítulo cuyo análisis se acaba de realizar, se debe proceder a una reenumeración del resto de artículos del Proyecto.

## B) Capítulo II. La Prestación Económica Vinculada al Servicio.

- Artículo 28. Definición y objeto.

Resultaría conveniente que en el apartado 2 quedara claro que la adquisición del servicio debe ser de entre los que se contemplen en Programa Individual de Atención, de ahí que se sugiera modificar la redacción actual por la siguiente o similar: “Esta prestación económica de carácter personal estará, en todo caso, vinculada a la adquisición por el beneficiario de un servicio establecido en su Programa Individual de Atención”.

- Artículo 29. Inexistencia o insuficiencia de servicios.

a) Sería más adecuado desdoblarse el contenido del apartado 1 regulando separadamente los supuestos en los que se considerará inexistente o insuficiente el servicio cuando éste sea el de atención residencial o el de Centro de Día o de Noche, pues la distinta naturaleza de ambos servicios justifica un tratamiento diferente para cada uno de ellos.

b) Para considerar la no idoneidad de un Centro de Día o de Noche en relación con un potencial beneficiario se adopta el criterio de la lejanía, optando por determinar ésta en relación con la distancia (más de 45 Kms. del domicilio del interesado). No se puede objetar la elección, pero sí considera el Consejo Jurídico que no todas las distancias coincidentes en kilómetros lo son también en tiempo empleado para recorrerlas, pues esto último depende de las condiciones de las vías, de los medios de locomoción utilizados, de las paradas que se hayan de realizar, etc., de ahí que este Órgano Consultivo sugiera la posibilidad de establecer un sistema que aúne ambas variables, es decir, distancia y tiempo.

- Artículo 31. Pago y justificación del mantenimiento de la prestación.

El CES en su Dictamen afirmaba lo poco razonable que, a su juicio, resultaba que el pago de la prestación económica vinculada al servicio se realizara con posterioridad al disfrute del mismo, máxime si se tiene en cuenta que hay beneficiarios que carecen de recursos suficientes para adelantar dicho pago. La Consejería consultante, pretendiendo dar cumplimiento a la sugerencia del CES, modifica la redacción del precepto que, actualmente, es del siguiente tenor:

*“El pago de la prestación económica vinculada al servicio se efectuará mensualmente. Para su reconocimiento, la persona interesada deberá haber acreditado que ha realizado el abono del servicio al que se vincula la prestación económica concedida”.*

El Consejo Jurídico considera que esta redacción resulta poco clarificadora y que en ella se confunden situaciones jurídicas bien distintas como son la correspondiente al reconocimiento del

derecho a percibir la prestación económica, por un lado, y la del abono de la cantidad reconocida, por otro. En este sentido parece adecuada una regulación en la que se vincule el reconocimiento del derecho a la prestación económica mensual con la acreditación de la contratación del servicio y que ello constituya requisito suficiente para el abono de la primera mensualidad; el pago de la segunda y siguientes se puede vincular a la justificación, mediante la aportación de la factura, certificado o documento similar, del gasto correspondiente a la mensualidad anterior, a cuyo fin se puede establecer un plazo con una duración razonable que permita al beneficiario o su representante llevar a cabo dicha operación con cierta holgura.

C) Capítulo III. La prestación económica para cuidados en el entorno familiar y apoyo a cuidadores no profesionales.

La regulación que se lleva a cabo en el Proyecto (artículos 32, 33 y 34) de este tipo de prestación ha de adecuarse al contenido del Acuerdo adoptado por el Consejo Territorial del SAAD para la mejora de la calidad de la prestación económica para cuidados en el entorno familiar del SAAD, publicado mediante Resolución de 4 de febrero de 2010, de la Secretaría General de Política Social y Consumo (en lo sucesivo, Acuerdo), a cuyo efecto se debe revisar el texto y modificar aquellos extremos del mismo que no se adecuen al citado Acuerdo.

Sin perjuicio de lo anterior se formulan diversas cuestiones que, a juicio de este Órgano Consultivo, deben atenderse en relación con estos preceptos:

- Artículo 32. Definición y objeto.

La definición de cuidados no profesionales que se contiene en el artículo 32 debe completarse para adecuarla a la prevista en el artículo 2.5 LD; para ello debe intercalarse la expresión “en su domicilio” entre “dependencia” y “por persona de su familia”.

- Artículo 33. Condiciones de acceso a la Prestación Económica para Cuidados en el Entorno Familiar y Apoyo a Cuidadores no Profesionales.

a) En el apartado 1 se establece, entre los requisitos para acceder a la prestación económica para cuidados en el entorno familiar y apoyo a cuidadores no familiares, el de “que los cuidados que se deriven de su situación de dependencia se estén prestando...”. Obviamente se está refiriendo al beneficiario, pero como quiera que es la primera vez que lo hace en este precepto, se debe sustituir el adjetivo posesivo “su” por el sustantivo “beneficiario”, quedando la

redacción del precepto del siguiente modo: “Que los cuidados que se deriven de la situación de dependencia del beneficiario se estén prestando...”.

b) En el apartado 3 junto con la convivencia en el mismo domicilio debe incluirse como elemento referencial de condición adecuada, la proximidad física, en los términos que se indican en el apartado 5 del Acuerdo.

c) El apartado 4 debe completarse en el sentido de que el Programa Individual de Atención, además de determinar la adecuación de la prestación, debe dejar constancia de que se dan las adecuadas condiciones de convivencia y relación (apartado 5 del Acuerdo).

- Artículo 34. Requisitos del cuidador no profesional.

a) En el apartado 1,c) se establece que para ser cuidador no profesional de un dependiente se ha de “ser su cónyuge, persona unida por análoga relación de afectividad o pariente por consanguinidad, afinidad o adopción, hasta el tercer grado de parentesco”. Varias son las cuestiones que suscita el análisis de este precepto, así:

- A tenor de lo establecido en el artículo 178 del Código Civil la filiación adoptiva se equipara a la filiación por naturaleza tanto en los aspectos personales como patrimoniales derivados de la relación paterno-filial, ello permite eliminar, por innecesario, el término “adopción”, aunque el mismo venga recogido en el artículo 1 del Real Decreto 615/2007, de 11 de mayo, por el que se regula la Seguridad Social de los cuidadores de las personas en situación de dependencia.

- El Proyecto incluye entre las personas que pueden asumir la condición de cuidadores no profesionales a aquellas que estén unidas al dependiente mediante una relación afectiva análoga a la de cónyuge. En este sentido es de observar que el citado Real Decreto 615/2007 no las contempla como tales, circunstancia que fue considerada negativamente por el Consejo de Estado en su Dictamen 917/2007 al no estimar acertada dicha exclusión “en un momento en que está en marcha una reforma de la legislación de Seguridad Social para reconocerles derechos similares a los del cónyuge”. Esta reforma ya se produjo con la aprobación de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, cuyo artículo 5 llevo a cabo, entre otras medidas, la modificación del artículo 174 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, reconociendo derecho a la pensión de viudedad a quien se encontrase unido al causante en el momento de su fallecimiento, formando una pareja de hecho y cumpliese con los demás requisitos que en dicho precepto se establecen.

- No se incluyen en el Proyecto otras situaciones asimiladas a la relación familiar que se contienen en el citado Acuerdo, tales como tutores y personas designadas, administrativa o judicialmente, con funciones de acogimiento. Ciertamente estas personas no vienen recogidas expresamente en el artículo 1 del Real Decreto 615/2007, pero aunque en este precepto se afirme que el ámbito subjetivo que se delimita lo será a los efectos de lo previsto en los artículos 2.5, 14.4 y 18 de la LD, este Órgano Consultivo coincide con el Consejo de Estado en que dicha delimitación se ha de entender a los efectos de la integración en la Seguridad Social de los cuidadores. En cualquier caso el Acuerdo, que carece del rango necesario para modificar el Real Decreto 615/2007, está reconociendo la posibilidad de que unas determinadas personas cuya relación con el dependiente considera asimilada a la familiar, puedan asumir las funciones de cuidador no profesional, pero aquéllas no se encuentran contempladas en el ámbito subjetivo del citado Real Decreto 615/2007, lo que suscita serias dudas sobre su inclusión, en estos momentos, en el Sistema de la Seguridad Social.

b) El último párrafo del apartado 1,c), destinado a regular los supuestos y condiciones en los que las personas cuidadoras puedan no ser familiares del entorno, debería reflejarse como apartado independiente y su contenido ajustarse de forma más exacta al que se recoge en el número 6 del apartado segundo del citado Acuerdo, estableciendo que dicho cuidador no podrá tener la consideración de empleado del hogar en el domicilio del beneficiario, ni la atención y cuidados podrán desarrollarse en el marco de cualquier otra relación contractual, ya sea laboral o de otra índole. Asimismo se indicará que el cuidador debe reunir los requisitos de idoneidad indicados en el apartado 2, letras b) y c) del Acuerdo.

c) En el apartado 1,d) se establece, como uno de los requisitos a cumplir por el cuidador no profesional, el de estar capacitado para prestar el cuidado y atención al dependiente de forma adecuada y continuada, durante al menos tres meses. La continuidad de los cuidados prestados por una misma persona cuidadora redundaría en la calidad de los mismos, por ello el apartado 3.1 del Acuerdo exige que el cuidador principal ha de tener disponibilidad para prestar el cuidado y atención de forma adecuada y continuada durante un período mínimo de un año, excepto que por circunstancias sobrevenidas e imprevisibles no pueda completar dicho período.

Ciertamente el contenido de este Acuerdo tiene, como todos los que adopta este órgano, la condición de mínimo, pudiendo, por lo tanto, ser mejorado por las Comunidades Autónomas, pero en este caso rebajar el plazo en el que el cuidador ha de estar en disposición de prestar el cuidado



personalizado implica un mayor riesgo de que la calidad del servicio disminuya y, por lo tanto, no supone para el dependiente mejora alguna.

Sin perjuicio de lo anterior, en el supuesto de que los cuidadores fuesen varios, dicho período de continuidad sí podría fijarse en tres meses en los términos que se indican en el apartado 3.3. del Acuerdo y que se recogen en el apartado 6) del artículo 33 del Proyecto.

d) En el apartado 1,f) se establece la imposibilidad de que una persona valorada en situación de dependencia pueda ser cuidadora de otro dependiente. La previsión debe matizarse en el sentido que recoge el apartado 2.b) del Acuerdo, que permite excepcionalmente que dicha circunstancia se produzca siempre que existan apoyos complementarios.

#### D) Capítulo IV. La Prestación Económica de Asistencia Personal.

##### - Artículo 36. Condiciones de acceso a la Prestación Económica de Asistencia Personal.

a) El contenido del apartado b) no constituye un requisito del dependiente sino de la persona encargada de la asistencia personal, por ello se estima conveniente trasladarlo al artículo 37, precepto en el que se determinan dichos requisitos.

Sin perjuicio de lo anterior debería incluirse la posibilidad de que el contrato se pudiera celebrar con el beneficiario o con su representante legal.

b) En el apartado c) debería contemplar la posibilidad de que la capacidad del beneficiario para determinar los servicios se requiere, ejercer su control e impartir instrucción a la persona encargada de la asistencia personal, pudiera llevarse a cabo por sí mismo o a través de su representante legal.

##### - Artículo 37. Requisitos del asistente personal.

a) En el apartado d) sería conveniente concretar que las obligaciones en materia de Seguridad Social que el prestador de la asistencia tendría que cumplir son las relativas a su afiliación y alta en el correspondiente Régimen de la Seguridad Social.

b) La valoración de la idoneidad del asistente personal al que se refiere el apartado e) debe llevarse a cabo en el correspondiente Plan Individual de Atención y en este sentido se sugiere completar el contenido del precepto.

#### IV. Título IV. Régimen de compatibilidades de los servicios y prestaciones económicas.

##### - Artículo 38. Régimen de compatibilidades.

En relación con el régimen de incompatibilidades el artículo 11 del Real Decreto 727/2007 establece que “el servicio de Atención Residencial permanente será incompatible con el servicio de Teleasistencia, con el servicio de Ayuda a Domicilio y con el Centro de Noche. En los demás servicios se estará a lo dispuesto en normativa de las Comunidades Autónomas o Administración que, en su caso, tenga la competencia”. Resulta, pues, que respetando dicha previsión reglamentaria, así como lo que en relación con el servicio de teleasistencia se prevé en el artículo 22.2, las Comunidades Autónomas están facultadas para configurar el régimen de compatibilidades que estimen más adecuado.

Sin perjuicio de lo anterior cabe formular las siguientes observaciones a la concreta regulación que se lleva a cabo en el precepto cuyo análisis nos ocupa:

1. La sistemática del precepto resulta compleja. El Consejo sugiere al promotor de la norma regular para cada servicio o prestación el régimen de compatibilidad o incompatibilidad con sus excepciones, cuando las haya, en un solo apartado para cada una de ellos.

2. No se recoge el régimen de compatibilidades del servicio de prevención de las situaciones de dependencia, el cual, debido a la configuración que le da el artículo 11 del Proyecto, sería el de compatibilidad con todos los servicios y prestaciones económicas del sistema y de acuerdo con lo previsto en los correspondientes Planes Individuales de Atención.

3. En relación con el servicio de teleasistencia la LD en su artículo 22 parte de una compatibilidad con todos los servicios, salvo el residencial, previsión que cabe hacer extensiva a la prestación económica vinculada a la adquisición de dicho servicio. El régimen que se establezca en el Proyecto en relación con este servicio debe respetar tal previsión legal, sin someter la compatibilidad a condición alguna.

4. El servicio de promoción de la autonomía personal al que se refiere el apartado 1, c) debe ser el que el artículo 11 denomina “especializado”, puesto que en relación con el genérico este último precepto establece que puede integrarse en el contenido de los servicios del Catálogo del artículo 15 LD, de lo que cabe colegir su compatibilidad con todos ellos.

- Disposición transitoria única. Efectividad del régimen de compatibilidad.

En esta Disposición se establece que *“la efectividad del régimen de compatibilidad establecido en el artículo 37 (debe decir 38), se producirá a partir de la entrada en vigor del presente decreto, aún cuando la solicitud de reconocimiento de prestaciones que pudieran ser compatibles hubiera sido presentada con anterioridad”*.

En relación con esta cuestión cabe distinguir tres situaciones:

a) La de aquellas personas que, en su día, solicitaran ser beneficiarios de un servicio o prestación incluido en el SAAD y que en el momento de entrada en vigor del Decreto que se pretende aprobar estén ya disfrutando de los mismos.

b) La de aquellas otras que a la entrada en vigor del Decreto tengan solicitado el servicio o prestación, pero aún no se haya resuelto el expediente.

c) La de aquellos que presenten su solicitud después de entrar en vigor el Decreto.

La aplicación del régimen de compatibilidades que se contempla en la norma que se pretende aprobar a la tercera categoría resulta obligada sin necesidad de establecer disposición transitoria alguna. La segunda de las situaciones es la que atiende la Disposición que ahora se analiza, quedando, pues, fuera de dicho régimen de compatibilidades la contemplada en primer lugar. Nada que objetar a la decisión, solamente hacer notar que ésta es la conclusión que se obtiene de la un poco confusa redacción de la Disposición, lo que quizá no concuerde con la voluntad del órgano impulsor que puede haber querido incluir también la primera de las posibilidades. Si así fuese, se deber modificar el tenor de la Disposición haciendo extensivo con claridad dicho régimen a los beneficiarios que ya estén disfrutando de un servicio o prestación.

- Disposición final primera. Habilitación de ejecución y aplicación.

La habilitación reglamentaria que se efectúa en esta Disposición resulta contraria al régimen de la potestad reglamentaria, en tanto que ésta corresponde de forma originaria al Consejo de Gobierno (artículo 32.1 EA) y, sólo por derivación, a los Consejeros, cuando les esté específicamente atribuida por una norma de rango legal (artículos 38 y 52.1 de la Ley 6/2004), a salvo su potestad reglamentaria propia en los aspectos puramente organizativos de su Departamento. En consecuencia, debido a la insuficiencia del rango normativo del Proyecto para efectuar esta habilitación, tal previsión debería suprimirse.

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

### **CONCLUSIONES**

**PRIMERA.-** La Comunidad Autónoma cuenta con competencia suficiente para aprobar la norma sometida a consulta, correspondiendo hacerlo al Consejo de Gobierno, mediante Decreto.

**SEGUNDA.-** En aplicación de lo establecido en el artículo 61.3 del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo Jurídico, aprobado por Decreto 15/1998, de 2 de abril, se consideran de carácter esencial las siguientes observaciones:

- Las que se indican sobre la necesidad de adecuar las previsiones que en el Proyecto se contienen en relación con el pago de las prestaciones económicas, a las modificaciones que en la LD ha operado el Real Decreto-Ley 8/2010, de 20 de mayo, por el que se adoptan medidas extraordinarias para la reducción del déficit público.

- Las que se contienen en relación con el artículo 4 en cuanto a la necesidad de incluir entre los centros privados concertados a los gestionados con ánimo de lucro, así como extender la exigencia de acreditación a los servicios, centros y entidades de carácter público.

- La relativa a la necesidad de que el contenido del artículo 5 del Proyecto se ponga en relación con el artículo 5 LD.

- La realizada sobre la cita obligada del artículo 21 LD en el apartado 3 del artículo 11 del Proyecto.

- La que se contiene en el análisis del artículo 12 sobre la falta de cobertura para crear una nueva categoría de servicio al margen de las previsiones de la LD y del RD 727/2007.

- La que se señala en relación con el artículo 23 sobre la necesidad de fijar la intensidad del servicio de estancias temporales en residencias, atendiendo a lo que al efecto establece el artículo 10 RD 727/2007, es decir, en función de la disponibilidad de plazas del SAAD y del número de personas atendidas mediante cuidados en el entorno familiar.

- La que se indica sobre la necesidad de otorgar trámite de audiencia antes de declarar al beneficiario decaído en su derecho a ingresar en un centro residencial (art. 25).

- La que se señala sobre la necesidad de adecuar la definición de cuidados no profesionales que se contiene en el artículo 32, a la que se establece en el artículo 2.5 LD.

- Las que se indican sobre la necesidad de adecuar el contenido de los artículos 32, 33 y 34, a lo que se dispone en el Acuerdo adoptado por el Consejo Territorial del SAAD para la mejora de la calidad de la prestación económica para cuidados en el entorno familiar del SAAD, publicado mediante Resolución de 4 de febrero de 2010, de la Secretaría General de Política Social y Consumo.

- La realizada sobre la necesidad de establecer la compatibilidad del servicio de teleasistencia en los términos que se contemplan en el artículo 22 LD.

- La que se señala en relación con la necesidad de suprimir la habilitación reglamentaria contenida en la Disposición final primera.

**TERCERA.-** El resto de observaciones, de acogerse, podría contribuir a la mejora del texto, especialmente las que se contienen en relación con el Capítulo I del Título III.

No obstante, V.E. resolverá.



**DICTAMEN 140/2010**

<b>Asunto</b>	Consulta facultativa sobre el procedimiento de elaboración del Plan de Gestión y Conservación de la ZEPA de Almenara, Moreras y Cabo Cope.
<b>Consultante</b>	Consejero de Agricultura y Agua (2004)
<b>Fecha</b>	19/07/2010

**Extracto de Doctrina**

El que con carácter general no se exija la notificación individualizada a todos los propietarios sitios en su ámbito, sino que se canalice tal participación a través de las organizaciones y asociaciones que les representan, así como a través de la información pública anunciada en el BORM, en los Ayuntamientos respectivos y su difusión por internet, acorde todo ello con la naturaleza reglamentaria, no excluye que, en virtud del trámite de audiencia expresado en el artículo 21.2 de la Ley 42/2007 no deban otorgarse en el procedimiento de aprobación del PORN trámites de audiencia que deban notificarse individualizadamente a determinados propietarios cuando, por ejemplo, se hayan personado en el procedimiento de elaboración del Plan como interesados, o a la asociación que los represente en su ámbito, si existiera, o al titular mayoritario de fincas singularmente afectado por la ordenación o la gestión claramente identificado en la información catastral que integra la memoria descriptiva de los planes, o al Ministerio de Defensa si posee instalaciones militares en su ámbito (STS, Sala 3ª, de 9 de marzo de 2004), o a aquellos otros afectados que pudieran resultar posteriormente incluidos por haberse ampliado los ámbitos de protección después de la información pública, cuando afecta singularmente a determinadas titularidades dominicales, siempre y cuando su notificación sea viable.

**ANTECEDENTE**

**ÚNICO.-** Con fecha 7 de abril de 2010 tiene entrada en el registro de este Consejo Jurídico una consulta del titular de la Consejería de Agricultura y Agua, sobre el procedimiento de elaboración del Proyecto de Decreto por el que se aprueba el Plan de Gestión y Conservación de la Zona de Especial Protección de Aves (ZEPA, en lo sucesivo) de “Almenara, Moreras y Cabo Cope”, que se expresa en los siguientes términos:

*“Con fecha 2 de septiembre de 2008 se emite el informe nº 179/08 de la Dirección de los Servicios Jurídicos sobre el Proyecto de Decreto por el que se aprueba el Plan de Gestión y Conservación de la ZEPA Almenara, Moreras y Cabo Cope en el que se pone de manifiesto, en*

otros aspectos, el incumplimiento del artículo 21.2 (por error se indica 21.1) de la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, en el procedimiento de elaboración del plan de gestión puesto que no ha quedado acreditado en el expediente que se haya dado trámite de audiencia a todos los directamente interesados y, por tanto, exige que se una al expediente un informe que determine, especifique y aclare si todos los propietarios identificados o identificables de terrenos incluidos en el ámbito de la ZEPA han participado en el proceso de información pública, para poder dar por cumplimentado el trámite de audiencia. Y concluye diciendo que si no hubieran participado todos, habría que dar un trámite específico de audiencia a aquellos de los que no hubiera constancia de su participación (págs. 20, 21 y 34).

A la vista de estas conclusiones, se plantean las siguientes cuestiones:

1. *¿Considera el Consejo Jurídico, tal como sostiene la Dirección de los Servicios Jurídicos, que el artículo 21.2 de la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, obliga a que la Administración se asegure que todos los propietarios afectados por un instrumento de este tipo han participado en el proceso de información pública, presentando alegaciones? o por el contrario, ¿entiende que la apertura de un período de información pública en el que cualquier persona física o jurídica ha podido examinar el proyecto y presentar alegaciones y la contestación razonada a las alegaciones presentadas por los interesados es suficiente para entender cumplido el trámite de audiencia exigido por el precepto legal, como sostiene el informe jurídico de la Asesora Facultativa?*

2. *¿Cree que es necesario que la Dirección General de Patrimonio Natural y Biodiversidad, antes de la aprobación del Decreto por el Consejo de Gobierno, dé un trámite específico de audiencia a aquellos propietarios de terrenos afectados por el Plan de Gestión respecto de los que no tuviera constancia de su participación en el proceso de información pública? o por contra, ¿considera que son suficientes los trámites llevados a cabo en la elaboración del proyecto de Decreto para juzgar cumplido el trámite de audiencia?*

*En definitiva, resulta de máxima relevancia conocer la fundada opinión de ese órgano consultivo, respecto de la interpretación que cabe dar al apartado 1 (se entiende referido al apartado 2) del artículo 21 de la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, porque si las conclusiones de la Dirección de los Servicios Jurídicos son acertadas nos llevaría a la retroacción de los procedimientos de elaboración de los PORN y Planes de Gestión que están actualmente en fase de elaboración y para cuya audiencia se ha seguido el criterio hasta ahora respaldado por la jurisprudencia y el propio Consejo Jurídico”.*

Se acompaña expediente debidamente compulsado y foliado con un índice de los documentos que contiene, así como el extracto de la Secretaría General, al que se ha incorporado el informe previo del servicio jurídico responsable de medio ambiente de la Consejería consultante.

A la vista del referido Antecedente procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

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

Se recaba el presente Dictamen con carácter facultativo, de acuerdo con lo previsto en el artículo 11 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia.

Por lo tanto, este Órgano Consultivo limita sus consideraciones a los aspectos controvertidos concretados por el titular de la Consejería (Antecedente Único), sin perjuicio de otras cuestiones que pudieran derivar de su examen.

#### **SEGUNDA.- Inserción del Plan de Gestión y Conservación de la ZEPA “Almenara, Moreras y Cabo Cope” en la normativa comunitaria y básica estatal.**

En tanto el Proyecto de Decreto tiene por objeto la aprobación del Plan de Gestión y Conservación de la ZEPA “Almenara, Moreras y Cabo Cope” (artículo 1), es preciso determinar su incardinación en la normativa comunitaria y estatal para derivar de ello su naturaleza.

Siguiendo un orden cronológico, en relación con los contenidos de la consulta, han de destacarse los siguientes hitos normativos:

1. La Directiva 79/409/CEE del Consejo, de 2 de abril de 1979, relativa a la conservación de las aves silvestres (hoy derogada por la Directiva 147/2009, de 30 de noviembre, del Parlamento Europeo y del Consejo, que codifica la anterior con las modificaciones posteriores), estableció que los Estados miembros adoptarían todas las medidas necesarias para mantener las especies de aves contempladas en su ámbito y preservar sus hábitats, mediante la creación de zonas de protección y su ordenación en el interior y exterior de las mismas (artículos 2 y 3). Consecuencia de ello, es la obligación de los Estados miembros de clasificar zonas de protección especial de conservación (artículo 4.1).



Complementariamente, la Directiva 1992/43/CEE, de 21 de mayo, de conservación de los hábitats naturales y de la fauna y flora silvestres, creó una red ecológica europea de zonas especiales de conservación, denominada “Natura 2000” (en lo sucesivo Red Natura 2000), en la que se incluyen las zonas de protección especiales designadas conforme a la Directiva 79/409 CEE, ya citada. Respecto a estas zonas los Estados miembros deben fijar las medidas de conservación necesarias (artículo 6), que implican, en su caso, *“adecuados planes de gestión específicos a los lugares o integrados en otros planes de desarrollo, y las apropiadas medidas reglamentarias, administrativas o contractuales”*.

La elaboración del presente Plan de Gestión y Conservación, que contiene las medidas específicas de conservación, responde a un compromiso adquirido por la Administración regional, que cuenta con una ayuda de la Comisión Europea para la financiación del Proyecto Life-Naturaleza 02NAT/E/8602.

2. La Directiva 79/409/CEE fue objeto de transposición al ordenamiento interno por la Ley estatal 4/1989, de 27 de marzo, de Conservación de los Espacios Naturales y de la Flora y de la Fauna Silvestre, modificada en este punto por la Ley 43/2003, de 21 de noviembre, de Montes, que incorpora al Título III de aquélla un capítulo II Bis, relativo a la Red Natura 2000, señalando que forman parte de dicha red las zonas de especial protección de las aves (ZEPAS). En el artículo 20 quáter se dispone que en las ZEPAS deberán establecerse medidas de conservación adecuadas para evitar el deterioro de sus hábitats, así como las perturbaciones que pueden afectar significativamente a las aves, y que tales medidas podrán determinarse mediante planes de gestión específicos (apartados 4 y 5).

Previamente a la modificación introducida por la legislación de montes, el Real Decreto 1997/1995, de 7 de diciembre, había establecido igualmente planes de gestión específicos para las zonas especiales de conservación que deben aprobar las Comunidades Autónomas, entre las que se incluyen las ZEPAS declaradas (artículo 3.2 y 6.1)

3. En la actualidad, la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad, que deroga la Ley 4/1989, contiene la regulación de los espacios protegidos “Red Natura 2000” (artículos 41 a 48), que incluyen los Lugares de Importancia Comunitaria (LIC), las Zonas Especiales de Conservación y las ZEPAS, estableciendo las mismas medidas de conservación ya citadas, entre las cuales se encuentran los instrumentos de gestión específicos o

integrados en otros planes de desarrollo, que incluyan los objetivos de conservación del lugar y las medidas apropiadas para mantener los espacios en un estado de conservación favorable.

De este conjunto de normas puede extraerse la consideración de que el Plan de Gestión y Conservación de la ZEPA “Almenara, Moreras y Cabo Cope” se incardina plenamente en la normativa comunitaria y básica estatal citadas, habiéndose optado por la Consejería consultante en el presente caso por un instrumento de gestión específico, que contiene las medidas de conservación exigidas por tales normas.

**TERCERA.- Previsiones de la normativa autonómica en relación con las ZEPAS y su planificación y gestión.**

En aplicación de la normativa comunitaria, por Acuerdo del Consejo de Gobierno de 30 de marzo de 2001 (publicado en el BORM de 18 de mayo siguiente) se designa, entre otras, a la ZEPA “Almenara, Moreras y Cabo Cope”, que afecta a los municipios de Lorca, Águilas y Mazarrón, con una superficie de 22.350 Has, si bien el presente Proyecto de Decreto establece como ámbito del Plan una superficie de 22.195,24 Has, por los ajustes cartográficos; esta nueva delimitación ha recibido el visto bueno de la Comisión Europea (comunicación de 23 de octubre de 2009).

Sin embargo, en el ámbito de la ZEPA objeto de este Proyecto existen otros regímenes de protección, según el citado Acuerdo:

- El espacio “Calnegre y Cabo Cope” está declarado parque regional por la Disposición adicional tercera, tres, de la Ley 4/1992, de 30 de julio, de Ordenación y Protección del Territorio de la Región de Murcia, si bien ha de matizarse que tal declaración deviene inoperante si en el plazo de un año no se aprueba un Plan de Ordenación de Recursos Naturales (artículo 35.2 de la Ley 42/2007), según consolidada doctrina jurisprudencial (por todas, Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3ª, de 5 de abril de 2006), sin que se tenga constancia de que se haya aprobado el referido Plan desde su declaración.
- La Sierra de Las Moreras está declarada “Paisaje Protegido” por la precitada Ley regional.

- La “Sierra de Almenara” fue declarada área de protección de la fauna silvestre, conforme al Anexo II de la Ley 7/1995, de 21 de abril, de Fauna Silvestre, modificada por la Ley 7/2003, de 12 de noviembre, de Caza y Pesca Fluvial de la Región de Murcia.

Además, la Sierras de Almenara y Las Moreras, así como Cabo Cope, fueron propuestos como Lugares de Importancia Comunitaria (LIC) por Acuerdo de Consejo de Gobierno de 28 de julio de 2000, siendo acogidos como tales por Decisión de la Comisión Europea de 19 de julio de 2006.

Por tanto, designada la ZEPA que nos ocupa por Acuerdo del Consejo de Gobierno de 30 de marzo de 2001, cuya legalidad ha sido reconocida por las sentencias de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Región de Murcia, de 23 de octubre de 2003 y de 27 de mayo de 2005, y de la Sala correspondiente del Tribunal Supremo, de 20 de mayo de 2008 y de 26 de febrero de 2010, se requiere conocer qué previsiones de la normativa regional afectan a la ordenación y gestión de las ZEPAS, cuando se yuxtaponen distintos regímenes de protección:

1. En el título VI de la Ley 4/1992 (único vigente, pues los restantes títulos fueron derogados por la legislación regional del suelo) se establecen como instrumentos de planificación de los espacios naturales protegidos (parques, reservas, paisajes y monumentos) los Planes de Ordenación de Recursos Naturales (para los parques y reservas) y los Planes Rectores de Uso y Gestión, si bien acotados a aquellas figuras de protección. Ciertamente con estos instrumentos pueden establecerse medidas de planificación, gestión y conservación para las ZEPAS declaradas, con el alcance que para cada tipo de Plan se fija legalmente, si bien en el presente caso ya se ha indicado que la Consejería competente ha optado por un plan de gestión específico, que es una de las alternativas previstas en la normativa básica estatal. Sobre la importancia de la actividad planificadora para la protección del medio natural, singularmente la figura de los PORN, este Consejo Jurídico realizó una serie de consideraciones en la Memoria correspondiente al año 2004 (páginas 41 y ss.), a las que se remite.
2. El artículo 22 de la Ley 7/1995 crea en la Región de Murcia la red de áreas de protección de fauna silvestre, en la que se integran las ZEPAS. Consecuente con ello, el artículo 2 del Proyecto de Decreto establece que el ámbito territorial de la ZEPA “Almenara, Moreras y Cabo Cope” queda delimitado como área de protección de la fauna silvestre, y que este Plan, cuya aprobación se propone, tendrá la consideración de

Plan de Conservación y Gestión (así se denomina por la Ley 7/1995) a los efectos de cumplir con la exigencia prevista en el artículo 22.4 de la misma Ley. Un efecto destacado es que las disposiciones relativas a las áreas de protección de la fauna silvestre se aplicarán directamente al territorio al que afecten, sin perjuicio de su incorporación a los instrumentos de ordenación territorial y urbanística (artículo 22.6 de la Ley 7/1995) y que éstos asegurarán la preservación, mantenimiento y recuperación de los biotopos y hábitats de especies amenazadas, debiendo incorporarlas y hacer referencia expresa al régimen de protección que le sea aplicable, otorgándole una normativa urbanística coherente con las necesidades de protección recogidas en los planes de conservación de las especies.

3. Pero no sólo la legislación sectorial medioambiental ha de ser tenida en cuenta respecto al presente Plan, sino también la legislación regional del suelo, que contiene determinaciones que inciden en el régimen jurídico de los espacios protegidos (por ejemplo, en la clasificación de estas zonas). Así, el Texto Refundido de la Ley del Suelo de la Región de Murcia, en lo sucesivo TRLSRM (aprobado por Decreto Legislativo 1/2005, de 10 de junio) prescribe que constituirán suelo no urbanizable de protección específica los terrenos que estén sujetos a un régimen de protección incompatible con su transformación, conforme a los instrumentos de ordenación territorial y de ordenación de los recursos naturales, así como la legislación sectorial, en razón de sus valores ambientales, etc., y que los planes de espacios protegidos se coordinarán con los instrumentos de ordenación del territorio y prevalecerán sobre los de planeamiento urbanístico (Disposición adicional séptima). Por lo tanto, es clara la prevalencia de los planes medioambientales sobre los urbanísticos, como refleja el Proyecto de Decreto, que ha previsto la adaptación de los planes generales municipales de los municipios afectados, conforme al mandato contenido en la Disposición final primera.

De lo expuesto puede concluirse que si bien la normativa regional no ha regulado, con carácter general, el contenido y el procedimiento de aprobación de este tipo de planes de gestión específicos previstos en la normativa básica estatal para la Red Natura 2000, lo que pudiera resultar, no obstante, necesario y conveniente, ello no quiere decir que la normativa regional (tanto en la vertiente de la legislación sectorial medioambiental, como en la correspondiente a la ordenación del territorio y el urbanismo) no contenga determinaciones aplicables a este específico plan de gestión, asimilable en virtud de la Ley 7/1995 al “Plan de Conservación y Gestión”, en su consideración de área de protección de la fauna silvestre, con los subsiguientes efectos ya citados en la planificación territorial y urbanística; también en la legislación sectorial en materia de suelo y

ordenación del territorio (TRLSRM) se contienen las relaciones específicas entre los planes medioambientales y los urbanísticos, sin ignorar que las Directrices y el Plan de Ordenación Territorial del Litoral de la Región de Murcia (aprobado por Decreto regional 57/2004, de 18 de junio), que afecta a los municipios del presente Plan de Gestión y Conservación, otorga a las ZEPAS la categoría de suelo de protección ambiental, remitiéndose a lo que determine la legislación sectorial medioambiental y el planeamiento específico (el Plan de Gestión y Conservación en el presente caso).

**CUARTA.- Análisis del procedimiento de elaboración seguido con el presente Proyecto de Decreto.**

Acorde con la naturaleza reglamentaria del Proyecto de Decreto, en ausencia de un procedimiento específico previsto en la normativa regional para la aprobación del presente Plan de Gestión y Conservación de la ZEPA (tampoco lo establece la Ley 7/1995), el procedimiento de elaboración se ha ajustado a lo previsto, con carácter general, para las disposiciones reglamentarias por el artículo 53 de la Ley regional 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), como refiere la parte expositiva del Proyecto de Decreto, si bien ha sido implementado con trámites específicos previstos en la normativa básica estatal y sectorial regional a los que más adelante se hará referencia. Su naturaleza reglamentaria -reconocida jurisprudencialmente- viene dada por el establecimiento, a través del presente Plan, de medidas de conservación, que conllevan limitaciones en ciertos usos o actividades en su ámbito (informe de 21 de noviembre de 2005 del Servicio Jurídico de la entonces Consejería de Industria y Medio Ambiente), revistiendo también el presente Proyecto la forma adecuada (aprobación por Decreto del Consejo de Gobierno), al tratarse de una disposición de carácter general (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).

Dicho rango también resulta coherente con el previsto por el artículo 22.1,b) de la Ley 7/1995 para la delimitación de las áreas de protección de la fauna silvestre, puesto que el artículo 2 del Proyecto de Decreto incorpora como tal área el ámbito territorial de la ZEPA y, aunque el informe de la Dirección de los Servicios Jurídicos de la Comunidad Autónoma, de 3 de septiembre de 2008, interprete motivadamente que "*declarada una ZEPA y establecido su régimen de protección mediante el presente Plan de Gestión queda integrada en la red establecida en dicho texto legal*", sin embargo, las sentencias recaídas sobre las ZEPAS designadas por la Administración regional, procedentes de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal

Superior de Justicia de la Región de Murcia, de 23 de octubre de 2003 y de 27 de mayo de 2005, ya citadas, sostienen, por el contrario, que la Ley 7/1995 no dice que las ZEPAS clasificadas “*se conviertan automáticamente en áreas de protección de la fauna silvestre*”, sino que para acceder a dicha categoría ha de seguirse el procedimiento establecido en la citada Ley regional, siendo el instrumento normativo el Decreto de Consejo de Gobierno, lo que supondrá ya la afección directa a derechos e intereses de particulares. Por tanto, en coherencia con esta interpretación sostenida por el citado órgano jurisdiccional, deben cumplirse también en el presente caso los trámites exigidos para ello por el artículo 22.1,b) de la Ley 7/1995: audiencia a los interesados e informes de los Consejos Asesores de Medio Ambiente y de Caza y Pesca Fluvial, el último de los cuales se ha incorporado a indicación del informe de la Dirección de los Servicios Jurídicos.

En relación con el procedimiento previsto en el artículo 53 de la Ley 6/2004, al que se ha ajustado el presente Proyecto de Decreto, se realizan las siguientes consideraciones:

1ª) Se han realizado los trámites que se describen en el índice de documentos remitido con motivo de la consulta, entre los que destacan: a) la consulta previa a los Ayuntamientos afectados, así como a las principales asociaciones agrarias (UPA, ASAJA, COAG-IR); b) la apertura de un trámite de información pública durante un mes, según anuncio publicado en el BORM de 14 de diciembre de 2005 para que cualquier interesado pudiera consultar el expediente en el lugar indicado y presentar alegaciones (excediendo con ello el plazo de quince días previsto en el artículo 53.4 de la Ley 6/2004), así como su difusión en la página web de la Consejería consultante, abriéndose también una oficina Life en Campo López (término de Lorca) para la información de la población local; c) un trámite de audiencia durante un mes a los Ayuntamientos afectados, con indicación de que también se expusiera en el tablón de edictos para que cualquier interesado pudiera comparecer; d) petición de informes reiterados al Consejo Asesor Regional de Medio Ambiente, integrado, entre otros, por representantes de la Consejería competente en materia de urbanismo y ordenación del territorio, de la Universidad de Murcia, de grupos ecologistas, de las organizaciones empresariales, de los sindicatos más representativos, de las organizaciones de consumidores, de las comunidades de regantes, de las asociaciones de vecinos, etc.; d) por último, petición de informes al Consejo Económico y Social de la Región de Murcia (Dictamen 16/2007) y a la Dirección de los Servicios Jurídicos de la Comunidad Autónoma, que lo evacuó el 3 de septiembre de 2008.

2ª) Las alegaciones recibidas en el trámite de información pública han sido objeto de estudio e informe, y las que se aceptaron se volcaron en el texto, habiéndose finalmente

notificado la respuesta a aquellos que se personaron en el procedimiento. En el mismo sentido los informes de los órganos consultados también han sido objeto de estudio, modificándose el Proyecto de Plan para la incorporación de las observaciones aceptadas. También consta la memoria económica, exigida por el artículo 53.1 de la Ley 6/2004, aunque no figura el informe de impacto de género exigible a todas las disposiciones reglamentarias por el mismo precepto, que también debe ser incorporado al procedimiento.

3ª) A raíz del informe de la Dirección de los Servicios Jurídicos, se completó el procedimiento con el informe del Consejo Asesor de Caza y Pesca Fluvial, en su vertiente de área de protección de la fauna silvestre, exigido por la Ley 7/2005 para su declaración, en el que están representados los cotos privados de caza, la federación murciana de caza, las asociaciones ecologistas, la Confederación Hidrográfica del Segura, los Colegios Profesionales de Biólogos, de Ingenieros de Montes y de Agrónomos, entre otros. También se otorgó un trámite de audiencia específico a la Consejería competente en materia de urbanismo y ordenación del territorio para que examinara las repercusiones desde la vertiente urbanística, que también figura en el expediente.

En consecuencia, las actuaciones descritas con anterioridad permiten sostener la adecuación del procedimiento a las previsiones del artículo 53 de la Ley 6/2004, teniendo en cuenta que dicha Ley establece, en relación con el trámite de audiencia previsto para las disposiciones generales que afecten a los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos, que se otorgará directamente o a través de las organizaciones y asociaciones reconocidas por la ley que los agrupen o los representen y cuyos fines guarden relación directa con el objeto de la disposición, pudiendo prescindirse del trámite a aquellas que hubieran participado por medio de informes o consultas en el procedimiento de elaboración (artículo 53.3,b de la Ley 6/2004), como ha acontecido en el presente caso, pues las que guardan relación con los fines de la disposición se integran en los órganos colegiados consultados citados anteriormente; no obstante lo anterior, si existiera alguna asociación de propietarios reconocida legalmente en el ámbito de la ZEPA también debería otorgársele un trámite de audiencia específico, sin perjuicio de la información pública ideada para que cualquier interesado (sea o no propietario) pueda personarse y realizar alegaciones, como se ha producido en el presente caso, habiéndose presentado un total de 25, mayoritariamente de propietarios de la zona.

Por último, señalar que el procedimiento seguido no sólo ha de contemplarse desde el cumplimiento de los requisitos previstos en el artículo 53 de la Ley regional 6/2004, ya analizados, sino también desde su condición de instrumento de gestión ambiental y de la participación del

público en tales asuntos, conforme al Convenio de Aarhus, ratificado por España el 15 de diciembre de 2004, y a la Ley 27/2006, de 18 de julio, que regula los derechos de acceso a la información, participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente, en la que se establece como derechos de todos en materia de medio ambiente (artículo 3): participar de manera efectiva y real en la elaboración de los planes, programas y disposiciones de carácter general relacionados con el medio ambiente, formular alegaciones y observaciones y a que sean tenidas en cuenta debidamente por la Administración Pública correspondiente. Además, en el Título III de la precitada Ley se regula el derecho de participación pública en asuntos de carácter ambiental, en relación con determinados planes y normas citados en los artículos 17 y 18, si bien el apartado 3 del último artículo citado establece, como excepción, que no será de aplicación el referido Título en los supuestos de procedimientos de elaboración de disposiciones de carácter general que tengan por único objeto la aprobación de planes, como en el caso presente, que se ajustarán a su normativa específica.

Precisamente, en la confrontación del presente Proyecto como Plan de Gestión y Conservación es donde se suscitan las cuestiones que motivan la presente consulta, que se contestan seguidamente partiendo de los presupuestos expuestos en las anteriores Consideraciones.

**QUINTA.- Sobre las cuestiones concretas suscitadas en la consulta primera.**

A modo de párrafo introductorio, si se dispusiera de una ley regional de espacios naturales protegidos, que incluyera la gestión de los incluidos en la Red Natura 2000, y contuviera una regulación detallada de los instrumentos que forman parte de la llamada planificación ecológica, así como del procedimiento específico de elaboración (en algunas leyes autonómicas se concreta, por ejemplo, la audiencia al interesado y cómo ha de practicarse), como sostuvimos en nuestros Dictámenes 45 y 76 del año 2003, ninguna de las siguientes cuestiones se habría suscitado, con la consiguiente dosis de inseguridad que supone para la Consejería consultante determinar en cada caso el alcance y la forma de articular el trámite de audiencia y la participación de los interesados.

Sobre la primera cuestión que se formula, en relación con la aplicación del artículo 21.2 de la Ley 42/2007 al presente procedimiento, el órgano consultante plantea a este Órgano Consultivo hasta dónde alcanza la obligación de la Administración de asegurar que todos los propietarios afectados por un instrumento de este tipo hayan participado presentado alegaciones; y si este Consejo Jurídico entiende que la apertura de un periodo de información pública para que cualquier persona física o jurídica pueda examinar el proyecto y presentar sus



alegaciones, y la contestación motivada de las mismas, es suficiente para entender cumplido el trámite de audiencia.

Puesto que la pregunta encierra varias cuestiones, su contestación ha sido abordada a través de los siguientes apartados:

1. El procedimiento seguido en el presente Proyecto de Decreto se ha ajustado a lo previsto en el artículo 53 de la Ley 6/2004, que determina la forma de practicar la audiencia, analizado en la Consideración anterior.

2. El ámbito de aplicación directa del artículo 21.2 de la Ley 42/2007 son los PORN que elaboren y aprueben las Comunidades Autónomas, que no coincide con el tipo de Plan que se pretende aprobar, sin perjuicio de que las garantías de participación pública sean de aplicación supletoria a otro tipo de planes.

3. Puesto que las garantías de la participación pública son aplicables a cualquier tipo de plan medioambiental, conforme a la Ley 27/2006, ya citada, y la consulta elevada demanda que este Órgano Consultivo se pronuncie sobre la interpretación del artículo 21.2 de la Ley 42/2007, aplicable al procedimiento de elaboración de los PORN, conviene recordar cuál es su contenido:

*“el procedimiento de elaboración de los Planes incluirá necesariamente trámites de audiencia a los interesados, información pública y consulta de los intereses sociales e institucionales afectados y de las organizaciones sin fines lucrativos que persigan el logro de los objetivos del Plan.”*

La redacción del inciso en cursiva es idéntica a la anteriormente prevista en el artículo 6 de la Ley 4/1989, derogada por la Ley 42/2007, sobre el que se pronunció el Tribunal Constitucional en su sentencia 102/1995, por la que se resolvían diversos recursos de inconstitucionalidad interpuestos contra aquélla, realizando la siguiente interpretación sobre el trámite de audiencia y la participación pública:

*“Un poco más allá se regulan algunas garantías que, según la Ley (artículo 6) deben ser observadas en el procedimiento de elaboración de los planes (PORN), con el propósito loable y en ningún caso impertinente como se ha pretendido. La audiencia de los interesados y de los ciudadanos, individual a través de la información pública o corporativamente, a través de las organizaciones y asociaciones reconocidas legalmente, está prevista por el texto constitucional*

*(artículo 105, a y c CE), que defiere su configuración a la Ley, tanto aquella que en el nivel estatal regule el procedimiento común ordinario o los especiales, como las normas producidas en su ámbito por las Comunidades Autónomas para los suyos propios, entre ellos el de elaboración de disposiciones generales que responde al significado semántico, primero y principal, de la autonomía en la acepción estricta de la palabra. Se trata, pues, de un principio inherente a una Administración democrática y participativa, dialogante con los ciudadanos, así como de una garantía para el mayor acierto de las decisiones, conectadas a otros valores y principios constitucionales, entre los cuales destacan la justicia y la eficacia real de la actividad administrativa (artículos 1, 31.2 y 103 CE), sin olvidar, por otra parte, que tal audiencia está ligada a la solidaridad colectiva respecto al medio ambiente, reflejada en el derecho de todos a disfrutarlo y en el correlativo deber de conservarlo (...). No merece reproche alguno, por lo tanto, este precepto cuyo contenido no es sino una remisión a un mandato constitucional de aplicación general, directa o inmediata. “*

Por tanto, de acuerdo con la doctrina constitucional antes referida, en los PORN la audiencia a los interesados y a los ciudadanos puede hacerse individualmente, a través de la correspondiente información pública, o corporativamente, a través de organizaciones y asociaciones. Esta doctrina tiene también su reflejo en el procedimiento de elaboración de las disposiciones generales previsto en el artículo 53 de la Ley 6/2004, a cuya tramitación se ha ajustado el presente Proyecto de Decreto, según se expresa en la Consideración anterior, que, en ningún caso, establece el requisito de la notificación a cada uno de los propietarios afectados por la disposición de carácter general, como tampoco se contiene en el procedimiento de elaboración de los planes de ordenación territorial o en los planes urbanísticos de iniciativa pública, en los que la participación de los interesados (sean o no propietarios) se articula a través de los trámites de información pública, que se anuncian en el BORM y en dos diarios regionales de mayor difusión, acorde también con la naturaleza reglamentaria de tales planes. Adviértase que en el presente caso el ámbito del Plan de Gestión y Conservación son 22.000 Has, aproximadamente, lo que dificulta enormemente la notificación individualizada. De otra parte, a través del periodo de información pública al que se ha sometido este Plan, se han presentado bastantes alegaciones por parte de propietarios afectados, que han podido ejercitar sus derechos de participación.

También el Tribunal Supremo ha sido receptor de la anterior doctrina sobre el procedimiento de elaboración de los PORN (por todas, Sentencia de la Sala 3ª de 16 de febrero de 2009), sosteniendo que el artículo 6 de la Ley 4/1989 (hoy artículo 21.2 de la Ley 42/2007) no determina la regulación de un tipo de procedimiento concreto de elaboración y aprobación de estos Planes, sino que *“independientemente de las diversas interpretaciones sobre el procedimiento adecuado y las*

*incertidumbres que ello pudiera determinar, es claro y evidente que en dicho precepto se establece en todo caso la necesaria observancia de los trámites de audiencia de los interesados, información pública y consulta de los intereses sociales e institucionales afectados”.*

4. Sobre si es exigible la notificación individual del trámite de audiencia pública a todos los propietarios del ámbito, este Órgano Consultivo ya analizó el cumplimiento de la participación pública en el Dictamen 45/2003, sobre el PORN del Humedal del Ajauque y Rambla Salada, obteniendo la siguiente conclusión:

*“Durante el procedimiento de aprobación se ha suscitado por un particular la necesidad de notificar individualmente el trámite de información pública a los propietarios afectados para que puedan formular alegaciones. Tal alegato suscita la necesidad de plantear ciertas mejoras en los procedimientos de aprobación de estos Planes, a continuación detalladas, reconociendo, no obstante, el esfuerzo realizado por la Consejería consultante:*

*a) Las previsiones legales (artículos 6 de la Ley 4/1989 y 47.1,b de la Ley 4/1992) exigen la apertura de un trámite de información pública, trámite de audiencia a los Ayuntamientos afectados, interesados y asociaciones cuyos fines persigan el logro de los objetivos del artículo 2 de la Ley 4/1989.*

*En aplicación de dicha regulación, la Consejería acordó someter a información pública dicho Plan por el plazo de dos meses para que cualquier afectado pudiera comparecer y formular las alegaciones pertinentes, como así ocurrió (folios 131-205), cumpliendo lo previsto en el artículo 59.6,a) LPAC, que establece que la publicación podrá sustituir a la notificación cuando el acto tenga por destinatario una pluralidad indeterminada de personas (el ámbito afectado tiene una superficie de 1.632 Has.), del mismo modo que respecto a los instrumentos de planificación territorial y urbanística; sin embargo, el Consejo Jurídico estima que puede inducir a cierta confusión la reseña que se inserta en la publicación de la apertura de la información pública, sobre el otorgamiento de un trámite de audiencia a los interesados, entendiéndose que debería clarificarse su redacción para eliminar dudas. No obstante, debe recordarse la importancia de completar esa publicidad con campañas divulgativas (artículo 47.1,b). Dicha publicidad general ha sido completada con la notificación individualizada a los Ayuntamientos, restantes Consejerías y CHS*

*b) La regulación legal expuesta también prescribe el trámite de audiencia a las asociaciones protectoras de la naturaleza, cuya materialización sería factible, como sugiere el CES, a través del Registro de Asociaciones Ecologistas y Protectoras de la Naturaleza de la Región de Murcia,*

creado por Decreto 129/1984, de 12 de diciembre. En todo caso, la falta de audiencia expresa en el presente supuesto no motiva indefensión, pues además de haber dispuesto del periodo de información pública para comparecer y presentar alegaciones, como lo demuestra la formulada por Ecologistas en Acción-AEDENAT, un representante de dichas asociaciones está integrado en el Consejo Asesor de Medio Ambiente que informó el PORN.

c) Por otra parte conviene aclarar que las personas físicas o jurídicas que hayan comparecido en el trámite de información pública ostentan la condición de interesados, de lo que resulta la conveniencia de notificar la aprobación definitiva del Plan, a efectos de poder ejercitar los recursos pertinentes, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 89.1 LPAC.

d) En lo que concierne a la interesada que se ha personado tras finalizar el trámite de información pública, solicitando el otorgamiento de un trámite de audiencia por ostentar dicha condición, lo cual, por cierto, no acredita, no consta que el centro directivo correspondiente le haya contestado, al menos, para indicarle el trámite administrativo en que se encuentre el expediente, así como la puesta a su disposición de la información correspondiente, posibilidad no sólo prevista con carácter general por la LPAC (artículo 79.2) sino también por la Ley 38/1995, de 12 de diciembre, sobre derecho de acceso a la información en materia de medio ambiente.”

En el mismo sentido al indicado, el Tribunal Superior de Justicia de Asturias, Sala de lo Contencioso Administrativo, se ha pronunciado de forma reiterada sobre la cuestión suscitada (sentencias de 30 de junio y de 30 de diciembre de 2009) señalando, en relación con un Plan Rector de Uso y Gestión, que guarda más similitud con el presente Plan que la figura de los PORN, que no obstante la trascendencia institucional del trámite de audiencia a los interesados, éste no necesariamente ha de ser de forma individual, al ser en muchos casos inviable (múltiples propietarios afectados, con distintos y cambiantes derechos sobre los bienes afectados, con titulares de derechos económicos no registrados, con inquilinos o explotadores de negocios con domicilios fuera del ámbito, etc.), que motiva el que la consulta a las entidades que ostenten la representación o defensa de intereses de carácter general o corporativo afectados por la disposición sea el instrumento idóneo y legalmente previsto, como ocurre con los planes urbanísticos. Asimismo las sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Baleares, Sala de lo Contencioso Administrativo, de 22 de noviembre de 2005 y de 25 de octubre de 2006, en las que, sin perjuicio de destacar la trascendencia del trámite de audiencia a los interesados en el procedimiento de elaboración de los PORN, se concluye que tal audiencia a los interesados no necesariamente ha de cumplirse de forma individual. Tampoco se infiere la exigencia de notificación individualizada a todos los propietarios del ámbito del presente Plan de la Sentencia del

Tribunal Supremo, Sala 3ª, de 20 de mayo de 2008, relativa a la ZEPA de “Monte del Valle y Sierras de Altaona y Escalona”, como apostilla el informe del Servicio Jurídico de la Consejería consultante.

5. En todo caso, debe perseguirse por la Consejería consultante la mayor amplitud posible en el cumplimiento de las garantías de participación, que pasan por determinar justificadamente antes de la apertura del trámite de audiencia la decisión escogida para darla a los ciudadanos afectados, entre los cuales se encuentran los propietarios incluidos en su ámbito (si disponen de alguna asociación en su ámbito, etc.), lo que en definitiva subyace en la observación realizada por el informe de la Dirección de los Servicios Jurídicos de la Comunidad Autónoma, de 3 de septiembre de 2008, al considerar necesario *“un informe que determine, especifique y aclare si todos los propietarios identificados o identificables de terrenos incluidos en el ámbito de la ZEPA han participado en el proceso de información pública para poder dar por cumplimentado el trámite de audiencia.”* Es decir, el órgano proponente ha de justificar que las garantías de la participación de los propietarios afectados han quedado salvaguardadas en éste y en otros casos, si bien debe precisarse que articulada la participación de éstos a través de la información pública y de las distintas organizaciones que les representan -presentes o no en los órganos colegiados consultados-, no deviene en obligatorio para ellos su participación, si bien ha de acreditarse que hayan podido realizarla a través de tales organizaciones que les representan, en cuya concreción se encuentra la clave del trámite de audiencia a los interesados, además de la difusión de la información pública a través de anuncios insertados en los boletines y vía internet.

Téngase en cuenta, además, que los afectados por el presente Plan han podido participar con anterioridad en el procedimiento de elaboración de otros instrumentos de planificación (a través de los trámites de información pública), como son los Planes Generales de los municipios incluidos en su ámbito (la mayor parte de los terrenos, según se expresa en la memoria justificativa del Proyecto, se clasifican como suelo no urbanizable sujetos a diversos regímenes de protección) o las Directrices y el Plan de Ordenación Territorial del Litoral, que recogen las ZEPAS en la categoría de protección ambiental.

Así pues, el que con carácter general no se exija la notificación individualizada a todos los propietarios sitios en su ámbito, sino que se canalice tal participación a través de las organizaciones y asociaciones que les representan, así como a través de la información pública anunciada en el BORM, en los Ayuntamientos respectivos y su difusión por internet, acorde todo ello con la naturaleza reglamentaria, no excluye que, en virtud del trámite de audiencia expresado en el artículo 21.2 de la Ley 42/2007 no deban otorgarse en el procedimiento de aprobación del PORN

trámites de audiencia que deban notificarse individualizadamente a determinados propietarios cuando, por ejemplo, se hayan personado en el procedimiento de elaboración del Plan como interesados, o a la asociación que los represente en su ámbito, si existiera, o al titular mayoritario de fincas singularmente afectado por la ordenación o la gestión claramente identificado en la información catastral que integra la memoria descriptiva de los planes, o al Ministerio de Defensa si posee instalaciones militares en su ámbito (STS, Sala 3ª, de 9 de marzo de 2004), o a aquellos otros afectados que pudieran resultar posteriormente incluidos por haberse ampliado los ámbitos de protección después de la información pública, cuando afecta singularmente a determinadas titularidades dominicales, siempre y cuando su notificación sea viable.

En suma, el departamento competente ha de realizar un máximo esfuerzo para lograr la participación de los interesados, en las diversas formas descritas, dando contenido al trámite de audiencia singularizado (que se practica en general a través de las organizaciones y asociaciones representativas) de la información pública, según la redacción contenida en el artículo 21.2 de la Ley 42/2007, como pone de manifiesto el informe de la Dirección de los Servicios Jurídicos, a cuyos efectos cobra una especial importancia la información catastral de las propiedades en su ámbito, cuyo examen incorpora la memoria informativa o descriptiva del plan.

Pero, como también reconoce el informe jurídico del Servicio correspondiente de la Consejería consultante, el esfuerzo para que participen los afectados no queda ahí, pues la Administración también está obligada a contestar específicamente las alegaciones presentadas, según recoge la doctrina del Tribunal Supremo, representadas, entre otras, por la sentencia de la Sala 3ª, de 16 de febrero de 2009: *“el exacto cumplimiento de tales trámites exige no sólo la mera formulación y recepción de los diversos alegatos de esas entidades y particulares, sino la reposada lectura de los mismos por la Administración y su contestación específica sobre las razones que lleven a la aceptación o rechazo de tales alegaciones, para así considerar integrado y realizado el trámite de audiencia pública, que debe posibilitar la corrección de errores, puntos de vista o cambios de enfoque en el contenido del Plan”*.

En el presente caso, consta que la Consejería proponente ha realizado la valoración de las alegaciones y su contestación específica a los efectos de considerar plenamente realizado el trámite de audiencia pública, pues su omisión conllevaría la nulidad procedimental (STS, Sala 3ª, de 16 de febrero de 2009), ni tampoco se ha producido indefensión en tanto a través de la información pública no se priva al interesado de introducir en el procedimiento los datos, alegaciones y pruebas necesarias para obtener el respeto a sus derechos o intereses legítimos (STS, Sala 3ª, de 23 de julio de 2008).

La misma interpretación realizada sobre el procedimiento de elaboración de los PORN es aplicable respecto a la delimitación de las áreas de protección de la fauna silvestre (artículo 22.1,b de la Ley 7/1995), cuya declaración también recoge el Proyecto de Decreto según se ha citado, en tanto la audiencia a los interesados puede realizarse directamente o por medio de sus organizaciones o asociaciones, considerándose necesario en este caso la audiencia a los titulares de cotos privados, cuyo representante forma parte del Consejo Asesor de Caza y Pesca Fluvial, que evacuó su informe el 11 de febrero de 2009, a instancias del informe del órgano preinformante.

**SEXTA.- Sobre las cuestiones concretas suscitadas en la consulta segunda.**

La segunda pregunta, orientada ya a la participación de los propietarios en el presente Proyecto de Decreto, se contrae a señalar si es necesario que la Dirección General de Patrimonio Natural y Biodiversidad, antes de la aprobación del Decreto por el Consejo de Gobierno, otorgue un trámite específico de audiencia a aquellos propietarios de terrenos afectados por el Plan de Gestión y Conservación respecto de los que no tuviera constancia de su participación en el proceso de información pública o, por el contrario, considera que son suficientes los trámites llevados a cabo en la elaboración del proyecto de Decreto para juzgar cumplido el trámite de audiencia.

Al tratarse de una disposición de carácter general, en cuanto al procedimiento seguido ya se ha indicado en la Consideración Cuarta que se ha ajustado a lo previsto en el artículo 53 de la Ley 6/2004, si bien se realizan las siguientes consideraciones sobre la participación de los propietarios de terrenos singularmente destacada en esta pregunta:

1. En lo que afecta a los titulares dominicales incluidos en su ámbito, en coherencia con la opción utilizada por el centro directivo proponente de otorgar la audiencia a los interesados, con independencia de la apertura de la información pública, a través de las organizaciones y asociaciones que los representan en los órganos colegiados consultados, este Consejo Jurídico echa en falta un trámite de audiencia específico a alguna asociación que los represente en la zona, si existiera, en tanto no están presentes como tales en los órganos colegiados consultados, a diferencia, por ejemplo, de los agricultores de la zona que sí se encuentran representados (se otorgó una audiencia inicial a los sindicatos agrarios). Dicha audiencia parece aún más justificada, si se tiene en cuenta que en la composición del órgano de consulta e información que se propone para la participación social en el Proyecto de Plan, se establece que habrá un representante de los propietarios de la ZEPA.

No obstante lo anterior, si la única existente fuera la Asociación de Propietarios afectados por las ZEPAS, que ya ha comparecido en el trámite de información pública presentando alegaciones, no sería necesario tal trámite, lo que debe justificarse en el informe que ha de elaborar la Consejería consultante para dar cumplimiento a lo señalado por la Dirección de los Servicios Jurídicos, en el que se ha de especificar el alcance de la participación de los interesados y en particular de los propietarios afectados. En tal sentido, la mayoría de alegaciones presentadas durante la información pública corresponden a propietarios de la zona, entre ellas las del promotor de la Modificación del Plan General Municipal de Águilas en la finca “—”, singularmente afectada por el presente Proyecto, según el informe de la Consejería competente en materia de urbanismo. Desde esta perspectiva de singular afección a determinadas propiedades, la audiencia ha quedado cubierta por la personación en el trámite de información pública, presentando alegaciones también otros propietarios afectados por el reajuste de límites de la ZEPA (en la parte ampliada), aceptados por la Comisión Europea, según comunicación de 23 de octubre de 2009.

También cabría plantearse, puesto que así se refleja en el apartado 15 (análisis de la propiedad) del Proyecto de Plan, que ha singularizado a un único propietario en Cabo Cope, si tal especificación hubiera requerido un trámite de audiencia en su condición de propietario único de aquel ámbito, si bien en el presente caso, además de la apertura de la información pública en la que no consta que haya comparecido, se ha presentado una alegación por el secretario del Consorcio integrado por las Administraciones Públicas y los propietarios de aquella zona para el desarrollo de una actuación de interés regional, por lo que en opinión de este Consejo Jurídico no sería necesario, sin que se evidencie en el texto que la versión definitiva del presente Plan contradiga las Directrices y el Plan de Ordenación Territorial del Litoral o la Actuación de Interés Regional de Cabo Cope (AIR).

2. Al quedar delimitada el ámbito de la ZEPA como área de protección de la fauna silvestre, conforme al artículo 22.1,b) de la Ley 7/1995, teniendo consideración de instrumento de conservación a los efectos previstos en el artículo 23 de la citada Ley, ha de considerarse si se estiman cumplimentados los requisitos previstos para ello por la citada Ley, a tenor de la interpretación realizada por los órganos jurisdiccionales a la que se ha referido este Órgano Consultivo con anterioridad.

En el referido artículo 22.1,b) se establece que se otorgará un trámite de audiencia a los interesados y se recabarán los informes de los Consejos Asesores de Medio Ambiente y de Caza y Pesca Fluvial. Ya hemos indicado en relación con los PORN y con la elaboración de las



disposiciones de carácter general, que la audiencia a los interesados puede realizarse directamente a través de la correspondiente información pública o por medio de sus organizaciones o asociaciones, teniendo en cuenta que forman parte del Consejo Asesor de Caza y Pesca Fluvial los representantes de los cotos privados de caza, las asociaciones de cazadores y de ecologistas, las agrarias, los colegios profesionales de biólogos, de ingenieros de montes y de agrónomos, etc., que ha evacuado su informe el 11 de febrero de 2009.

A este respecto en la documentación integrante del Plan de Gestión y Conservación (en el apartado del análisis de la propiedad) se detalla la existencia de 79 cotos privados de caza, sin que conste en el expediente que su representante participara en la reunión del Consejo Asesor de Caza y Pesca Fluvial, que igualmente, junto con los cazadores locales, formarán parte del órgano de consulta y gestión del presente Plan, pues conviene recordar que la literalidad del artículo 53.3,d) de la Ley 6/2004 excluye la audiencia “cuando tales asociaciones hayan participado por medio de informes” (Dictamen 102/2010 de este Consejo Jurídico) y en el presente caso no consta que el representante de los titulares de cotos privados participara en la sesión del órgano colegiado. Por tanto, este Órgano Consultivo considera *a priori* la conveniencia de completar el procedimiento - desde la perspectiva de su declaración de área de protección de la fauna- otorgando un trámite de audiencia al representante de los cotos privados de caza, salvo que la incidencia del presente Plan en la actividad cinegética sea mínima y no se establezcan nuevas prohibiciones que pudieran afectar a los titulares de cotos privados.

En consecuencia, procede elaborar el informe requerido por el órgano preinformante sobre la participación de los propietarios en el procedimiento, justificando la relación de asociaciones y organizaciones consultadas mediante su integración en los órganos colegiados, en los términos previstos en el artículo 53.3, d) de la Ley 6/2004, y dando cumplida respuesta también a las anteriores observaciones.

#### **SÉPTIMA.- Consideración final.**

Las cuestiones sometidas a consulta ponen en evidencia la necesidad de disponer de una norma regional en materia de conservación de espacios naturales protegidos, incluidos los pertenecientes a la Red Natura 2000, particularmente en lo que se refiere a los planes de gestión específicos de las ZEPAS y las Zonas Especiales de Conservación, mediante la regulación, con carácter general, de su contenido y procedimiento de aprobación, en desarrollo de la normativa básica estatal citada en el presente Dictamen.

De otra parte, a la hora de escoger el instrumento de planificación y gestión aplicable a tales espacios en la Región, habrá de tenerse en cuenta por la Consejería consultante el solapamiento de las distintas figuras de protección y la adopción de un instrumento que sea integrador y eficaz, resultando un todo coherente desde la protección de todos los valores que caracterizan al espacio en cuestión, como exige el artículo 28 de la Ley 42/2007, jugando un papel esencial para los parques y reservas regionales la figura de los PORN.

Por último, el órgano que tramita los instrumentos de la planificación ecológica habrá de determinar y motivar en cada caso cómo se articula la participación de los interesados, siempre desde la perspectiva amplia que demandan las normas básicas estatales que inciden en la materia, que no siempre ha de limitarse a las organizaciones y asociaciones representadas a los consejos asesores consultivos regionales intervinientes, debiendo tenerse en cuenta también a aquellas asociaciones que representen a los propietarios de la zona, si existiesen.

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

### **CONCLUSIONES**

**PRIMERA.**- El Plan de Gestión y Conservación de la ZEPA “Almenara, Moreras y Cabo Cope” se incardina plenamente en la normativa comunitaria y básica estatal, así como en la Ley regional 7/1995, en su vertiente de área de protección de la fauna silvestre, sin perjuicio de las observaciones recogidas en la Consideración final de este Dictamen.

**SEGUNDA.**- El procedimiento de elaboración del presente Proyecto de Decreto se ha ajustado al previsto en el artículo 53 de la Ley 6/2004, a reserva de la subsanación de las observaciones contenidas en las Consideraciones Cuarta, 2ª, y Sexta.

**TERCERA.**- No obstante lo anterior, procede la realización de un informe justificativo que analice la participación de los titulares dominicales en el procedimiento de elaboración del presente Proyecto, de acuerdo con las observaciones que se recogen en las Consideraciones Quinta y Sexta del Presente Dictamen.

No obstante, V.E. resolverá.





**DICTAMEN 141/2010**

<b>Asunto</b>	Proyecto de Decreto sobre medidas de simplificación documental en los procedimientos administrativos de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.
<b>Consultante</b>	Consejera de Presidencia y Administración Pública
<b>Fecha</b>	19/07/2010

**Extracto de Doctrina**

1. El concepto de declaración responsable ha sido fijado legalmente en el artículo 71 bis LPAC y tiene una significación diferente, al menos en teoría, al mero acto de manifestación a que lo reduce el texto proyectado, constituyendo más bien una técnica autorizatoria o permisiva del ejercicio de actividades. Así se desprende del apartado 3 del indicado artículo 71 bis, en cuya virtud, la mera presentación de la declaración responsable permitirá, con carácter general, el reconocimiento o ejercicio de un derecho o bien el inicio de una actividad, desde el día de su presentación, sin perjuicio de las facultades de comprobación, control e inspección que tengan atribuidas las Administraciones Públicas. Es decir, la declaración responsable no sólo exime al interesado de aportar la documentación acreditativa en un momento anterior al ejercicio de la actividad, sino que produce un efecto habilitante que emana directamente de la norma, siendo la declaración responsable una carga necesaria para el despliegue de ese efecto.

En consecuencia, la determinación del reconocimiento de qué derechos o el ejercicio de qué actividades se somete a la presentación de una declaración responsable en lugar de a otras técnicas autorizatorias o permisivas, excede el ámbito de la mera simplificación documental para integrarse en el más amplio de la simplificación administrativa, dada la reducción de trámites que conlleva. Ello hace que el Proyecto sometido a consulta, no sea la disposición más adecuada para regular tales extremos, por lo que debería circunscribir su objeto a la primera línea de simplificación documental apuntada en el artículo 1, es decir, a la supresión de la obligación de presentar determinada documentación acreditativa en los procedimientos en los que se tenga la condición de interesado.

2. Considera el Consejo Jurídico que, como de forma adecuada refleja el artículo 2 del Proyecto, la supresión de la obligación de aportar aquellos documentos dirigidos a la acreditación en el seno del procedimiento de datos a los que tiene acceso la Administración actuante, a través de sus propios archivos o por técnicas electrónicas que permiten la interoperabilidad entre las bases de datos de distintas Administraciones, opera con carácter general y para todo tipo de procedimientos, toda vez que constituye la consecuencia inmediata del establecimiento en la Ley del derecho de los

interesados a no presentar documentos y a acreditar datos que ya obren en poder de la Administración, siendo plenamente coherente con la finalidad perseguida por tales determinaciones.

### **ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** En fecha indeterminada, la Dirección General de Calidad e Innovación de los Servicios Públicos elabora un primer borrador de Decreto sobre supresión, con carácter general, de determinada documentación en los procesos administrativos de la Administración regional.

Dicho texto se acompaña de la siguiente documentación:

a) Informe, de 30 de junio de 2009, según el cual la futura disposición carece de impacto por razón de género.

b) Estudio económico, de la misma fecha, según el cual, el Decreto que se pretende aprobar carece de incidencia económica alguna. No genera nuevas obligaciones para la Hacienda regional ni cambios en los ingresos.

c) Memoria de oportunidad, también de 30 de junio, que señala como finalidad del futuro Decreto la de impulsar procesos de desburocratización y simplificación administrativa, mediante la supresión de la obligación de aportar determinados documentos en los procedimientos administrativos. Se pretende hacer efectivo el derecho de los ciudadanos a no aportar documentos que ya se encuentren en poder de la Administración, contemplado en el artículo 35, letra f) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC) y en el 6.2, letra b) de la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos (LAE).

**SEGUNDO.-** Con fecha 6 de julio, el Director General de Calidad e Innovación de los Servicios Públicos eleva el texto a la Consejera de Presidencia y Administraciones Públicas para su tramitación como Decreto.

**TERCERO.-** Al parecer, el texto fue sometido a la consideración de las Consejerías y algunos Organismos Públicos de la Administración regional, si bien no consta en el expediente de cuáles de ellos se recabó la formulación de observaciones.

Obran en el expediente las sugerencias y observaciones realizadas por los siguientes entes públicos, centros directivos y Consejerías:

- Consejería de Agricultura y Agua.
- Consejería de Cultura y Turismo.
- Consejería de Sanidad y Consumo.
- Agencia Regional de Recaudación.
- Intervención General.
- Instituto Murciano de Acción Social.
- Dirección General de Arquitectura y Vivienda.
- Dirección General de Urbanismo y Ordenación del Territorio.
- Dirección General de Economía y Planificación.

De las observaciones efectuadas destacan las siguientes:

- Necesidad de contar con sistemas de interoperabilidad entre las distintas Administraciones, mediante la suscripción de convenios, que permitan el acceso inmediato a la información obrante en las Administraciones suministradoras de la misma.

- Conciliación de las previsiones del futuro Decreto con otras normas, incluso básicas, que regulan la aportación de documentación, como ocurre en el caso de las subvenciones. Respecto de éstas, también se propone excluirlas del ámbito de aplicación del Proyecto.

- Someter a determinadas condiciones la no presentación de documentos concretos.

- Se proponen nuevos documentos que podrían incluirse en el texto.

- Se propone eliminar del mismo la no obligación de presentar certificación acreditativa de titularidad de cuenta bancaria.

**CUARTO.-** Con fecha 30 de julio de 2009, el Servicio Jurídico de la Consejería de Presidencia y Administraciones Públicas emite informe favorable sobre el Proyecto, formulando diversas observaciones de carácter formal y material, especialmente en relación con el régimen de las declaraciones responsables. Considera oportuno, asimismo, someter el Proyecto a información pública.

Dicho informe es objeto de valoración por parte de la Inspección General de Servicios, que acepta e incorpora al texto la mayoría de las observaciones formuladas.

**QUINTO.-** El Boletín Oficial de la Región de Murcia de 11 de noviembre de 2009, publica anuncio de la Dirección General promotora del Proyecto por la que se somete el mismo a información pública y audiencia de los ciudadanos.

Previamente, por Orden de la Consejería de Presidencia y Administraciones Públicas, de 21 de octubre, se dispone someter el Proyecto a información pública.

**SEXTO.-** Si bien durante el plazo de quince días habilitado al efecto no se presenta alegación alguna, el 5 de enero de 2010 lo hace el Defensor del Pueblo de la Región de Murcia, sugiriendo una mayor concreción en las previsiones del Proyecto, sometiendo a plazo algunas de ellas, así como una mejor armonización con la normativa sobre protección de datos de carácter personal. Del mismo modo, se realiza una observación sobre la sistemática interna del texto.

**SÉPTIMO.-** El 21 de enero de 2010, el Inspector Jefe emite informe acerca de las observaciones efectuadas por el Defensor del Pueblo, dando cumplimiento a lo establecido en el artículo 27 de la Ley 6/2008, de 20 de noviembre, del Defensor del Pueblo de la Región de Murcia. En dicho informe se valoran las sugerencias y se admiten unas, rechazando motivadamente las restantes.

**OCTAVO.-** Con fecha 24 de febrero de 2010, la Dirección de los Servicios Jurídicos emite su informe preceptivo, en sentido favorable al Proyecto, si bien formula diversas observaciones de orden procedimental y material. Entre estas últimas destacan las que se refieren a la necesaria armonización del contenido del Proyecto con otras normas, como las reguladoras de las subvenciones, y la conveniencia de suprimir el artículo dedicado a las declaraciones responsables, dada la introducción en la LPAC de una regulación básica sobre tales documentos, con la que podría entrar en contradicción el precepto del Proyecto.

**NOVENO.-** El 23 de marzo, el Vicesecretario de la Consejería proponente informa favorablemente el Proyecto.

**DÉCIMO.-** Consta en el expediente un texto del Proyecto autorizado por la Consejera consultante, compuesto de una parte expositiva innominada, 18 artículos, divididos en dos Capítulos (I, "Disposiciones Generales"; y II, "Supresión de la obligación del interesado de aportar

determinados documentos”), cuatro disposiciones adicionales, dos transitorias, una derogatoria y dos finales.

En tal estado de tramitación y una vez incorporado el preceptivo índice de documentos, se remitió el expediente en solicitud de Dictamen, mediante oficio recibido en el Consejo Jurídico el pasado 5 de abril de 2010.

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 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 normativa.**

La materia en que se incardina el Proyecto sometido a consulta es la del procedimiento de producción de los actos administrativos, que se contempla en el artículo 105, c) CE y que en lo que se refiere al procedimiento administrativo común tiene reservado el Estado, ex artículo 149.1, 18ª CE dejando a salvo la regulación de las especialidades derivadas de la organización propia de las Comunidades Autónomas, que corresponde a cada una de ellas.



La delimitación competencial de la materia entre Estado y Comunidades Autónomas exige, en primer lugar, determinar el alcance del “procedimiento administrativo común”, en tanto que espacio vedado a la actividad normativa regional. Un segundo límite vendrá establecido por el establecimiento de qué ha de entenderse por normas procedimentales derivadas de las especialidades organizativas propias.

De conformidad con la doctrina constitucional, *“el adjetivo “común” que la Constitución utiliza lleva a entender que lo que el precepto constitucional ha querido reservar en exclusiva al Estado es la determinación de los principios o normas que, por un lado, definen la estructura general del iter procedimental que ha de seguirse para la realización de la actividad jurídica de la Administración y, por otro, prescriben la forma de elaboración, los requisitos de validez y eficacia, los modos de revisión y los medios de ejecución de los actos administrativos, incluyendo señaladamente las garantías generales de los particulares en el seno del procedimiento”* (STC 227/1998). Sin embargo, *“de ello no puede deducirse que forme parte de esa materia competencial toda regulación que de forma indirecta pueda tener alguna repercusión o incidencia en el procedimiento así entendido o cuyo incumplimiento pueda tener como consecuencia la invalidez del acto”* (STC 50/1999).

Es en esta precisión que pone de relieve el Tribunal Constitucional donde se incardina la competencia autonómica en la materia, de forma que el procedimiento administrativo común no llega a agotar toda la regulación del cauce formal de elaboración de los actos administrativos, sino que establece los elementos y garantías esenciales, que habrán de ser respetados por los procedimientos específicos que se dicten para la producción de determinados actos y disposiciones, cuya normación no está constitucionalmente reservada al Estado.

Así, señala el Tribunal Constitucional que *“sin perjuicio del obligado respeto a esos principios y reglas del “procedimiento administrativo común”, que en la actualidad se encuentran en las Leyes generales sobre la materia -lo que garantiza un tratamiento asimismo común de los administrados ante todas las Administraciones públicas, como exige el propio art. 149.1.18-, coexisten numerosas reglas especiales de procedimiento aplicables a la realización de cada tipo de actividad administrativa “ratione materiae”. La Constitución no reserva en exclusiva al Estado la regulación de estos procedimientos administrativos especiales. Antes bien, hay que entender que ésta es una competencia conexa a las que, respectivamente, el Estado o las Comunidades Autónomas ostentan para la regulación del régimen sustantivo de cada actividad o servicio de la Administración (...) En consecuencia, cuando la competencia legislativa sobre una materia ha sido atribuida a una Comunidad Autónoma, a ésta cumple también la aprobación de las normas de*

*procedimiento administrativo destinadas a ejecutarla, si bien deberán respetarse en todo caso las reglas del procedimiento establecidas en la legislación del Estado dentro del ámbito de sus competencias” (STC 227/1988).*

Las normas del procedimiento administrativo común coexisten en la LPAC con las relativas al régimen jurídico de las Administraciones Públicas y de los actos administrativos, cuyas bases corresponde dictar al Estado (art. 149.1.18ª CE). Entre dichas normas, el artículo 45.1 impone a las Administraciones Públicas la obligación de impulsar el empleo y aplicación de las técnicas y medios electrónicos, informáticos y telemáticos para el desarrollo de su actividad y el ejercicio de sus competencias, con las limitaciones que a la utilización de estos medios establecen la Constitución y las Leyes; el artículo 35, letra f), por su parte, proclama el derecho de los ciudadanos a no presentar documentos no exigidos por las normas aplicables al procedimiento de que se trate, o que ya se encuentren en poder de la Administración actuante.

Este derecho, desarrollado reglamentariamente por el Estado en el ámbito del procedimiento para la concesión de subvenciones (Real Decreto 2225/1993, de 17 de diciembre, hoy ya derogado) y para el otorgamiento, modificación y extinción de autorizaciones (Real Decreto 1778/1994, de 5 de agosto) ha sido objeto de una importante ampliación en su alcance por la LAE, al establecer su artículo 6.2, letra b), el derecho de los ciudadanos a no aportar los datos y documentos -no sólo documentos, como señala el 35, letra f) LPAC- que obren en poder de cualquier Administración Pública -no sólo, por tanto, de la actuante-. Establece el precepto, asimismo, que las Administraciones utilizarán medios electrónicos para recabar dicha información siempre que, en el caso de datos de carácter personal, se cuente con el consentimiento del afectado, de conformidad con la normativa sobre protección de datos de carácter personal. La efectividad de este derecho en el ámbito de las Comunidades Autónomas, no obstante, queda supeditada por la Disposición final tercera, 3, LAE a la existencia de disponibilidad presupuestaria.

Dispone, asimismo, el artículo 9 LAE que, para un eficaz ejercicio del derecho reconocido en el artículo 6.2, b), cada Administración deberá facilitar el acceso de las restantes Administraciones Públicas a los datos relativos a los interesados que obren en su poder y se encuentren en soporte electrónico, especificando las condiciones, protocolos y criterios funcionales o técnicos necesarios para acceder a dichos datos con las máximas garantías de seguridad, integridad y disponibilidad, de conformidad con lo establecido en la normativa sobre protección de datos de carácter personal. La disponibilidad de los datos estará limitada estrictamente a aquellos que son requeridos a los ciudadanos por las restantes Administraciones para la tramitación y resolución de los procedimientos y actuaciones de su competencia, de acuerdo con la normativa reguladora de los mismos. Para posibilitar la interconexión y el acceso por parte de una Administración a los datos disponibles en otra, los artículos 41 y siguientes de la LAE se dedican a

la regulación de la interoperabilidad de los sistemas de información y al diseño del Esquema Nacional de Interoperabilidad, cuyo desarrollo reglamentario se realiza por Real Decreto 4/2010, de 8 de enero.

También incide en el objeto de regulación de la disposición sometida a consulta las previsiones del artículo 34 LAE (no básico), en cuya virtud, la aplicación de medios electrónicos a la gestión de los procedimientos, procesos y servicios irá siempre precedida de la realización de un análisis de rediseño funcional y simplificación del procedimiento, proceso o servicio, en el que se considerarán especialmente, entre otros aspectos, la supresión o reducción de la documentación requerida a los ciudadanos, mediante su sustitución por datos, transmisiones de datos o certificaciones, o la regulación de su aportación al finalizar la tramitación.

En el ámbito regional, el artículo 10.Uno,29 del Estatuto de Autonomía para la Región de Murcia (EAMU), por su parte, atribuye a la Comunidad Autónoma la competencia exclusiva en materia de procedimiento administrativo derivado de las especialidades de la organización propia.

En ejercicio, entre otras, de esta competencia, la Comunidad Autónoma dicta 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 4, la Ley proclama como finalidad esencial de la Administración regional la actuación al servicio de los ciudadanos, con objeto de asegurar la efectividad de sus derechos cuando se relacionen con ella, consagrando, en lo que aquí interesa, como principios relacionales Administración-ciudadano los de efectividad de los derechos de éste, y la sencillez, claridad y proximidad.

El artículo 31, encabezando el capítulo denominado “Procedimiento Administrativo”, establece la sujeción de la actuación administrativa regional a las normas del procedimiento administrativo común y a las que se establezcan en razón de las especialidades derivadas de su propia organización.

En el escenario competencial y legal expuesto, el Proyecto persigue el establecimiento de medidas de simplificación documental mediante la supresión de la obligación de presentar determinados documentos durante la elaboración de los actos administrativos y la sustitución de otros por la presentación de declaraciones responsables. En la medida en que su ámbito de aplicación lo constituyen los procedimientos tramitados por la Administración regional para la producción de los actos administrativos para los que ostenta competencia, cabe afirmar que también la tiene para establecer la regulación proyectada, pues no se aprecia que incida en el

ámbito material del procedimiento administrativo común, reservado al Estado, y cuyo necesario respeto opera aquí como límite de la normativa regional que se pretende establecer.

Para el desarrollo de las citadas leyes existe habilitación suficiente en la Disposición final única de la LPAC que deja al Gobierno y a las Comunidades Autónomas, en el ámbito de sus respectivas competencias, el dictado de las disposiciones de desarrollo y aplicación de la Ley que resulten necesarias; en la Disposición final octava de la LAE, que se expresa en parecidos términos; y en la Disposición final primera de la Ley 7/2004, que contiene una autorización similar, respecto del Consejo de Gobierno.

El ejercicio de la potestad normativa corresponde al Consejo de Gobierno, en virtud de lo establecido en los artículos 32.1 EAMU y 21.1, 22.12 y 52.1 de la Ley 6/2004, de 28 de diciembre, del Estatuto del Presidente y del Consejo de Gobierno de la Región de Murcia.

### **TERCERA.- Procedimiento de elaboración y conformación del expediente.**

En términos generales la tramitación del Proyecto se ha ajustado a 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) De conformidad con el artículo 53.3, letra b) de la Ley 6/2004, la decisión sobre el procedimiento escogido para dar audiencia a los ciudadanos afectados deberá ser motivada por el órgano que acuerde dicho trámite. Sin embargo, no consta tal motivación en el informe propuesta de Orden, de fecha 20 de octubre, que el Servicio Jurídico de la Consejería de Presidencia y Administraciones Públicas eleva a la titular del Departamento, ni en la Orden que ésta firma con la misma fecha, lo que es lógico, pues únicamente dispone someter el Proyecto a información pública, no a audiencia.

Por lo demás, pueden darse aquí por reproducidas las consideraciones efectuadas en nuestro Dictamen 118/2010, sobre el Proyecto de Decreto de Atención al Ciudadano, en relación al trámite participativo en la elaboración de las disposiciones de carácter general, dado que la solución adoptada por la Consejería consultante en ambos proyectos reglamentarios ha sido idéntica.

Por otra parte, se afirma en informe de la Inspección General de Servicios de fecha 23 de septiembre de 2009 (folios 51 y ss del expediente) que tanto las organizaciones sindicales como

las empresariales tienen conocimiento del Proyecto, “*habiendo mostrado interés y realizado observaciones*”. Ninguna de tales sugerencias u observaciones de los agentes sociales constan en el expediente, en clara contravención de lo establecido en el artículo 46.2 del Reglamento de Organización y funcionamiento del Consejo Jurídico de la Región de Murcia, aprobado por Decreto 15/1998, de 2 de abril (RCJ), en cuya virtud, la consulta se acompañará de todos los antecedentes que puedan influir en el Dictamen.

Tampoco se ha incorporado al expediente un informe del órgano encargado de la elaboración del texto en el que se valoren críticamente las observaciones y sugerencias formuladas por las diversas Consejerías y organismos a los que se sometió el Proyecto, indicando cuáles de ellas fueron aceptadas y cuáles rechazadas, así como los motivos para la adopción de tal decisión. De haberlo hecho se habría ilustrado mejor la evolución de la norma que con la simple incorporación al expediente de las 16 versiones o borradores que se han ido sucediendo hasta alumbrar el texto definitivo sometido a consulta.

b) El autodenominado “estudio económico” que obra al folio 2 del expediente, afirma que el futuro Decreto carece de incidencia económica, pues no genera mayores gastos ni cambios en los ingresos presupuestados. Ha de recordarse, como bien señala la Dirección de los Servicios Jurídicos y es doctrina constante de este Consejo Jurídico, que el estudio económico que ha de incorporar la fase de elaboración reglamentaria ex artículo 53 de la Ley 6/2004 es de diferente alcance al exigido por la normativa presupuestaria (Disposición adicional del Texto Refundido de la Ley de Hacienda de la Región de Murcia, aprobado por Decreto Legislativo 1/1999, de 2 de diciembre) para los casos en que la entrada en vigor de la futura norma genere nuevas obligaciones económicas no previstas inicialmente o una disminución de los ingresos en principio previstos.

En efecto, la memoria económica a que se refiere el artículo 53 de la Ley 6/2004 tiene por finalidad ilustrar acerca de las consecuencias económicas que, más allá de su incidencia en los créditos presupuestarios, habrá de tener la futura disposición, permitiendo así deducir el alcance del Proyecto con relación al principio de eficacia que informa con carácter esencial toda la actuación administrativa (art. 103.3 CE), además de ser pauta de referencia para contrastar la eficiente asignación del gasto público que el artículo 31 CE demanda.

En este sentido, es evidente que la supresión de la obligación de presentar determinados documentos supone una importante reducción de cargas administrativas para los ciudadanos y las empresas en sus relaciones con la Administración regional, que se traducirá en una minoración de

los costes de todo tipo que aquéllos han de soportar, desde el ahorro en el importe de las tasas por expedición de certificados o copias, hasta el tiempo invertido en la obtención de los mismos. De hecho, el Plan de Medidas Extraordinarias para la Dinamización Económica y la Consolidación del Empleo en la Región de Murcia para el período 2008-2012, contempla como medida 104 la consistente en promover de manera generalizada la simplificación de procedimientos administrativos, agilizando la gestión administrativa a través de la simplificación de los trámites y la introducción de medios electrónicos, medidas entre las que cabe entender incardinada la simplificación documental, en tanto que, si bien no conlleva la eliminación de trámites, sí que facilita al ciudadano su realización. En cualquier caso, la trascendencia económica de la norma sometida a consulta queda confirmada cuando ya los primeros párrafos de la Exposición de Motivos que la encabeza se expresan en los siguientes términos: *“no debe olvidarse que de la eficiencia administrativa depende, en grado no menor, el nivel de competitividad de la economía y, por tanto, es un factor esencial para consolidar el crecimiento económico para el conjunto de la ciudadanía (...) uno de los medios más directos para obtener estos resultados es evitar que los ciudadanos aporten documentos que ya se encuentran en poder de la Administración”*.

Además, la aplicación de una parte sustancial de la futura disposición queda condicionada a la efectiva operatividad de los sistemas de verificación de datos y a la implantación de medidas de conexión e información interadministrativa, sobre cuyos costes directos e indirectos nada se contiene en el expediente y cuya relevancia cabe inferir de la Disposición final tercera, 3 LAE, que supedita la efectiva exigibilidad del derecho contenido en su artículo 6.2, letra b) a la existencia de disponibilidades presupuestarias.

Procede, en consecuencia, incorporar al expediente un estudio económico que ilustre acerca de los efectos económicos que producirá la entrada en vigor de la disposición sometida a consulta.

c) Carece el expediente de la relación de disposiciones cuya vigencia resultará afectada por la entrada en vigor de la nueva norma. Adviértase que, de los términos en que se expresa el artículo 53.1 de la Ley 6/2004, cabe interpretar que cualquier afección de la vigencia ha de ser tenida en cuenta, es decir, no sólo la más radical que supone la derogación, sino también otras incidencias de menor intensidad, tales como las modificaciones, expresas o tácitas, de preceptos concretos, el desplazamiento de la aplicación por vía de supletoriedad de normas estatales por la aprobación de normas regionales, etc. Y es que la exigencia contenida en el precepto legal se enmarca, en la fase de elaboración normativa, entre aquellas actuaciones que persiguen aportar un conocimiento pleno no sólo de las razones o motivos que justifican la oportunidad y necesidad de la

norma en general o de las concretas determinaciones normativas que establezca, sino también de las consecuencias de toda índole que tendrá su aprobación, para posibilitar su mejor inserción en el ordenamiento, evitando indeseables antinomias y vacíos de regulación.

En el supuesto sometido a consulta, la aprobación del futuro Decreto conllevará la modificación tácita de las normas rectoras de numerosos procedimientos en las que se establecen de forma expresa el modo de acreditación por los interesados de los datos necesarios para la tramitación y resolución de aquéllos. Sin embargo, nada se contiene al respecto en el expediente.

d) Carece el expediente de la propuesta de la Consejera de Presidencia y Administraciones Públicas al Consejo de Gobierno para la aprobación del texto como Decreto.

e) Tampoco se ha incorporado a la consulta un extracto de secretaría, en contra de lo preceptuado por el artículo 46.2 RCJ.

#### **CUARTA.- Observaciones de carácter general.**

1. La sustitución de la obligación de aportar determinada documentación acreditativa por la presentación de una declaración responsable.

De conformidad con el artículo 1 del Proyecto, su objeto es la simplificación documental en los procedimientos tramitados por la Administración regional, y para conseguirla señala dos vías de actuación: a) suprimir la obligación de aportar determinada documentación, o b), sustituir ésta por la presentación de declaraciones responsables.

Considera el Consejo Jurídico que la acepción con que el Proyecto utiliza el término “declaración responsable”, es excesivamente limitada respecto de la naturaleza y alcance con que la normativa básica construye esta figura jurídica.

Para el Proyecto, la declaración responsable equivale a mera manifestación de cumplimiento de algún requisito o trámite. Sin embargo, el concepto de declaración responsable ha sido fijado legalmente en el artículo 71 bis LPAC y tiene una significación diferente, al menos en teoría, al mero acto de manifestación a que lo reduce el texto proyectado, constituyendo más bien una técnica autorizatoria o permisiva del ejercicio de actividades. Así se desprende del apartado 3 del indicado artículo 71 bis, en cuya virtud, la mera presentación de la declaración responsable permitirá, con carácter general, el reconocimiento o ejercicio de un derecho o bien el inicio de una

actividad, desde el día de su presentación, sin perjuicio de las facultades de comprobación, control e inspección que tengan atribuidas las Administraciones Públicas. Es decir, la declaración responsable no sólo exime al interesado de aportar la documentación acreditativa en un momento anterior al ejercicio de la actividad, sino que produce un efecto habilitante que emana directamente de la norma, siendo la declaración responsable una carga necesaria para el despliegue de ese efecto.

En consecuencia, la determinación del reconocimiento de qué derechos o el ejercicio de qué actividades se somete a la presentación de una declaración responsable en lugar de a otras técnicas autorizatorias o permisivas, excede el ámbito de la mera simplificación documental para integrarse en el más amplio de la simplificación administrativa, dada la reducción de trámites que conlleva. Ello hace que el Proyecto sometido a consulta, no sea la disposición más adecuada para regular tales extremos, por lo que debería circunscribir su objeto a la primera línea de simplificación documental apuntada en el artículo 1, es decir, a la supresión de la obligación de presentar determinada documentación acreditativa en los procedimientos en los que se tenga la condición de interesado.

De hecho, cabe constatar que el texto se dedica en la práctica totalidad de sus preceptos a regular dicha exención, destinando únicamente dos preceptos a la sustitución de la documentación acreditativa por una declaración responsable. No obstante, de ellos, la Disposición adicional tercera contempla un supuesto que no responde al concepto legal de declaración responsable, como ya se ha expresado, pues se limita a considerar ésta como mera manifestación del cumplimiento de un requisito; el otro, la Disposición adicional segunda, no deja de ser una previsión de carácter genérico, incluso programática en su primer inciso, y que no establece supuesto concreto alguno de sustitución de la obligación de presentar documentos acreditativos por la presentación de una declaración responsable, ni ofrece criterios materiales para proceder a dicha sustitución.

2. De la operatividad de los sistemas de verificación de datos y de la competencia para fijar las condiciones y requisitos de acceso.

Una de las grandes preocupaciones que puede advertirse a lo largo de la tramitación del Proyecto, y a la que de un modo u otro han aludido la mayor parte de los órganos a los que se consultó, es la relativa a la disponibilidad de los medios de interconexión e interoperabilidad entre las distintas Administraciones para poder suplir con los datos obrantes en otras Administraciones Públicas la información que, siendo necesaria para la resolución de los expedientes, hasta el momento vienen aportando los propios interesados.



Si bien la Exposición de Motivos parece dar respuesta a esta cuestión, afirmando que *“del estudio y análisis de la situación actual, resultaría posible en la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia la supresión de la obligación de los ciudadanos de aportar una serie de documentos”*, lo cierto es que la lectura de la Disposición final primera se encarga de desmentir o, al menos, de rebajar el alcance de dicha afirmación, al señalar que *“los requisitos y procedimientos de acceso a los sistemas de verificación de datos, que permitirán hacer efectivo el derecho ciudadano a no presentar los documentos a que se refiere esta norma, así como la fecha en que dichos sistemas estarán plenamente operativos, se determinarán mediante Orden de la Consejería competente en materia de Administración Pública”*.

Una primera conclusión es que la base técnica que ha de permitir la aplicación del grueso del Decreto (a excepción de tres artículos, los números 14, 15 y 16) aún no está operativa, pues se remite a una Orden posterior el establecimiento de cuándo lo estará. Así lo confirma el expediente, cuando la Dirección General promotora del Proyecto señala que los trabajos para facilitar el acceso por parte de la Administración regional a la información obrante en otras Administraciones, consistente en la suscripción de convenios de colaboración y en constituir las correspondientes plataformas corporativas, *“se encuentran muy avanzados”*, afirmando que la Dirección General de Informática tramita el oportuno convenio de colaboración con el Ministerio de Administraciones Públicas que permita el acceso a la Red SARA.

Sin perjuicio de la conveniencia de incorporar al expediente, con carácter previo a la elevación del Proyecto al Consejo de Gobierno, un informe de la indicada Dirección General acerca del estado de dichos trabajos tendentes a la suscripción del convenio, el futuro Decreto debería establecer una fecha límite para la misma, pues de lo contrario la vigencia de los artículos 8 a 19 del Proyecto quedaría diferida de forma indefinida.

Por otra parte, las previsiones de la Disposición final primera acerca de la futura Orden que habrá de dictar la Consejería de Administraciones Públicas para establecer la fecha de plena operatividad de los sistemas de verificación de datos, deberían modularse o matizarse en lo tocante al establecimiento de los *“requisitos y procedimientos de acceso”* a dichos sistemas. En efecto, si se refiere a los dos sistemas de Verificación de Datos integrados en la Red SARA, que son el de datos de identidad (SVDI) y de residencia (SVDR), tales condiciones y requisitos ya han sido fijados por sendas órdenes ministeriales PRE/3949/2006 y PRE/4008/2006 en las que se establece la configuración, características, requisitos y procedimientos de acceso al Sistema de Verificación de Datos de Identidad (SVDI) y al Sistema de Verificación de Datos de Residencia

(SVDR), respectivamente. De este modo se posibilita el acceso a datos ofrecidos por sendos órganos estatales (la Dirección General de la Policía y de la Guardia Civil y el Instituto Nacional de Estadística, respectivamente).

Respecto de tales sistemas, la Administración regional únicamente podrá establecer los perfiles de usuario de aquellos de sus empleados públicos que puedan formular consultas a los mismos y las condiciones internas de utilización de dicho sistema por sus unidades administrativas, fijando, por ejemplo, cuál es el órgano autonómico competente para autorizar los accesos, el procedimiento interno para solicitar y obtener tal autorización, etc., respetando, en todo caso, los requisitos y condiciones de acceso fijados por las órdenes ministeriales. Atendido su carácter plenamente organizativo, no se advierte inconveniente en que tales disposiciones adopten forma de Orden.

Del mismo modo, si la disposición tiene un alcance más general y se refiere al establecimiento de otros sistemas en los que los datos son ofrecidos por la Administración regional para que puedan ser consultados por otras Administraciones Públicas, en tal caso, habrá de estarse a lo establecido en el artículo 8 del Real Decreto 4/2010, de 8 de enero, por el que se establece el Esquema Nacional de Interoperabilidad, en cuya virtud, *“las Administraciones públicas establecerán y publicarán las condiciones de acceso y utilización de los servicios, datos y documentos en formato electrónico que pongan a disposición del resto de Administraciones especificando las finalidades, las modalidades de consumo, consulta o interacción, los requisitos que deben satisfacer los posibles usuarios de los mismos, los perfiles de los participantes implicados en la utilización de los servicios, los protocolos y criterios funcionales o técnicos necesarios para acceder a dichos servicios, los necesarios mecanismos de gobierno de los sistemas interoperables, así como las condiciones de seguridad aplicables”*, sin perjuicio de lo establecido en la Disposición adicional primera del indicado reglamento estatal, en relación con las normas técnicas de desarrollo del Esquema Nacional de Interoperabilidad, cuya aprobación atribuye al Ministerio de la Presidencia, a propuesta del Comité Sectorial de Administración Electrónica.

En consecuencia, el primer párrafo de la Disposición final primera debe precisar a qué condiciones y requisitos de acceso se refiere, en orden a evitar una posible colisión con la normativa básica establecida en el RD 4/2010.

### 3. Entrada en vigor.

Comoquiera que las dos disposiciones finales del Proyecto fijan normas sobre entrada en vigor, sería conveniente refundirlas en una sola, teniendo en cuenta las siguientes observaciones:

En primer lugar, debería sustituirse la fórmula de la Disposición final segunda, tomada del Decreto autonómico (Decreto castellano leonés núm. 23/2009, de 26 de marzo, de medidas relativas a la simplificación documental en los procedimientos administrativos) que se ha seguido como modelo para la redacción del Proyecto por alguna de más raigambre en nuestra tradición jurídica y que, además, garantiza una mayor precisión y certeza en cuanto al momento en que la futura disposición alcanzará su vigencia. Así, podría utilizarse la fórmula “Este Decreto entrará en vigor a los 20 días de su publicación en el Boletín Oficial de la Región de Murcia” o similar.

Esta previsión, en tanto que constituye la regla general de entrada en vigor, debe ubicarse como primer apartado de la disposición para, a continuación, establecer las excepciones, que afectarían tanto a los artículos 14, 15 y 16, referidos a datos e informaciones obrantes en la Administración regional y cuya vigencia diferida no ha quedado suficientemente justificada en el expediente, como al resto del Capítulo II, que no entrará en vigor hasta tanto se encuentren operativos los sistemas de verificación de datos y así se declare mediante Orden.

En cuanto a cuáles sean estos sistemas de verificación de datos, ya se anticipó que no quedaba lo suficientemente claro en la disposición final primera si se refería a los sistemas de verificación en sentido estricto a que alude el artículo 4.1, segundo párrafo, del Proyecto y que, en la actualidad cabe identificar con los ya citados SVDI y SVDR; o si, por el contrario y como parece, se refiere en sentido lato a cualesquiera sistemas de comprobación de datos y obtención de información, incluso dentro del mismo Departamento o de la misma Administración, a que de forma general se refiere el primer párrafo del artículo 4.1 del Proyecto y que serían necesarios para poder aplicar, por ejemplo, los artículos 17 y 18 del Proyecto. Esta falta de concreción debe corregirse.

#### 4. El alcance del Proyecto.

La supresión de la obligación de aportar aquellos documentos que ya obren en poder de las Administraciones Públicas es directamente exigible a tales Administraciones por efecto de las previsiones legales que dan fundamento al futuro Decreto. Éste las desarrolla, precisando y concretando los modos en que ha de hacerse efectiva dicha medida, para lo cual, junto al enunciado del derecho y el establecimiento de reglas de general aplicación a todos los procedimientos que tramite la Administración regional (artículos 3, 4 y 5 y parte final del Proyecto),

procede a especificar ciertos documentos respecto de los que de forma expresa se declara la supresión de la obligación de los interesados de aportarlos al expediente (Capítulo II).

La cuestión a dilucidar es si la inclusión de un determinado documento en la relación contemplada en el Capítulo II es condición necesaria para poder considerar suprimida la obligación de aportarlo por parte del interesado o si, por el contrario, la sola aplicación de las reglas de carácter general enunciadas por los artículos 35, f) LPAC, 6.2, b) LAE y el Capítulo I del Proyecto es suficiente para conseguir tal efecto.

Considera el Consejo Jurídico que, como de forma adecuada refleja el artículo 2 del Proyecto, la supresión de la obligación de aportar aquellos documentos dirigidos a la acreditación en el seno del procedimiento de datos a los que tiene acceso la Administración actuante, a través de sus propios archivos o por técnicas electrónicas que permiten la interoperabilidad entre las bases de datos de distintas Administraciones, opera con carácter general y para todo tipo de procedimientos, toda vez que constituye la consecuencia inmediata del establecimiento en la Ley del derecho de los interesados a no presentar documentos y a acreditar datos que ya obren en poder de la Administración, siendo plenamente coherente con la finalidad perseguida por tales determinaciones. A ello responde el primer Capítulo del Proyecto, que fija las condiciones en que el derecho ha de ejercerse y establece las correlativas obligaciones que incumben a la Administración.

La relación de documentos contenidos en el Capítulo II, por su parte, responde al principio de seguridad jurídica, en la medida en que concreta y especifica qué documentos concretos ya no serán exigibles a los interesados. La presencia de dichos documentos en el expediente sigue siendo preceptiva, pero ahora será el órgano administrativo el que se responsabilice de su obtención. Supone, en definitiva, una traslación de la carga de acreditación de los hechos en los que se basa la solicitud, que deja de pesar sobre los interesados para hacerlo sobre la Administración, sin perjuicio de las modulaciones que al respecto establecen los artículos 3.2, 4.4 y 5 del Proyecto.

Así, las previsiones del Capítulo II no han de interpretarse en el sentido de que sólo respecto de los documentos que allí se relacionan podrán invocarse los derechos reconocidos por la Ley, sino como una especificación formal y expresa de aquellos documentos que hasta la fecha se han venido exigiendo de forma habitual para la acreditación de determinados extremos y que, desde la entrada en vigor del futuro Decreto, su aportación por los interesados dejará de ser obligatoria. En consecuencia, la incorporación de un determinado documento al Capítulo II del

Proyecto conlleva la modificación tácita de las normas rectoras específicas de todos aquellos procedimientos en las que se establezca la obligación del interesado de aportar por sí mismo el indicado documento.

De esta interpretación acerca del alcance y extensión del ámbito de aplicación de la norma, surgen las siguientes consideraciones:

a) La relación de documentos respecto de los que se suprime la obligación del interesado de aportarlos por sí mismo al procedimiento no está cerrada, pues se prevé en el artículo 6 del Proyecto la posibilidad de ampliarla mediante la inclusión de nuevos documentos en el catálogo de simplificación documental, lo que se llevará a efecto mediante Orden de la Consejería competente en materia de Administración Pública.

Si el catálogo se configurara como mero inventario de documentos, en los términos del primer párrafo del artículo 6.1 del Proyecto, nada habría que objetar a que su actualización se realizara mediante Orden de la Consejería encargada de su gestión y mantenimiento. Ahora bien, el alcance que a dicho catálogo pretende otorgarle el párrafo segundo de ese mismo apartado 1 es de mayor relevancia, pues a través de la mera inclusión en aquél de un determinado documento se podría modificar la regulación contenida en las normas rectoras de los diversos procedimientos, procediendo a suprimir la obligación del interesado de aportar la documentación allí exigida o sustituirla por la obligación de aportar una declaración responsable, con efectos similares a los que derivan de la inclusión en el Capítulo II del Proyecto, que de hecho constituye el punto de partida para el catálogo. Del mismo modo, también excede de la condición de mera relación de documentos el hecho de establecer qué procedimientos quedan excluidos de la medida de simplificación documental.

Tales determinaciones revisten, entonces, un carácter normativo que, al extender sus efectos *ad extra* de la propia organización administrativa, incidiendo en la esfera jurídica de los ciudadanos que tengan la condición de interesados en los procedimientos afectados por o excluidos de dicha supresión, excede del ámbito puramente organizativo y doméstico. En consecuencia, tal determinación no puede llevarse a cabo mediante Orden, al carecer los Consejeros de potestad normativa originaria salvo para la organización de sus propios Departamentos, fuera de cuyo ámbito únicamente gozan de facultades reglamentarias mediante habilitación específica y expresa de una norma con rango legal (artículos 38 y 52, Ley 6/2004), que aquí no existe.

Por ello, la previsión contenida en el segundo párrafo del artículo 6.1 resulta contraria a lo establecido en los artículos 38 y 52 de la Ley 6/2004.

b) En relación con la acreditación documental en los procedimientos de concesión de subvenciones en régimen de concurrencia competitiva, y dada la transversalidad de las medidas contempladas en el Proyecto y en las normas que le sirven de fundamento, no se advierte inconveniente en que se apliquen dichas medidas a este tipo de procedimientos, si bien con algunas modulaciones.

En efecto, la regulación proyectada no tiene por qué incurrir en contradicción, salvo contadas excepciones, con el régimen de las subvenciones, ámbito pionero en el desarrollo y aplicación del derecho reconocido en el artículo 35, letra f) LPAC, pues el hoy derogado Reglamento de Procedimiento para la Concesión de Subvenciones Públicas, aprobado por RD 2225/1993, fue el primero que estableció las condiciones reglamentarias en que tal derecho podía ejercitarse. De hecho, el artículo 23 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones (LGS), reconoce expresamente el derecho de los solicitantes de ayudas a no presentar los documentos que ya se encuentren en poder de la Administración actuante, siempre que se haga constar la fecha y el órgano en que fueron presentados y no hayan transcurrido más de cinco años desde la finalización del procedimiento al que correspondan. Prevé, asimismo, la posibilidad de requerir al interesado para la acreditación de la información, cuando sea imposible obtener el documento, y la posibilidad de sustituir la presentación de determinados documentos por declaraciones responsables.

En idéntico sentido se expresa la Ley 7/2005, de 18 de noviembre, de Subvenciones de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia (LSRM), en su artículo 17, apartados 3 y 4. Del mismo modo, el Reglamento General de la Ley de Subvenciones, aprobado por Real Decreto 887/2006, de 21 de julio, en desarrollo del artículo 23.3 LGS, establece en su artículo 22.4 que, cuando las bases así lo prevean, la presentación de la solicitud de subvención conllevará la autorización del solicitante para que el órgano concedente obtenga de forma directa la acreditación de las circunstancias previstas en los artículos 18 (estar al corriente de las obligaciones tributarias) y 19 (cumplimiento de las obligaciones de la Seguridad Social) a través de certificados telemáticos, en cuyo caso el solicitante no deberá aportar la correspondiente certificación.

Como se ve existe una amplia coincidencia entre el régimen de las subvenciones y el proyectado en la disposición sometida a consulta, la cual, consciente de que son las bases reguladoras de la convocatoria las que han de establecer los requisitos concretos para acceder a

las ayudas y la forma de acreditarlos, así como los documentos e informaciones que deben acompañarse a la petición (art. 17.2, letras e y l, LSRM), prevé en la Disposición adicional cuarta que tales bases reguladoras y convocatorias se adapten al futuro Decreto, declarando que éste les será directamente aplicable.

Esta previsión, sin embargo, debe ser matizada, pues, aunque se advierte una clara sintonía entre la regulación proyectada y la propia de las subvenciones, también existen diferencias que no pueden ser obviadas por el futuro reglamento, en atención al principio de competencia y al de jerarquía normativa. Y es que no podrá desconocer aquellas normas de rango legal o de rango reglamentario, pero de carácter básico, que establecen prescripciones precisas sobre la forma de acreditar determinados extremos necesarios para la concesión de las subvenciones, como, a modo de ejemplo, hace el artículo 11, b) LSRM.

En consecuencia, el primer párrafo de la Disposición adicional cuarta del Proyecto debería completarse con una salvaguardia del régimen de acreditación documental específico de las subvenciones en lo que se oponga a lo establecido en el futuro Decreto.

#### 5. Refundición del Capítulo II en un único artículo.

La estructura de los preceptos contenidos en el Capítulo II es idéntica y admitiría su refundición en un único artículo que, tras un enunciado general que establezca la supresión de la obligación de aportar los documentos, los especifique mediante simples apartados.

#### 6. Una sugerencia de *lege ferenda*.

Una de las condiciones necesarias para el buen funcionamiento del sistema la constituye el conocimiento por los distintos órganos encargados de la tramitación de los procedimientos de dónde buscar los datos necesarios, dada la multitud de registros administrativos y bases de datos existentes tanto en la propia Administración regional como en las restantes. Por ello, y como complemento al catálogo de simplificación documental previsto en el artículo 6 del Proyecto, un instrumento clave para facilitar el conocimiento de los repositorios de información con los que cuenta la Administración regional y facilitar así el acceso a los mismos por parte de los órganos instructores sería la creación de un catálogo de registros y bases de datos existentes en la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia en el que constaran las características de los datos, contenidos, estructura y niveles de protección, tratamiento y operación de los mismos, al modo del previsto por el artículo 4.4 del Decreto gallego 255/2008, de 23 de

octubre, por el que se simplifica la documentación para la tramitación de los procedimientos administrativos y se fomenta la utilización de medios electrónicos, y cuya trascendencia para la plena efectividad de las previsiones del indicado Decreto es tal que se difiere la exigibilidad de éstas al momento en que dicho catálogo exista (Disposición transitoria tercera).

La creación de este inventario de registros contribuiría a adelantar la plena efectividad de las previsiones contenidas en el artículo 18 del Proyecto, y su extensión a certificaciones de inscripción en registros adscritos a otros Departamentos u organismos diferentes del órgano gestor, que en la redacción proyectada queda diferida de forma indefinida al condicionarla a la paulatina inclusión de los documentos en el catálogo previsto en el artículo 6 del Proyecto.

**QUINTA.- Otras observaciones de índole particular.**

I. A la Exposición de Motivos.

1. El tercer párrafo ha de concretar que el artículo 35, letra f) LPAC se refiere sólo a los documentos que estén en poder de la Administración “actuante”, no de cualquier Administración.

En el mismo párrafo, la mención al Real Decreto 209/2003, de 21 de febrero, ha quedado desfasada tras la aprobación del Real Decreto 1671/2009, de 6 de noviembre, por el que se desarrolla parcialmente la LAE y cuya disposición derogatoria deroga en su totalidad el Real Decreto 263/1996, de 16 de febrero, por el que se regula la utilización de técnicas electrónicas, informáticas y telemáticas por la Administración General del Estado, en cuyos artículos 13, 14 y 15, incluidos por el indicado RD 209/2003, se regulaba la sustitución de la aportación de certificados por los ciudadanos mediante la utilización de medios telemáticos.

Así pues, en la actualidad, la mención reglamentaria habría de hacerse a la más reciente de las disposiciones mencionadas, el RD 1671/2009, cuyo artículo 2 se intitula “*Transmisiones de datos y documentos, incluidos certificados, entre órganos y organismos de la Administración General del Estado con ocasión del ejercicio reconocido por el artículo 6.2.b) de la Ley 11/2007, de 22 de junio*”.

2. Ha de indicarse en la Exposición de Motivos el título competencial que habilita el dictado de la futura norma. Dicho título es el 10,Uno,29 EAMU, y no, como se indica en algunos informes obrantes en el expediente, el 10.Uno,1, que sólo autoriza para la regulación de los órganos institucionales básicos y no para el establecimiento de normas de funcionamiento interno de la



Administración, conforme ya señalamos en nuestro Dictamen 118/2010, con ocasión de la consulta efectuada por la misma Consejería de Presidencia y Administraciones Públicas en relación con el Proyecto de Decreto de Atención al Ciudadano.

3. En el tercer párrafo, ha de corregirse la cita del precepto de la LAE, indicando que se trata del artículo 6.2, b) y no el 6, b).

4. Al final de la parte expositiva y precediendo inmediatamente al articulado, ha de incluirse una fórmula promulgatoria en la que se haga mención, al menos, a la Consejería que formula la propuesta normativa, la fecha de su aprobación por el Consejo de Gobierno y si el Decreto se dicta de acuerdo con el Consejo Jurídico o simplemente oído el parecer de éste.

## II. Al articulado.

### - Artículo 1. Objeto y finalidad.

Debe ajustarse el título del precepto a su contenido. Por ello, o bien se suprime la mención a la finalidad, o bien se incorpora un apartado expresivo de ésta, pues en la redacción actual nada se dice acerca de la finalidad del Decreto, que habría de identificarse con el establecimiento de las normas o condiciones que permiten hacer efectivo el derecho de los ciudadanos a no aportar documentos no exigidos por la normativa reguladora del procedimiento de que se trate o que ya se encuentren en poder de las Administraciones Públicas en los términos establecidos en los artículos 35, letra f) LPAC y 6.2, letra b) LAE.

### - Artículo 2. Ámbito de aplicación.

a) La redacción de este precepto podría simplificarse limitándose a señalar que el futuro Decreto será de aplicación a los procedimientos administrativos cuya tramitación o resolución corresponda a la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, con las exclusiones en él establecidas.

El concepto legal de “Administración Pública de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia” ya lo ofrece el artículo 1.1 de la Ley 7/2004, de 28 de diciembre, de Organización y Régimen Jurídico de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, englobando tanto la denominada Administración General como la institucional, que comprende a

los organismos públicos vinculados o dependientes de ella, por lo que no sería necesario reiterarlo en el Decreto sometido a consulta.

b) Por otra parte, es innecesaria la mención al ejercicio de potestades administrativas por tales organismos públicos, atendido el último inciso del artículo 2.2 LPAC, y que el precepto propuesto objeto de consideración ya precisa que el Decreto sólo es aplicable a los “procedimientos administrativos”.

c) Tampoco parece necesaria la delimitación subjetiva del ámbito de aplicación que, de forma un tanto confusa, aborda el apartado 2, pues una vez definido dicho ámbito con el criterio objetivo de los procedimientos del primer apartado, es evidente que dicho Decreto se aplicará a quienes tengan la condición de interesados en los mismos.

d) Carece el expediente de una mínima justificación acerca de las especialidades que pudieran motivar la exclusión de los procedimientos a que se refiere el apartado 1 del ámbito de aplicación del Decreto. Así ha sido puesto de relieve por la Agencia Regional de Recaudación respecto de los procedimientos tributarios y de aplicación de los tributos.

En cualquier caso, si se excluyen determinados procedimientos en atención a sus especificidades, ello no debe tener como resultado que en los mismos no se consiga la reducción de la carga documental para los interesados; antes bien, dicho objetivo ha de ser asimismo perseguido en los ámbitos excluidos de la aplicación del presente Decreto, si bien habrá de hacerse a través de normas específicas que respondan a las peculiaridades propias de cada ámbito. La ubicación de tales normas específicas podría ser este mismo Decreto o, en su defecto, en él deberían establecerse plazos concretos para su dictado.

#### - Artículo 3. Petición de documentación.

El artículo prevé la doble exención contemplada en el artículo 35, f) LPAC, pues señala que no se podrá exigir a los interesados la presentación de documentos no exigidos por las normas del procedimiento de que se trate (apartado 1), ni la de aquellos documentos que ya obren en poder de la Administración o a cuya información pueda acceder la Administración regional a través de técnicas telemáticas (apartado 2).

Sin embargo, al comenzar el segundo apartado con la expresión “*en particular*”, parece dar a entender que este párrafo es una especificación del primero, de forma que los documentos a que

se refiere estarían ya contemplados en aquél, lo que sería contrario al objeto y finalidad del Proyecto.

Se sugiere que el precepto conste de un único apartado con una redacción similar a la que sigue:

“En los procedimientos cuya tramitación o resolución corresponda a la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, no se exigirá la presentación de los siguientes documentos:

a) Aquellos cuya aportación no esté prevista como obligatoria....

b) Originales o copias compulsadas de aquella documentación que, siendo necesaria para la resolución del procedimiento, se encuentren en poder....”

- Artículo 4. Comprobación y verificación de datos.

a) Al final del primer apartado debería añadirse el término “accesibles”, en referencia a los archivos, bases de datos y fondos documentales. Por otra parte, atendida la diversidad de fuentes de información que pueden utilizar los órganos gestores para comprobar los datos necesarios para la tramitación y resolución de los procedimientos, debería suprimirse el posesivo “sus”, dado que el Proyecto prevé la posibilidad de consulta a archivos y bases de datos cuya titularidad corresponde a otros órganos e, incluso, a Administraciones diferentes

b) El apartado 2, en tanto que establece que la comprobación y constancia de los datos necesarios para la resolución se hará de oficio por el órgano que tramite el procedimiento, no es sino reproducción de lo establecido por el artículo 78.1 LPAC y, como tal, prescindible.

También lo sería el apartado 3, en la medida en que la comprobación de los datos necesarios para la resolución del procedimiento ha de realizarse en la fase procedimental conocida como instrucción, cuyo último trámite es la propuesta de resolución que, a la vista de todos los elementos de juicio aportados por los diferentes actos de instrucción realizados en el procedimiento, el órgano instructor eleva al decisor para que éste dicte el correspondiente acto administrativo.

c) Se utiliza en el precepto y en otros del Proyecto una tríada de términos (comprobación, constancia y verificación) cuyo significado semántico está muy próximo, dificultando su diferenciación. Así, el Diccionario de la Real Academia Española otorga el siguiente significado a cada uno de los sustantivos empleados:

- Comprobación: “1. f. Acción y efecto de comprobar”. Comprobar: “1. tr. Verificar, confirmar la veracidad o exactitud de algo”.

- Constancia: “1. f. Acción y efecto de hacer constar algo de manera fehaciente; 2. f. Certeza, exactitud de algún hecho o dicho”.

- Verificación: “1. f. Acción de verificar (comprobar la verdad)”. Verificar “1. tr. Comprobar o examinar la verdad de algo”.

Las Directrices de Técnica Normativa aprobadas por Acuerdo del Consejo de Ministros de 22 de julio de 2005, señalan en la número 101 que la claridad y sencillez exigen evitar todo aquello que, sin aportar precisiones de contenido, complique o recargue innecesariamente la redacción de la norma mediante, por ejemplo, el emparejamiento de sinónimos.

Procede en consecuencia, bien simplificar la redacción mediante el uso de uno sólo de los términos, bien precisar el contenido o significado con que se usa cada uno de ellos en el Proyecto, mediante su correspondiente definición.

d) En el apartado 4 debería añadirse, como supuesto en el que la Administración puede requerir al interesado la subsanación de su solicitud, que aquél no conste o figure en las bases de datos accesibles.

Por otra parte, de conformidad con el principio de oficialidad que inspira todo el Proyecto, antes de requerir al interesado la aportación de los datos, la Administración debería agotar las posibilidades de obtención de los mismos, solicitando ella el oportuno certificado a la Administración u órgano correspondiente, tal y como se prevé respecto de los datos de residencia en el artículo 8.2 del Proyecto. Sólo si tampoco por esta vía se consiguen los datos cabría acudir al requerimiento de subsanación, de conformidad con el artículo 71 LPAC.

- Artículo 5. Consulta de datos de carácter personal.

A efectos de recabar el consentimiento expreso del interesado para la consulta de sus datos personales sería conveniente prever, en los modelos de solicitud que elabore la Administración, que la presentación de aquella conllevará el consentimiento expreso del interesado para que el órgano instructor pueda realizar las consultas necesarias acerca de sus datos personales, posibilitando no obstante, en el mismo modelo, que el interesado deniegue dicho consentimiento, en cuyo caso deberá informársele de su obligación de aportar él mismo la documentación, en los términos del apartado 2.

- Artículo 7. Documento Nacional de Identidad o documento acreditativo de la identidad o tarjeta equivalente de los extranjeros residentes en territorio español.

El título del precepto debe ajustarse al contenido que anuncia, por lo que debe indicar que lo que se suprime no es la aportación de dichos documentos o de los datos contenidos en ellos, que sí han de constar en el procedimiento, sino la obligación de aportar su fotocopia a efectos de la comprobación de los datos de identificación personal de los interesados.

Debería completarse además la mención al documento acreditativo de identidad o tarjeta equivalente de los extranjeros residentes en territorio español con dos extremos: el primero, que dicho documento es el expedido por las autoridades españolas, y el segundo, incorporar la cita de la norma que regula la expedición de tal documento, que es la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social.

En el mismo sentido, el RD 522/2006, de 28 de abril, por el que se suprime la aportación de fotocopias de documentos de identidad en los procedimientos administrativos de la Administración General del Estado y de sus organismos públicos vinculados o dependientes.

- Artículo 11. Certificación individual de la declaración de renta de las personas físicas.

El ajuste del epígrafe del precepto a su contenido exige modificarlo para que aluda a la declaración del impuesto sobre la renta de las personas físicas.

- Artículo 12. Certificación acreditativa de la situación de alta laboral o de informe de vida laboral.

a) Debe completarse la denominación de la Entidad Gestora a que se alude en el precepto: *Tesorería General de la Seguridad Social*.

b) Carece el expediente de justificación para limitar el informe de vida laboral, que ya no es obligatorio presentar, al de los últimos seis meses.

- Artículo 16. Documentación acreditativa del título de familia numerosa reconocido expedido (sic) por la Administración de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.

Debe incluirse la conjunción copulativa “y” entre “reconocido” y “expedido” en el epígrafe del artículo.

- Artículo 17. Certificaciones e informes acreditativos del cumplimiento de determinados requisitos cuya emisión corresponda a la misma Consejería, organismo autónomo o ente público empresarial que lo solicita.

a) Es redundante y, por tanto, susceptible de ser eliminada del texto la alusión a los procedimientos incluidos en el ámbito de aplicación de este Decreto que inicia el artículo.

b) Dada la finalidad que inspira el Proyecto, no se alcanza a entender la excesiva limitación del alcance de este artículo, que únicamente exige al interesado de aportar certificaciones o informes expedidos por la misma Consejería u organismo público gestor, cuando no se ha justificado en el expediente la imposibilidad de extender dicha previsión a la documentación acreditativa evacuada por el resto de la Administración regional, cuya consulta, en ausencia o a la espera de plataformas técnicas que permitan el acceso directo del gestor a la información, podría instrumentarse a través de la petición interorgánica de los referidos informes y certificaciones (art. 82 LPAC), liberando al interesado de la carga de solicitarlos al órgano correspondiente.

Esta consideración se hace extensiva al artículo 18 del Proyecto.

III. A la parte final.

- Disposición adicional primera. Supresión de documentos alternativos.

La obligación de aportar una determinada documentación acreditativa únicamente puede derivar de su previsión en las normas rectoras de los diferentes procedimientos. Por ello, técnicamente sería más correcto establecer que, suprimida la obligación de aportar una determinada documentación para acreditar extremos necesarios para la tramitación y resolución de

un determinado procedimiento, no podrá obligarse al interesado a presentar otra documentación alternativa con idéntico fin.

- Disposición adicional segunda. Sustitución de documentación por declaraciones responsables.

Sin perjuicio de lo indicado en la Consideración Cuarta de este Dictamen acerca del inadecuado tratamiento que de las declaraciones responsables se hace en el Proyecto, el primer inciso, en tanto que se limita a expresar que la normativa reguladora de los procedimientos debe tender a sustituir las exigencias de documentación acreditativa por la presentación de declaraciones responsables, no deja de ser expresión de un deseo o voluntad que, desprovista de la nota de imperatividad que es propia de los preceptos normativos, encontraría su ubicación más adecuada en la parte expositiva del Proyecto.

- Disposición adicional tercera. Presentación por el interesado de la documentación que dé lugar a la inscripción de registros o la inclusión en ficheros automatizados de datos de carácter personal.

a) El precepto parece contemplar el supuesto de un interesado que, en aplicación de las prescripciones del Proyecto, estaría exento de aportar una determinada información en el seno de un procedimiento si aquella figurara ya en un registro o fichero de datos accesible para el órgano gestor, pero que, habiendo solicitado el interesado su inscripción, al momento de finalizar el plazo de presentación de la documentación acreditativa en el procedimiento de referencia, la inscripción no se hubiera producido todavía.

Para evitar que, por la tardanza de la Administración en efectuar la inscripción, el interesado hubiera de aportar la documentación acreditativa, el precepto sustituye esta obligación por la presentación de una “*declaración responsable*” en la que el interesado haga constar que ha efectuado la mencionada solicitud de inscripción en el registro o de inclusión en el fichero.

La finalidad del precepto es coherente con la del Proyecto, en la medida en que intenta aligerar al ciudadano sus obligaciones de acreditación documental ante la Administración, si bien, no parece acertado denominar declaración responsable a la manifestación del interesado de haber solicitado la inscripción, como ya se indicó en la Consideración Cuarta de este Dictamen.

Procede, en consecuencia, eliminar del precepto objeto de consideración el término “declaración responsable” y su sustitución por otro como “manifestación”, para evitar su confusión con la figura legal expuesta.

b) Debe adecuarse el título del precepto a su contenido.

c) En el segundo párrafo debe precisarse que el requerimiento lo es para la subsanación de la solicitud.

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:

- La efectuada en la Consideración Cuarta de este Dictamen al objeto del Proyecto, en lo relativo a las declaraciones responsables.

- La exigencia de una mayor precisión acerca de las condiciones y requisitos de acceso a que se refiere la Disposición final primera, conforme a lo indicado en la Consideración Cuarta de este Dictamen.

- La relativa a la actualización del catálogo de simplificación documental por Orden, de conformidad con lo señalado en la Consideración Cuarta de este Dictamen.

- La necesidad de establecer una salvaguardia del régimen de acreditación documental específico de las subvenciones en la Disposición adicional cuarta, conforme a lo indicado en la Consideración Cuarta de este Dictamen.



- La necesidad de incluir una fórmula promulgatoria, conforme se señala en la Consideración Quinta de este Dictamen.

**CUARTA**- El resto de observaciones, de incorporarse al texto del Proyecto, contribuirían a su mayor perfección técnica y mejor inserción en el ordenamiento.

No obstante, V.E. resolverá.



## DICTAMEN 142/2010

<b>Asunto</b>	Responsabilidad patrimonial instada por x en nombre y representación de x y otros, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.
<b>Consultante</b>	Consejera de Sanidad y Consumo
<b>Fecha</b>	19/07/2010

### Extracto de Doctrina

Para la valoración de las pruebas periciales, conforme establece la STS, Sala 3ª, de 2 de abril de 1998, ha de atenderse, en primer lugar, a la fuerza convincente de los razonamientos que contienen los dictámenes, pues lo esencial no son sus conclusiones, sino la línea argumental que a ellas conduce, dado que la fundamentación es la que proporciona la fuerza convincente del informe. De otra parte, habrá de tenerse en cuenta la necesaria armonía de las conclusiones obtenidas en los informes periciales con el resto de elementos probatorios, cuales pueden ser las pruebas documentales.

### ANTECEDENTES

**PRIMERO.-** Con fecha 7 de julio de 2004, x, en representación de x. y de su esposa x., según escritura de poder que acompaña, quienes actúan en su propio nombre y en representación de su hijo menor, presentan reclamación de responsabilidad patrimonial ante el Servicio Murciano de Salud por la asistencia prestada en el proceso de alumbramiento del hijo de ambos.

Se describe lo ocurrido del siguiente modo:

X., de 22 años de edad, embarazada de 39 semanas y 1 día, acudió el 7 de marzo de 2003, a las 15:20 horas, al Servicio de Urgencias del Hospital Los Arcos (San Javier) por encontrarse con molestias y tener contracciones cada 20 minutos. Diagnosticada de pródromos de parto, es enviada a su domicilio con la recomendación de vigilar si rompía aguas, manchaba como una regla o tenía contracciones cada 5 minutos.

Esa misma noche a las 0:30 horas, ya el día 8, vuelve al Hospital por tener contracciones cada 6 o 7 minutos, siendo atendida por el mismo facultativo de la tarde, e ingresada a la 1 de la madrugada en una habitación con orden de rasurar y enemar. Dicen los reclamantes que a partir

de ese momento la parturienta fue abandonada, pues no consta ninguna exploración hasta las 9 de la mañana.

A las 9 de la mañana del día 8 de marzo, la señora x. se encontraba en la sala de dilatación con periodo activo de parto, iniciándose la monitorización, según consta en la historia clínica. En ese momento se cursó preoperatorio y se procedió a la estimulación del parto, siendo la dilatación, según la hoja del partograma, de 6 cms. a las 9,30 horas y la presentación cefálica en plano I-II.

A las 9,50 horas del mismo día, por registrarse bradicardias en la monitorización (síntomas de sufrimiento fetal), la matrona avisó al Dr. x. quien, sin realizar una prueba de Ph fetal para comprobar el estado, decidió aplicar la ventosa para acortar el parto. Después de cuatro tracciones y una prolongación de la episiotomía consiguió la extracción del niño, a las 10:25 horas, 35 minutos después de que fuera avisado por las bradicardias.

El recién nacido fue reanimado con ambú, presentando a los dos minutos buena coloración y frecuencia cardiaca, pero ante la ausencia de respiración espontánea a los 5 minutos requirió intubación endotraqueal durante 1 minuto, tras lo que inició respiración espontánea y fue llevado a la incubadora. Presentó un apgar de 2 al minuto y 4 a los 5 minutos. Fue ingresado en el Servicio de Neonatología a los 20 minutos del nacimiento con el diagnóstico de asfixia fetoneonatal severa y distress respiratorio, siendo trasladado al Hospital Universitario Virgen de la Arrixaca por presentar episodios de chupeteo y trismus dentro de la primera hora de vida, e ingresado a las 4 horas de su nacimiento en la UCI neonatal del citado Hospital para seguir la evolución.

Desde el alta hasta la fecha, el niño ha sido tratado en consultas externas del Servicio de Neurología del Hospital Universitario Virgen de la Arrixaca, con el siguiente diagnóstico a los 11 meses de vida:

- Encefalopatía hipóxico-isquémica de causa perinatal.
- Retraso psicomotor.
- Crisis neonatales.
- Estrabismo convergente fijo.

Los reclamantes achacan al servicio público sanitario que no adecuó su organización a los principios de eficacia, celeridad, economía y flexibilidad que han de regir su actividad, sosteniendo que el daño que padece el menor es consecuencia de la asfixia neonatal severa que le causó la asistencia al parto, pudiendo haberse evitado de aplicarse las siguientes medidas:

a) Cuando la paciente llegó al Hospital Los Arcos a las 0,30 horas del día 8 de marzo se le tendría que haber realizado una monitorización, máxime cuando la efectuada en la tarde anterior no era totalmente tranquilizadora.

b) Sin embargo, se decidió ingresar a la paciente en una habitación normal, donde pasó toda la noche sin que se le hiciera ningún control hasta las 9 de la mañana.

c) El proceder a la estimulación del parto a las 9 de la mañana fue una decisión imprudente, sin conocer el grado de bienestar fetal, asumiendo un riesgo desproporcionado, pues el aumento de las contracciones uterinas puede incrementar el sufrimiento del feto; máxime cuando se conoce que ya se había iniciado la expulsión de líquido teñido, lo que era un síntoma de pérdida de bienestar fetal.

d) Al mismo tiempo se inició la monitorización cardiotocográfica, que debía haberse iniciado antes, que inmediatamente reflejó la presencia de una bradicardia, y la matrona tendría que haber avisado antes al médico, en lugar de esperar a las 9,50 horas.

e) El facultativo que le atendió no actuó adecuadamente, pues debió realizar previamente un pH fetal para la comprobación del estado y, en función del resultado, decidir si era viable la vacuoextracción o era necesario proceder a una cesárea, que hubiera permitido extraer al niño en un máximo de 10 minutos. De otra parte, señala que no se daban las condiciones idóneas para aplicar la ventosa, pues a las 10 horas el feto se encontraba en el plano II de Hodge. La actuación correcta habría sido la finalización del parto por la vía más rápida, la realización de una cesárea.

f) Se debió informar a los padres de las distintas alternativas, lo que no se hizo.

Por lo expuesto, los reclamantes solicitan la cantidad 1.350.000 euros desglosada en los siguientes conceptos: 1.200.000 euros al menor con base a las secuelas fisiológicas, su *pretium doloris* y la pérdida de capacidad de desarrollo de una vida plena; y a sus padres la cantidad de 150.000 euros (75.000 euros para cada uno) por los daños morales causados.

Finalmente, se propone como prueba documental la que acompaña correspondiente a las historias clínicas de la madre y del recién nacido (folios 11 a 151), la testifical de los Dres. x, y, z, así como de la matrona x. y la enfermera que tuvo a su cargo la vigilancia de la paciente en la habitación 105-b la noche del 7 al 8 de marzo del 2003. Asimismo, se solicita informe a la Dirección

Médica del Hospital Los Arcos sobre el horario de trabajo de los Dres. x, y., y la disponibilidad de quirófanos y anestesistas entre las 0 horas y las 10,25 horas del día 8 de marzo de 2003.

**SEGUNDO.-** Con fecha 20 de julio de 2004, la Directora Gerente del Servicio Murciano de Salud dicta resolución de admisión a trámite de la reclamación de responsabilidad patrimonial, que es notificada a los interesados.

Asimismo, se notificó la reclamación a la Dirección General de Asistencia Sanitaria, a la Compañía de Seguros del ente público, a través de la correduría, y a los Hospitales Los Arcos y Virgen de la Arrixaca, solicitando las historias clínicas de la madre y del menor, los informes de los facultativos que les atendieron, así como la restante documentación concretada por los reclamantes a efectos de prueba.

**TERCERO.-** El 20 de septiembre de 2004 el Hospital Los Arcos remite la historia clínica (folios 207 a 245) y los informes de los profesionales solicitados. También el de la matrona x., así como los horarios de trabajo y la identificación de las enfermeras que se encontraban al cuidado de la planta donde ingresó la paciente. También se detalla la disponibilidad de quirófanos el día 8 de marzo y se confirma que existía un anestesista de guardia con presencia física en el Hospital.

De entre los informes evacuados, por su relación con las imputaciones que realizan los reclamantes, se transcriben seguidamente los siguientes:

1. El evacuado por el Dr. x., quien atendió a la paciente el 7 de marzo por la tarde y posteriormente a su ingreso en el Hospital (a las 0,30 horas del día 8), señala lo siguiente respecto a los resultados de la monitorización fetal realizada la tarde anterior (folios 162 a 164):

*"El MONITOR refleja una frecuencia cardíaca fetal basal de 140-150 latidos por minuto, con variabilidad normal, presencia de múltiples aceleraciones y ausencia de contracciones, siendo etiquetado de REGISTRO REACTIVO (\*). No existe el término regular al definir un registro, siendo un error en la lectura del informe, que posteriormente confunde al letrado en sus afirmaciones.*

*La exploración vaginal indica un cervix muy posterior, cerrado (ausencia de dilatación), con presentación fetal sobre estrecho superior (SES) y ausencia de fluidos en vagina (no rotura de bolsa ni hemorragia).*

*Con el diagnóstico de PRÓDROMOS DE PARTO (\*) se le indica a la paciente la duración indeterminada de esta fase, incluyendo de varias horas a varios días, informando que deberá ingresar si presenta rotura de bolsa de aguas, sangrado genital o contracciones regulares. El alta es dada sobre las 17 horas”.*

El informe aclara que las indicaciones (\*) se corresponden a los protocolos asistenciales de la Sociedad Estatal de Ginecología y Obstetricia (SEGO, en lo sucesivo), actualizados al año 2003, cumpliéndose con los criterios de pródromos y periodo de latencia de parto.

En relación con su asistencia del día 8 de marzo de 2003, el citado facultativo refiere:

*“A las 00:30 horas de esa misma noche la paciente acude por contracciones cada 6 o 7 minutos, sin rotura de aguas ni manchado genital.*

*Es atendida en el servicio de urgencias, sala de exploración ginecológica en el que se verifica:*

*Exploración externa: fondo uterino como gestación de tamaño medio, situación fetal longitudinal cefálica libre y el latido cardiaco fetal a 140 latidos por minuto.*

*Tacto vaginal: no rotura de bolsa ni sangrado genital; estado del cuello desfavorable, longitud acortada (inicio de borramiento), dilatación de un dedo (mínima dilatación), centrándose y de consistencia dura (no maduro). Valoración del estudio previo de la tarde anterior, con registro reactivo hace escasas horas y cambios en el estado del cervix uterino.*

*Con el diagnóstico de PERIODO DE LATENCIA DE PARTO (\*) (dilatación inferior a 3-4 centímetros, y menos de 2-3 contracciones en 10 minutos), se procede al ingreso de la paciente, indicándose en la hoja de tratamiento: rasurar y enema y avisar si dinámica.*

*Tras el ingreso la paciente es acompañada a su habitación, en la primera planta de obstetricia, 105 cama B, separada del control de enfermería únicamente por el despacho del pediatra.*

*Se procede a su rasurado y enema en la habitación, para poder ser trasladada a la sala de dilatación y parto, cuando sea indicado.*

*Pasa a ser controlada por la matrona de guardia, según protocolo del servicio, llevando el control clínico de la paciente en su habitación.*

*No queda reflejado en la historia ninguna llamada de esta paciente, circunstancia habitual en estos casos, quedando reflejado de manera indirecta:*

*- Valoración del color de las aguas, frecuencia fetal y estado de dilatación de la gestante a las 6:00 horas (protocolo de servicio en rotura de bolsa).*

*- Exploración con modificaciones cervicales que indican el paso de la paciente a la sala de dilatación y partos, previo al relevo de matrona.*

*- Presencia activa del personal de guardia en habitaciones de planta y sala de dilatación con motivo de otro ingreso y parto en esa misma noche.*

*Es previo al cambio de turno de la guardia de ginecología cuando hallo a x. en la sala de dilatación, iniciando el PERIODO ACTIVO DE PARTO (\*), transmitiéndoselo así a mi compañero entrante, Dr. x.*

*Es mi deseo destacar:*

*- Que la paciente estuvo lista para su paso a la sala de dilatación desde su ingreso.*

*- Que el personal de guardia estuvo actuando en esa misma noche.*

*- Que no se efectuó el traslado de la paciente a la sala de dilatación previamente por no hallarlo indicado en su situación obstétrica.*

*- Que la rotura de bolsa hacia las 6:00 horas de la mañana con líquido amniótico claro revela la ausencia de sufrimiento fetal previo.*

*- Que en el relevo de matronas la paciente se halla ya en la sala de dilatación, sin vía y con:*

*-Monitorización externa normal.*

*- Dilatación de 3-4 centímetros.*

*- Bolsa Rota con Líquido amniótico claro”.*

2. Por su parte, la matrona x. también emite su informe (folio 165), en el que asegura que fue ella, tras incorporarse a su turno a las 9 horas, quien realizó la canalización de la vía de infusión y cursó el preoperatorio, si bien la hoja de partograma estaba abierta por la matrona que le dio el relevo. Indica además:

*"Respecto a la observación que se realiza en la reclamación de la x. referente a la anotación en el Partograma de la Rotura de la Bolsa a la 6 h., he de decir que es obvio que la rotura de membranas no se produjo delante de mí por lo que la anotación que consta procedería de la información suministrada por la propia gestante bien directamente a mí o de la matrona saliente".*

**CUARTO.-** En el historial remitido por el Hospital consta también un extenso informe del Dr. x. (folios 166-173), acompañado de los protocolos y de la bibliografía correspondiente (folios 174-204), del que destacamos los siguientes fragmentos, pues a su actuación los reclamantes imputan una inadecuada *praxis*:

*"El pasado sábado día 8 de marzo de 2003, al entrar de guardia se me informó, como es habitual, por mi compañero saliente Dr. x. de lo acontecido en su guardia y del trabajo pendiente, entre otras cosas que había una paciente primeriza en periodo activo de parto en dilatación, sin otra patología reseñable, que había sido ingresada de madrugada en periodo de latencia, tal como se indica en la historia clínica del ingreso (...)"*

Después de describir los tres períodos del parto, según el Protocolo de la SEGO núm. 3 (dilatación, expulsivo y alumbramiento), refiere que en la dilatación se distinguen a su vez dos fases: latente (desde el comienzo del parto hasta el inicio de la fase activa (aprox. 3-4 cms. de dilatación), y fase activa hasta la dilatación completa.

Después aclara:

*"El Periodo de Latencia normal en una nulípara ha de ser de <20 horas (...).Debo recordar que la paciente ingresó a las 00:30 horas en Fase latente y a las 9:00 horas estaba en dilatación en Fase activa, por lo que la evolución era absolutamente normal.*

*Se habla de Periodo Activo cuando la paciente nulípara presenta cuello borrado y dilatación de 3-4 cms. (P. n° 3). La paciente a las 9:30 horas estaba con 6 cm. de dilatación y cuello borrado por lo que el parto transcurría dentro de la más estricta normalidad.*

*La administración de oxitocina se realiza "de acuerdo con el buen juicio clínico cuando se considere necesaria para la obtención de la dinámica uterina, adecuada al momento del parto" (Protocolo Asistencial en Obstetricia de la SEGO n°3) y según el registro del monitor la dinámica no es la apropiada en ese momento. Por otra parte la dosificación de oxitocina corrige disdinamias e*



*incoordinaciones de la dinámica lo que hace que ésta sea más efectiva. Por lo tanto de ningún modo ajustado a la Sanidad más elemental, se puede afirmar, ni tan siquiera deducir, como, con aparente lógica y sin fundamento alguno realiza el letrado promotor del presente expediente al alegar que “porque se estimuló el parto (o sea se administró oxitocina) el parto no progresaba adecuadamente”.*

*Durante el Período Activo se considera normal la presencia de 3-5 contracciones cada 10 minutos, siendo eficaz aquella que permite el progreso satisfactorio de la dilatación cervical sin repercusiones adversas para la madre o el feto (Protocolo de la SEGO nº 3), y por lo que se ve en el registro del monitor así acontece hasta las 9:50 horas. Salvo una deceleración inicial sin relación aparente con la contracción, el ritmo es ondulatorio y el patrón reactivo. Por otra parte y según el Partograma, la rotura de bolsa (amniorrexix) fue espontánea y con líquido amniótico claro (signo de normalidad), a las 6:00 horas del 8 de marzo de 2003.*

*(...) En cuanto al descenso de la presentación en un parto normal en una nulípara los valores normales son de 1-5 cm./hora (...). Según el Partograma, la altura de la presentación había evolucionado de I-II plano a las 9,30 minutos, hasta un II plano a las 10,00 horas, lo que indica bien a las claras la normalidad de la evolución del parto.*

*Continúa señalando que a las 9,50 horas la matrona de guardia le avisa por presentar el registro bradicardias, según consta en la hoja de control topológico de matronas. No obstante la matrona realiza en dilatación un tacto vaginal a la paciente para comprobar la dilatación cervical y altura de la presentación, que es el que figura en el Partograma fechado a las 10 horas y “tras informarme la matrona en Dilatación de las condiciones obstétricas de la paciente y ver el registro fetal indico pasarla a Paritorio para evaluación en plano duro (mesa de partos) y valorar con los pujos el descenso de la presentación. Nunca se decide un parto operatorio instrumentado sin antes evaluarlo en la mesa de partos.*

*Sólo cuando está en Paritorio empujando, aproximadamente a las 10:05 horas, y no antes, es cuando decido realizar “por mi cuenta y riesgo”, asumiendo que soy el único ginecólogo de guardia de presencia física del Servicio y, según mis conocimientos, un parto operatorio mediante ventosa obstétrica, y no una cesárea urgente o un PH fetal para comprobar el estado fetal, como el representante legal de la paciente con una total impunidad y atrevimiento asegura, y lo hago basado en estos hechos:*

- El peso fetal estimado por ecografía realizada el 3 de marzo (semana 38+4) de gestación*

es de 3.270 gr., consignado en Hoja de Monitores. Por lo tanto, no es un feto grande.

- La paciente cuando la exploro en Paritorio y con pujo presenta dilatación completa, posición OIIT y cabeza en 111-IV plano, según consta en Partograma.

- En ningún momento se aprecia líquido amniótico teñido (signo de alerta).

- El registro del monitor por el que me avisa, si bien es sugerente de riesgo de pérdida de bienestar fetal, presenta morfología de deceleraciones variables moderadas con estas características favorables (Protocolo de la SEGO nº 9):

- Por encima de 100 latidos/min durante < 60 seg.
- Recuperación rápida de la línea de base.
- Variabilidad >5 latidos/min.
- Aceleraciones previas o posteriores a la deceleración.
- No deceleraciones prolongadas de < 70 latidos/min. durante >7 minutos.

Además: "El 70% de los fetos presentan un trazado de la FCF normal con variabilidad mínima a moderada, con/sin aceleraciones, pudiendo presentarse deceleraciones variables leves".

La cardiotocografía, que es un método continuo, no invasivo y con un alto valor predictivo negativo, tiene una sensibilidad >95% para predecir la acidosis pero una baja especificidad y por ello una alta tasa de falsos positivos, que llegan a alcanzar el 50-70%"

El PH en cuero cabelludo fetal, que sería el indicador más fiable para considerar la finalización inmediata del parto, ante las condiciones obstétricas de la paciente (dilatación completa, posición OIIT y cabeza en III-IV plano) no está indicado (Protocolo Asistencial en Obstetricia de la SEGO nº 9 y 10). Hay que resaltar que el PH no es capaz de diagnosticar la depresión neonatal secundaria a trauma, infección de fármacos, prematuridad o malformaciones".

Respecto a su decisión de no realizar la prueba del pH, el facultativo expresa lo siguiente:

"- El tiempo necesario para su obtención: sería necesario el traslado por personal auxiliar al Laboratorio (situado una planta por encima de donde nos encontrábamos), además de su procesamiento por el mismo, la obtención del resultado y la transmisión del mismo al Doctor que suscribe. Y (para conocimiento del letrado para futuras actuaciones) una sola determinación no es

*concluyente para tomar una decisión de tal envergadura, lo que obliga a realizar la misma prueba en repetidas ocasiones.*

*- Se trata de una prueba invasiva, no continua y que requiere repetidas muestras, además de conllevar una "tasa de falsos positivos del 6%".*

*- Por contraindicación relativa para el empleo ulterior de la ventosa, pues ésta puede provocar sangrado importante en la zona de la punción".*

Respecto a la posibilidad de realizar una cesárea urgente, que también consideró y desechó el ginecólogo, argumenta que dadas las condiciones clínicas de la paciente (iba a parir de forma inminente), la vía más rápida y factible, tanto para la madre como para el feto, era la vaginal mediante un parto vaginal instrumentado, y no una cesárea, explicando seguidamente las razones por las que desechó esta última (folios 169 a 171), que se resumen seguidamente:

El tiempo para la indicación de una cesárea urgente hasta el nacimiento ha de ser inferior a 30 minutos. En este caso había que trasladar a la paciente a un quirófano que no está en el mismo paritorio, esperar a que el anestesista aplicara la anestesia adecuada, y que no hubiera problemas de abrir la pared y la cavidad uterina. Por lo tanto, considerando que a las 9,50 horas fue avisado por la matrona, de haber tomado de inmediato la decisión el niño habría nacido a las 10,20 horas. De considerar la hora que estaba en el paritorio habría nacido a las 10, 35 horas, cuando el niño nació por ventosa a las 10,25 horas. También señala que la morbilidad materna y fetal en la cesárea por sufrimiento fetal es mayor que en el parto vaginal.

De otra parte, explica que cumplió las condiciones para la aplicación de la ventosa obstétrica del Protocolo de la SEGO núm. 21, a la vez que cuestiona las afirmaciones de la parte reclamante sobre que la monitorización realizada la tarde anterior no era totalmente tranquilizadora, pues, por el contrario, indicaban bienestar fetal; también que en ningún sitio del partograma o de la hoja de control tocológico de la matrona se cita que hubiera líquido teñido, cuando rompió aguas la paciente.

Por último, considera que el ginecólogo está para valorar lo que el paciente realmente necesita, en función de su situación clínica, individualizando en cada caso la vía más rápida y accesible y que los riesgos sean mínimos cuando se usa de forma ponderada y juiciosa, aunque en este caso por desgracia los resultados no hayan sido los esperados.

**QUINTO.-** El Director Gerente del Hospital Virgen de la Arrixaca remite la historia clínica compulsada del menor (folios 248 a 346), así como un informe del Dr. x., médico adjunto especialista del Servicio de Pediatría, de 15 de septiembre de 2004 (folio 347), en el que se señala que no es correcta la afirmación *“de que el daño se le causó en el momento de la asistencia al parto (...) ya que no existen otras anomalías perinatales que pudieran justificar otra etiología del daño (...)*.

**SEXTO.-** Con fecha 20 de octubre de 2004 se solicita a la Inspección Médica informe valorativo de la reclamación, que es evacuado el 28 de noviembre de 2005 (folios 390 a 407), en el que se resumen las actuaciones complementarias realizadas por la Inspectora asignada, entre ellas, los contactos mantenidos con las matronas intervinientes, que le explican que para pasar a la paciente de la habitación en planta a la sala de dilatación siempre se examina antes; entrevistas con los Dres. x. (ginecólogo), x. (Servicio de Pediatría del Hospital Los Arcos) y x. (Servicio de Neuropediatría del Hospital Virgen de la Arrixaca), cuyos resultados se plasman en el informe. Después de relacionar los protocolos aplicables a las historias clínicas, alcanza la siguiente conclusión:

*“No se detectaron factores de riesgo anteparto, no se detecta falta de atención ni abandono de la paciente durante el ingreso. Durante el parto, las decisiones clínicas se fundamentaron, la instrumentación utilizada era usual en el Servicio, no se detectó impericia o creación de riesgo durante su manipulación. La reanimación postparto fue inmediata, el pediatra estaba presente en el nacimiento y se ofreció atención continuada hasta su traslado a otro centro. El resultado desfavorable expuesto no cabe achacarlo a una incorrecta actuación de los profesionales actuantes”.*

**SÉPTIMO.-** Consta que los reclamantes interpusieron recurso contencioso administrativo frente a la desestimación presunta de la presente reclamación (procedimiento ordinario núm. 264/2005), y que fue remitido el expediente y posteriormente el informe de la Inspección Médica a la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Región de Murcia para la sustanciación del citado recurso.

**OCTAVO.-** Con fecha 7 de junio de 2007, la instructora considera la conveniencia de recabar un informe de la SEGO acerca de la *praxis* médica adoptada durante la asistencia al parto, solicitando al Presidente de la citada sociedad la designación de un especialista con el fin de aclarar ciertas cuestiones, que son concretadas seguidamente.

Designado como perito el Dr. x., profesor titular de obstetricia y ginecología de la Universidad Autónoma de Madrid (folio 424), quien tras realizar una amplia exposición y análisis del supuesto (folios 425 a 465), contesta las preguntas formuladas por la instructora de la siguiente forma:

1. ¿Si cuándo x. acude a Urgencias del Hospital Los Arcos el 7 de marzo de 2003, fue correcto el diagnóstico de "pródromos de parto" y posterior remisión de la paciente a su domicilio?

*"Sí, se hizo un diagnóstico correcto y la decisión de enviar a la gestante a su domicilio es correcta".*

2. ¿Si una vez que la paciente ingresa en el Hospital Los Arcos el 8 de marzo de 2003 se llevó a cabo un adecuado control y vigilancia del parto de x., acorde a los Protocolos de la Sociedad Española de Ginecología y Obstetricia?

*"El proceso asistencial realizado a esta señora en cuanto a control y vigilancia del parto es acorde a lo señalado en los correspondientes protocolos de la SEGO".*

3. ¿Si es cierto que hasta el momento en que se lleva a cabo la expulsión instrumental no existen alteraciones en el registro cardiotocográfico fetal que puedan relacionarse con una situación de hipoxia de la suficiente entidad como para originar las lesiones neurológicas posteriormente diagnosticadas?

*"El registro cardiotocográfico no mostró signos de hipoxia grave en la gráfica de la FCF".*

4. ¿Si es cierto que los registros aportados a las actuaciones muestran patrones normales, existiendo únicamente algunas deceleraciones de tipo variable sin que puedan relacionarse con una situación de hipoxia grave?

*"Las alteraciones de la FCF pueden ser calificadas como las de un feto que está en situación de RPBF, pero no de un feto en grave compromiso hipóxico".*

5.- En el presente caso ¿se daban las condiciones, de acuerdo con los protocolos de la Sociedad Española de Ginecología y Obstetricia para la aplicación de la ventosa obstétrica? Razone la respuesta.

*“Se daban las condiciones necesarias para la aplicación de la ventosa obstétrica, existía la indicación y no había ninguna contraindicación que desaconsejara su uso”.*

6. ¿En el presente caso, concurren los criterios generalmente consensuados que permitan afirmar que estamos en presencia de una encefalopatía o parálisis cerebral secundaria a hipoxia intraparto?

*“A la luz de los conocimientos actuales y aplicando los criterios internacionalmente admitidos se puede afirmar que no estamos ante una encefalopatía secundaria a hipoxia intraparto”.*

7.- En su opinión, ¿la actuación desarrollada por los distintos profesionales que asistieron al parto de x. no se ajustó a las normas de la *lex artis*?

*“En el proceso de la asistencia al parto de esta señora, los distintos profesionales actuaron siguiendo la *lex artis*”.*

**NOVENO.-** El 9 de noviembre de 2007 se otorga un trámite de audiencia a las partes interesadas, presentando escrito de alegaciones los reclamantes el 14 de diciembre de 2007, manifestando su desacuerdo con el especialista de la SEGO en varias cuestiones, y aportando copia de informe pericial de secuelas realizado por el Dr. x. y el dictamen del ginecólogo x. (folios 512 a 534), quien afirma lo siguiente:

*“No consta ningún otro control de la paciente hasta que a las 9:00 horas es trasladada a la sala de dilatación. Ni siquiera consta una nueva toma de tensión arterial a la paciente, a pesar de que la cifra de tensión arterial al ingreso era claramente elevada (145/95 mm Hg)*

*A pesar de la existencia del cultivo positivo para estreptococo agallactiae, lo que obligaba a la realización de profilaxis antibiótica intraparto para evitar la contaminación del recién nacido, no se hizo profilaxis antibiótica intraparto.*

*No figura en la documentación aportada la indicación por la que se administra oxitocina. Hay que tener en cuenta que el parto evolucionaba bien.*

*Tampoco consta que la administración de oxitocina fuera ordenada por el médico responsable.*

*En el protocolo del hospital Los Arcos aportado con el expediente, se indica la realización de algunas acciones que no se realizaron en este caso:*

*- Toma de constantes cada tres horas. No se hizo, a pesar de que al ingreso la paciente tenía una tensión arterial elevada.*

*- Administración de antibioterapia si está indicada. En este caso lo estaba, y sin embargo tampoco se hizo.*

*La matrona no avisó al ginecólogo, a pesar de las características del registro cardiotocográfico al comienzo de la monitorización. Nada más comenzar la monitorización aparece una deceleración variable profunda, en la que la frecuencia cardíaca fetal desciende hasta los 100 lpm. En este momento debió avisar al ginecólogo, para que éste valorase las características del registro. Sin embargo, la matrona no avisó al ginecólogo hasta las 9:50 horas.*

*En caso de haber dispuesto del utillaje necesario para realizar un pH, habría sido necesario realizarlo inmediatamente después de la aparición variable profunda a los 5 min. de iniciada la monitorización el día 8/3/03. En caso de no disponer del material necesario para la realización de este análisis fetal intraparto (tal y como ocurría en este caso), habría sido necesaria la finalización del parto "por la vía más rápida". Como la paciente no se encontraba en dilatación completa, habría sido necesario realizar una cesárea (máxime cuando existían deficiencias estructurales, en concreto la situación del paritorio, que no es adecuado para hacer cesáreas), lo que habría permitido ganar tiempo, y proceder a la extracción fetal antes de que se produjeran consecuencias inevitables.*

*La administración de oxitocina, sin una indicación clara, sin que lo ordene por escrito el médico responsable, y sin conocer la dosis de administración, pudo ser un factor coadyuvante en la aparición de la hipoxia, al provocar una hipertonia uterina, que aparece reflejada en el registro cardiotocográfico.*

*El niño x. padece una encefalopatía como consecuencia de la hipoxia intraparto sufrida, tal y como se pone de manifiesto en los informes de alta aportados.*

*La encefalopatía hipoxico-isquémica que padeció pudo ser evitada:*

- *Realizando una determinación de pH intraparto, a la vista de las características del registro cardiotocográfico. En caso de haber detectado un estado de acidosis inicial, se habría podido proceder a la extracción fetal mediante cesárea antes de que la acidosis se agravase.*

- *Procediendo a la extracción del feto, a la vista del registro cardiotocográfico, y teniendo en cuenta las limitaciones estructurales del hospital en cuestión”.*

**DÉCIMO.-** Con fecha 27 de marzo de 2008, el órgano instructor solicita al perito designado por la SEGO que aclare los aspectos de su informe cuestionados por la parte reclamante, siendo ampliado su informe el 11 de abril de 2008, en la forma en que se describe en los folios 545 a 553 del expediente, ratificándose en que en el proceso de asistencia al parto de la paciente los distintos profesionales actuaron siguiendo la *lex artis*, basándose en los argumentos esgrimidos en el informe anterior, fundamentándose en publicaciones de reconocido prestigio, que se citan de forma individualizada en cada actuación.

**UNDÉCIMO.-** El letrado actuante presenta escrito de 14 de febrero de 2008, recusando a la SEGO como institución y a su perito Dr. x. (folios 556 a 560), alegando que tienen interés indirecto en el presente asunto, careciendo sus respuestas de objetividad, dado sus planteamientos, algunos de ellos publicados, sobre la injusta persecución de los ginecólogos por las reclamaciones frente a su actuación. También se aluden a otras razones, como la dependencia en el ámbito universitario entre el Presidente de la SEGO y el perito designado por éste, las relaciones con --, S.L. (empresa que elabora habitualmente los dictámenes a --, S.A., aseguradora del Servicio Murciano de Salud), incluida en el ámbito de la correduría de seguros x., a la que la SEGO encargó el informe de siniestralidad. De otra parte, también se alude a que en el Hospital de La Princesa de Madrid coinciden trabajando el Presidente de la SEGO, el Dr. x. y el Dr. x. (coordinador del Servicio de Admisión y Archivo del Hospital), este último uno de los socios de --, S.L., de lo que infiere que la relación entre esta última mercantil y los dirigentes de la SEGO es muy fluida y continua. Concluye que el interés indirecto del Dr. x. deriva de la necesidad de desempeñar el papel de defensor de la especialidad, y de que ningún ginecólogo sea condenado. En cuanto a esta última institución, concluye que su interés indirecto deriva de la defensa de los ginecólogos frente a las reclamaciones de responsabilidad patrimonial.

Tramitado incidente de recusación, con suspensión temporal del procedimiento y traslado de las imputaciones a los tachados, que comparecen presentado escritos en los que cuestionan las razones alegadas por la parte reclamante (folios 617 a 624), se dicta resolución por el Secretario



General Técnico de la Consejería de Sanidad y Consumo, de 10 de octubre de 2008, considerando que no concurren las causas de recusación alegadas por las siguientes razones:

1ª) La SEGO ni el Dr. x. ostentan la condición de órgano decisor del procedimiento, requisito inexcusable para ser recusado en el procedimiento administrativo.

2ª) Las calificaciones sobre el dictamen pericial y las dudas sobre la imparcialidad del perito deben realizarse en las alegaciones presentadas al trámite de audiencia.

3ª) La alegación de que la SEGO y el Dr. x. tienen interés indirecto fundado en las afirmaciones extraídas de un estudio de siniestralidad elaborado por x. con la colaboración del Colegio Oficial de Médicos de Madrid carece de la más mínima relación de causalidad y denota un desconocimiento de los requisitos jurisprudenciales sobre las causas de recusación.

4ª) Considerar que existe una relación muy fluida entre --, S.L. y los dirigentes de la SEGO carece de trascendencia jurídica a los efectos recusatorios en el presente procedimiento, sin que en el Hospital de La Princesa exista la especialidad de ginecología y obstetricia, habiendo ido más allá de lo permisible en términos de defensa jurídica la fabulación de los recusantes.

5ª) La petición de dictamen por el órgano instructor a la SEGO está justificada por ser la máxima autoridad técnica en España en Ginecología y Obstetricia, que engloba a la mayoría de los especialistas (5.300 socios), cuya opinión puede ayudar a tomar la decisión del órgano competente.

6ª) El presidente de la SEGO ha realizado afirmaciones trascendentes en relación con la emisión de dictámenes periciales: *“Ya hemos hecho a los Colegios de Médicos una petición para que sean consecuentes en los criterios para nombrar peritos cuyo curriculum vitae debe ser seriamente valorado, al menos en el caso de nuestra especialidad (...) Deben cumplir con los requisitos de idoneidad, imparcialidad, objetividad, veracidad, prudencia y responsabilidad. Le incumbe extremar la prudencia, minuciosidad y el razonamiento científico en sus conclusiones. La SEGO empezará a denunciar al Comité ético a los que no cumplan con estas condiciones.”*

**DUODÉCIMO.-** En relación con el trámite de audiencia otorgado por escrito de 13 de mayo de 2008, los reclamantes presentan nuevo escrito de alegaciones (folios 603 a 611) para evidenciar ciertas contradicciones en el informe y posterior contestación del Dr. x. sobre la aplicación de la

ventosa, el resultado de la monitorización, la actuación médica correcta ante una situación de riesgo de pérdida de bienestar fetal (RPBF) y la etiología de las lesiones que presenta el menor.

A efectos de que el perito citado pudiera realizar las aclaraciones que estimara pertinentes, el órgano instructor le da traslado del escrito de alegaciones, siendo contestadas por escrito de 27 de enero de 2009 (folios 654 a 668), ratificándose en sus conclusiones.

**DECIMOTERCERO.-** La instructora acuerda solicitar informe complementario a la Inspección Médica para que valore los distintos dictámenes periciales incorporados al expediente, siendo evacuado el 23 de febrero de 2009, en el sentido de no considerar oportuno añadir nuevos comentarios al informe emitido anteriormente por la citada Inspección.

**DECIMOCUARTO.-** Tras un último trámite de audiencia, el reclamante presenta nuevo escrito de alegaciones (folios 677 a 681), en el que reitera sus argumentaciones y aporta diversos pronunciamientos judiciales con el fin de apoyar las mismas.

**DECIMOQUINTO.-** La propuesta de resolución, de 30 de octubre de 2009, considera, en primer lugar, que la acción de reclamación ejercitada el 7 de julio de 2004 habría prescrito, pues las secuelas del menor fueron definidas al alta del Servicio de Neonatología del Hospital Virgen de la Arrixaca el 11 de abril de 2003 (hay un error material en la fecha de la propuesta elevada), en el que fue diagnosticado de la encefalopatía hipóxico-isquémica, que motiva la presente reclamación. El que la resolución del grado de minusvalía fuera de junio de 2004 (que no es sino una declaración de carácter administrativo respecto a la situación del menor) y su carácter temporal (que puede conllevar un agravamiento) no contradice la calificación del presente daño como permanente, y la consideración de que la reclamación es extemporánea.

En segundo lugar, se analiza pormenorizadamente la asistencia sanitaria y la valoración de las distintas imputaciones realizadas por los reclamantes (folios 725 a 747), alcanzando la conclusión de que procede desestimar la reclamación de responsabilidad patrimonial al no resultar acreditados los requisitos necesarios para la existencia de responsabilidad patrimonial. A mayor abundamiento, señala que los pronunciamientos judiciales citados por el letrado actuante versan sobre supuestos en los que las circunstancias no son coincidentes, teniendo en cuenta que la STS, Sala 3ª, de 27 de junio de 2008, hace referencia a un supuesto donde se advirtió aguas muy teñidas al romperse la bolsa, que difiere del presente caso, y la STS, Sala 3ª, de 2 de noviembre de 2007, en la que faltaba un tramo intermedio del registro perdido por la Administración, invirtiéndose la carga de la prueba.

**DECIMOSEXTO.-** El órgano instructor recaba información a la Dirección de los Servicios Jurídicos de la Comunidad Autónoma sobre el estado del recurso contencioso administrativo (procedimiento ordinario núm. 264/2005), siendo contestado por el letrado actuante el 30 de noviembre de 2009, en el sentido de señalar que se encuentra pendiente del trámite de conclusiones.

**DECIMOSÉPTIMO.-** Con fecha 12 de diciembre 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 de la Región de Murcia.

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

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

##### **I. Legitimación.**

Los reclamantes, en su condición de padres del menor que ha sufrido los daños, ostentan la condición de interesados para deducir la presente reclamación de responsabilidad patrimonial objeto de este Dictamen, de conformidad con lo previsto en el artículo 139.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, sobre Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC).

En cuanto a la legitimación pasiva, no suscita duda que la actuación a la que los reclamantes imputan el daño acontece en el marco del servicio público prestado por la Administración sanitaria regional, siendo competente para resolver el titular de la Consejería de Sanidad y Consumo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 16. 2, o) de la Ley 7/2004, de 28 de diciembre, de Organización y Régimen Jurídico de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.

## II. Plazo.

El artículo 142.5 LPAC dispone que “el derecho a reclamar prescribe al año de producido el hecho o el acto que motive la indemnización o de manifestarse su efecto lesivo. En caso de daños a las personas, de carácter físico o psíquico, el plazo empezará a computarse desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas”, y ello porque no puede entenderse como fecha inicial del cómputo, *dies a quo*, la de alta en la enfermedad cuando quedan secuelas, sino la de la determinación invalidante de éstas (STS de 26 de mayo de 1994).

Presentada la reclamación el 7 de julio de 2004 y habiéndose prestado la asistencia sanitaria a la que se imputan los daños el 8 de marzo de 2003 (fecha en la que nació el menor) ha de determinarse si aquélla ha sido interpuesta dentro del plazo de un año que el artículo 142.5 LPAC señala para la prescripción del derecho a reclamar, puesto que la propuesta de resolución sostiene que la acción es extemporánea, al considerar que las secuelas del menor reclamadas fueron determinadas en el momento del diagnóstico de la enfermedad.

La determinación de si la reclamación se formuló dentro de plazo exige establecer previamente el carácter de los daños alegados.

Como señalamos en el Dictamen 109/2010, la jurisprudencia ha distinguido entre daños permanentes y continuados (sentencias de la Sala 3ª del Tribunal Supremo, de 12 de mayo de 1997, 26 de marzo de 1999, 29 de junio y 10 de octubre de 2002), según la cual, por daños permanentes debe entenderse aquellos en los que el acto generador de los mismos se agota en un momento concreto aun cuando sea inalterable y permanente en el tiempo el resultado lesivo, mientras que los continuados son aquellos que porque se producen día a día, de manera prolongada en el tiempo y sin solución de continuidad, es necesario dejar pasar un período de tiempo más o menos largo para poder evaluar económicamente las consecuencias del hecho o del acto causante del mismo. Y por eso, para este tipo de daños el plazo para reclamar no empezará a

contarse sino desde el día en que cesan los efectos, o como señala la sentencia de 20 de febrero de 2001, en estos casos, para el ejercicio de la acción de responsabilidad patrimonial el *dies a quo* será aquel en que se conozcan definitivamente los efectos del quebranto (sentencias del mismo Tribunal y Sala, entre otras, de 5 de octubre de 2000 y 30 de junio de 2009).

En su aplicación al presente caso, la instructora sostiene que el daño reclamado (secuelas derivadas de la encefalopatía hipóxico-isquémica) se diagnosticó por el Servicio de Neonatología del Hospital Virgen de la Arrixaca el 11 de abril de 2003 (por error se dice el 17), frente a la posición de la parte reclamante de que las secuelas fueron determinadas, de modo temporal, por la resolución del ISSORM de 22 de junio de 2004, sobre el grado de minusvalía, tratándose de un daño continuado.

Para la instructora no existe duda, en el presente caso, en la caracterización del daño como permanente, en tanto queda determinada la enfermedad con sus secuelas en el informe de alta hospitalaria ya citado, sin que altere dicho cómputo las actuaciones posteriores del ISSORM, tendentes a reconocer ayudas por las minusvalías detectadas con anterioridad al menor.

En relación con la determinación del alcance de las secuelas, y con las pruebas aportadas por los reclamantes, resulta que:

a) El informe clínico de alta del Servicio de Neonatología del Hospital Virgen de la Arrixaca, de 11 de abril de 2003 (folios 253 y 254), contiene el diagnóstico de encefalopatía hipóxico-isquémica de probable origen perinatal y síndrome de convulsiones neonatales secundarias. Se le pauta tratamiento y se le cita a revisión en consultas externas el 28 de mayo. Conviene destacar que en este momento el menor tiene poco más de un mes de vida.

b) Las revisiones posteriores se le realizan en consultas externas de neurología del Hospital precitado, donde van comprobando su evolución, constando una consulta externa el 4 de febrero de 2004 con 11 meses de edad.

c) El 17 de julio de 2003 (con 4 meses de edad), por sospecha de hipertensión intracraneal, es ingresado en el Hospital Virgen de la Arrixaca, donde en la exploración que se le realiza ya se contienen valoraciones concretas: "hipertonía de miembros superiores e inferiores con hipotonía de tronco y actitud de puño cerrado. No fijación de la mirada. No sostén cefálico. No colabora en el gasping."

d) En mayo de 2004, Astrapace (folios 149 a 150) realiza una valoración pormenorizada del menor destinada al pediatra y al ISSORM, en la que se concluye que “*el niño presenta un retraso psicomotor de tipo severo secundario a encefalopatía que en el momento actual se manifiesta como un cuadro de tetraplejía con distonía y respuestas sensoriales y sociales limitadas*”.

Si se acepta como *dies a quo* cualquiera de las fechas indicadas (salvo la relativa al apartado a) la acción no habría prescrito, con independencia de la consideración del daño como permanente, que no se cuestiona.

A este respecto, este Consejo Jurídico considera que el juicio diagnóstico que se proporciona a los padres del menor el 11 de abril de 2003 (con un mes de vida), si bien establece la enfermedad de base, sin embargo no determina ni el alcance de las secuelas, ni la minusvalía que padece el lactante, estableciendo tal valoración concreta el informe de Astrapace (mayo de 2004), lo que conduce, sin duda, a afirmar que la acción de reclamación presentada el 7 de julio de 2004 se habría ejercitado en plazo. Tampoco debe olvidarse el principio *pro actione*, al que se ha referido este Órgano Consultivo en otros Dictámenes (por todos, Dictamen 21/2008), que obliga a ser flexible en cuanto al rigor en la estimación de los defectos procesales o formales, sino también el reflejo del artículo 24 CE y la necesidad de evitar que se produzcan situaciones de desamparo.

Por tanto, la acción se ha ejercitado en plazo, rechazándose la prescripción propuesta.

### III. Procedimiento e incidente de recusación de la SEGO y de su perito.

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

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 (procedimiento ordinario 264/05). Ello no afecta a la obligación que incumbe a la Administración de dictar resolución expresa conforme a lo establecido en los artículos 42.1 y 43.4 LPAC, si bien procede que, previamente y en todo caso antes de dictar la resolución que haya de poner fin al procedimiento, por la instrucción se averigüe el estado de tramitación del recurso contencioso, toda vez que la última actuación relativa al mismo que consta en el expediente data de 30 de noviembre de 2009.

2. En relación con el incidente de recusación de la SEGO y su perito, a instancia de la parte reclamante, este Consejo Jurídico considera ajustado el procedimiento seguido en la pieza separada de recusación, habiéndose dado traslado a las partes para la presentación de las alegaciones, siendo igualmente fundada la resolución desestimatoria de la recusación tanto de la SEGO como de su perito, de 10 de octubre de 2008 (folio 632 a 639), por las siguientes razones:

a) En el procedimiento administrativo no se establece el carácter tasado de los medios de prueba, de manera que los hechos relevantes para la decisión de un procedimiento podrán acreditarse por cualquier medio de prueba admisible en derecho y, por tanto, los previstos en el Código Civil y en la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil, que ha derogado los artículos 1.214, 1.215, 1.126 y 1.231 a 1.253 de aquél. En lo no previsto por los artículos 80 y 81 LPAC habrá de estarse a las reglas establecidas en las normas citadas, adaptadas a las peculiaridades del procedimiento administrativo, recordando el carácter supletorio de los preceptos de la LEC, en relación con el proceso contencioso-administrativo.

b) La Administración sanitaria ha hecho uso de la prueba del dictamen de peritos, posibilidad prevista en el artículo 335 LEC, que establece que cuando sean necesarios conocimientos científicos o técnicos para valorar hechos o circunstancias relevantes en un asunto, las partes podrán aportar el dictamen de peritos que posean los conocimientos correspondientes, habiendo considerado su conveniencia en este caso, por afectar el objeto de la reclamación a la atención prestada durante el parto, solicitando la designación de un perito a la SEGO (hoy la Federación de las Sociedades de Ginecología y Obstetricia de las Comunidades Autónomas de España), en su condición de sociedad científica a la que se le ha reconocido su prestigio en la especialidad que le es propia, teniendo en cuenta que tiene entre sus fines la elaboración de dictámenes sobre aspectos profesionales, científicos y deontológicos que afecten a la especialidad.

c) La parte reclamante pone en entredicho la objetividad de la SEGO y de su perito en la elaboración del presente dictamen, pero cabría extender el mismo razonamiento respecto al perito designado por su parte, quien, por cierto, también exhibe como mérito en su *curriculum* el de ser miembro de la SEGO. En este sentido, la recusación no resulta congruente con las actuaciones precedentes de los reclamantes, si se tiene en cuenta que tras la emisión del informe por el Dr. x., perito designado por la SEGO, se otorgó un trámite de audiencia a los reclamantes, que formularon alegaciones frente a determinadas afirmaciones de la pericial, pero sin recusar al citado perito. Sólo cuando éste amplía sus razonamientos frente a tales alegaciones, a petición del órgano instructor, es entonces cuando se suscita la recusación por los reclamantes y no antes.

d) Los motivos esgrimidos para la recusación, “interés indirecto”, en el presente caso han sido refutados motivadamente por la Resolución del Secretario General de la Consejería consultante de 30 de noviembre de 2009, teniendo en cuenta, como destaca el órgano instructor, que las causas de abstención y recusación previstas en los artículos 28 y 29 LPAC son aplicables a las autoridades y al personal al servicio de las Administraciones Públicas competentes para la resolución del procedimiento, lo que no concurre en la persona y entidad objeto de recusación.

e) Corresponde, en todo caso, al órgano competente para la resolución la valoración de la prueba aportada por las partes, a propuesta del órgano instructor y previo Dictamen de este Órgano Consultivo. Para la valoración de las pruebas periciales, conforme establece la STS, Sala 3ª, de 2 de abril de 1998, ha de atenderse, en primer lugar, a la fuerza convincente de los razonamientos que contienen los dictámenes, pues lo esencial no son sus conclusiones, sino la línea argumental que a ellas conduce, dado que la fundamentación es la que proporciona la fuerza convincente del informe. De otra parte, habrá de tenerse en cuenta la necesaria armonía de las conclusiones obtenidas en los informes periciales con el resto de elementos probatorios, cuales pueden ser las pruebas documentales.

### **TERCERA.- Responsabilidad patrimonial en materia sanitaria.**

De los artículos 139.1 y 141.1 LPAC se desprende que, para que exista responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, es necesario acreditar daños que, causados por el funcionamiento de los servicios públicos, el particular no tenga el deber jurídico de soportar, habiendo precisado la jurisprudencia que, en materia sanitaria, la indicada relación de causalidad y antijuridicidad del daño se producen cuando se acredita que la actuación médica pública infringió la “*lex artis ad hoc*”, pues lo contrario supondría convertir a la Administración en una aseguradora universal de los riesgos y daños que puedan acontecer, señaladamente los inevitables para la salud, bien por naturaleza, bien por no poder ser remediados en el estado actual de la ciencia y la técnica sanitarias; finalidad ésta de aseguramiento a todo riesgo que no contempla la institución de la responsabilidad patrimonial administrativa tal y como viene configurada por el artículo 106.2 de la Constitución, la LPAC y el resto del ordenamiento jurídico. Y es que, como vienen señalando de forma reiterada la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la doctrina del Consejo de Estado y de este Consejo Jurídico, la ciencia médica no es exacta, por lo que los facultativos tienen una obligación de medios y no de resultados (por todos, nuestro Dictamen núm. 56/2005).

Por ello, cuando la imputación de tal responsabilidad se basa en que la actuación de los facultativos que atendieron al paciente no se ajustó a *normopraxis*, el criterio que ha de utilizarse



para determinar la existencia o no de tal responsabilidad es, como ha quedado dicho, el de si la actuación de aquéllos se ajustó o no a la llamada *lex artis* de la profesión médica, aplicada a las circunstancias concretas del caso, es decir, a los síntomas y evolución clínica del paciente. Como puede advertirse, la determinación de si la asistencia sanitaria se ajusta o no a la *lex artis* descansa, de forma necesaria, en la apreciación efectuada por profesionales de la Medicina, pues sólo ellos poseen los conocimientos especializados precisos para una adecuada valoración de los actos médicos en el contexto concreto que presenta cada supuesto. Siendo necesarios, por tanto, conocimientos científicos para valorar hechos o circunstancias relevantes en el asunto -artículo 335 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC)-, el principal apoyo probatorio de las reclamaciones de responsabilidad patrimonial ha de ser, para el reclamante, un informe pericial que ponga de manifiesto los errores u omisiones cometidos durante todo el proceso asistencial -el especial valor probatorio de los informes médicos en los procedimientos de responsabilidad patrimonial derivada de la asistencia sanitaria es puesto de relieve por el Tribunal Supremo en sentencia de su Sala de lo Contencioso Administrativo de 1 de marzo de 1999-. Para la Administración, la valoración de la asistencia prestada será ofrecida, además de por los médicos intervinientes, cuyo informe resulta preceptivo de conformidad con el artículo 10.1 RRP, por el de la Inspección Médica, que, en su calidad de órgano administrativo, se encuentra obligado a efectuar un análisis objetivo e imparcial de las actuaciones efectuadas por los facultativos de la Sanidad Pública, lo que le otorga un especial valor a efectos de prueba. En el presente caso, por la especialidad en la asistencia sanitaria, el órgano instructor dispone también del dictamen de un especialista designado por la SEGO.

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

La extensión y abundancia de opiniones en el expediente exigen una sistematización de las valoraciones de los informes periciales, centrándolas en torno en las imputaciones formuladas por la parte reclamante, que sostiene que la asfixia neonatal severa del menor podría haberse evitado si se hubiera realizado un adecuado control sanitario sobre el parto, consistente en las siguientes actuaciones:

1. Los reclamantes manifiestan que cuando la paciente llegó al Hospital de Los Arcos hacia las 0:30 horas del día 8 de marzo de 2003 se le debía haber realizado una monitorización, máxime cuando la efectuada en la tarde anterior no era totalmente tranquilizadora.

Esta primera aseveración de la parte reclamante encierra ciertos equívocos, como pone de manifiesto la historia médica e incluso su perito, pues no es cierto que la monitorización que se realizó a la paciente en la tarde del día 7 no fuera totalmente tranquilizadora, ni que la actuación sanitaria pudiera tacharse de incompleta cuando llega al Hospital a media noche.

El resultado de normalidad en la exploración es citado por el Dr. x. (folio 162), quien atendió a la paciente, destacando el error de los reclamantes en la valoración del registro, que era reactivo y no regular como interpretan ellos; dicha normalidad también es apreciada por la Inspección Médica (folio 403), y por el perito de la parte reclamante, Dr. x., quien expresa el siguiente parecer (folio 513):

*“X., de 22 años, acudió al Servicio de Urgencias del Hospital Los Arcos de Murcia el día 7 de marzo de 2003, a las 15,19 horas, por presentar molestias desde la noche anterior. La paciente refiere contracciones cada 20 minutos. Según consta en la hoja de atención médica se trataba de un primer embarazo, con una fecha de última menstruación correspondiente al 6/VI/02, por lo que se encontraba en la semana 39 más un día de gestación. Se le hizo una exploración física: cuello muy posterior, cerrado, cabeza sobre estrecho superior. Se hizo un registro cardiotocográfico con resultado normal. Con el juicio diagnóstico de “pródromos de parto” con indicación de volver si la situación cambiase”.*

Por tanto, la afirmación de que la monitorización realizada en la tarde del día 7 no era tranquilizadora se contradice con la valoración del propio perito de la parte reclamante, encontrándose la paciente en aquel momento en la fase prodrómica del parto (puede durar desde unas horas a varios días), que permitía el alta hospitalaria, si bien con la recomendación de volver si se producía la rotura de bolsa de aguas, sangrado genital o contracciones regulares, como se escribe en la historia clínica (folios 10 y 162).

Cuando la paciente acude esa misma noche (a las 0,30 horas ya del día 8), lo hace por contracciones cada 6 o 7 minutos, sin rotura de aguas ni manchado genital.

Es atendida por el mismo facultativo, Dr. x., que le realiza una exploración ginecológica, que es descrita de la siguiente forma por el perito de la parte reclamante (folios 513 a 514):

*“El día 8 de marzo de 2003, a las 0,30 horas, la paciente acude nuevamente al servicio de urgencias del Hospital Los Arcos por presentar contracciones cada 6 o 7 minutos. En la exploración inicial que se le realiza consta una tensión arterial de 145/95, temperatura 36,1, pulso 94 lpm. No*

*constan en la historia clínica antecedentes personales o familiares de interés (...) Se realiza una exploración física:*

- fondo uterino a término.
- dinámica uterina: sí.
- dorso fetal derecho, presentación cefálica, sobre estrecho superior.
- todos fetales: 140, estimación del tamaño del feto: medio.
- cuello de 1-2 cm., dilatación dedo, duro”.

Concluye el Dr. x., en relación con la atención sanitaria prestada a la paciente cuando ingresa en el Hospital descrita anteriormente, que fue completa y correcta (folio 520).

Por lo tanto, puede afirmarse que no se ha probado esta primera imputación de los reclamantes.

2. La segunda imputación hace referencia a que la paciente fue ingresada en una habitación normal y abandonada hasta las 9 horas de la mañana siguiente, que fue trasladada a la sala de dilatación, y que ni tan siquiera se le tomó la tensión a pesar de tenerla elevada (145/95) a su ingreso, ni se le administró profilaxis antibiótica por haber dado positivo en el cultivo rectal de estreptococo agallactiae.

Sin embargo, en opinión de este Órgano Consultivo, tampoco se ha acreditado en el presente caso el abandono de la gestante, si se tiene en cuenta que acude por la noche al Hospital a las 0:30 (día 8), cuando se le practica una valoración que se define como completa por el perito de la parte reclamante, siendo ingresada posteriormente (a la 1 de la madrugada, aproximadamente) en una habitación de la primera planta (obstetricia), próxima al control de enfermería, procediéndose a su rasurado y enemado en la misma habitación, con la recomendación de “avisar si hay dinámica”, para poder ser trasladada a la sala de dilatación y parto cuando su situación obstétrica lo indicara. La situación de la paciente durante este periodo es definida “de latencia de parto”, según el protocolo de la SEGO (dilatación inferior a 3-4 cms. y menos de 2-3 contracciones en 10 minutos), que establece que el periodo de latencia normal en una nulípara ha de ser inferior a 20 horas (protocolo núm. 3), que fue cumplido en el presente caso, puesto que la gestante a las 9 horas se encontraba ya en la sala de dilatación en fase activa (8 horas y media después de su ingreso).

No consta en la historia clínica que la paciente avisara durante la noche (lo que denotaría que transcurrió con cierta normalidad), pero se infiere de determinados datos que el personal encargado tuvo contacto con ella durante aquel periodo, pues la matrona entrante dejó constancia en el historial que rompió aguas a las 6 de la mañana y que el líquido amniótico era claro. Lo cierto es que a las 9 de la mañana ya se encontraba la gestante en la sala de dilatación con monitorización, lo que presuponía, de acuerdo con el testimonio de las matronas transcrito por la Inspección Médica en su informe (folio 398), que previamente se le había examinado, pues no se traslada a la parturienta a la sala de dilatación sin previo examen. La hoja del partograma la abre la matrona saliente, teniendo puesto el registro a las 8,58 horas. La matrona entrante, x., que se incorporó a su turno a las 9 horas, canaliza la vía de infusión y cursa preoperatorio.

Esta circunstancia es corroborada por el ginecólogo que la había atendido cuando ingresa por la noche (Dr. x), quien destaca que antes del cambio de turno ya se encuentra la paciente en la sala de dilatación, iniciándose el periodo activo de parto (así se anota en la hoja de control tocológico, folio 15), transmitiéndole la información al ginecólogo entrante Dr. x.

A la vista de lo relatado, este Consejo Jurídico considera que no se acredita un abandono de la paciente aquella noche, que se encuentra en el periodo de latencia de parto, estando a las 9 de la mañana en la sala de dilatación en fase activa de parto. El hecho de que no se tenga constancia en la historia clínica de que se le tomara aquella noche la tensión a la paciente, que la tenía algo elevada a su ingreso, no permite imputar *per se* el daño alegado por los reclamantes al funcionamiento del servicio público, como refiere la propuesta de resolución, ni tampoco por no haber recibido la gestante la profilaxis antibiótica tras un cultivo rectal positivo (el cultivo vaginal fue negativo, según el folio 31), según cuestiona el perito de la parte.

Un aspecto importante a destacar, puesto que existen ciertas contradicciones en los informes médicos, que conduce también a error a los reclamantes, es el dato que consta anotado en la historia clínica de que la rotura de la bolsa fue espontánea, a las 6 horas, y que el líquido era claro, como detalla la propuesta de resolución: *“en toda la historia clínica del Hospital Los Arcos se habla de que el líquido amniótico era claro. Así en el informe de alta del servicio de pediatría (f. 40) entre los antecedentes personales se habla de “L.A. claro”, aunque se especifica que el niño expulsó meconio intraútero. Este último dato es lo que ha podido llevar a confusión a los reclamantes y el hecho de que posteriormente en el Hospital Virgen de la Arrixaca, en el informe de UCI (f. 35) se anote erróneamente que el líquido era teñido, pues también cuando se realiza la exploración física y anamnesis (f. 87) en el Hospital Virgen de la Arrixaca también se anota que el L.A. era claro”*.

Este último dato (líquido amniótico claro) revela ausencia de sufrimiento fetal previo (folio 164).

3. La siguiente imputación de los reclamantes hace referencia a que a las 9 horas del día 8 se adoptó una decisión ilegítima por imprudente, al estimular el parto (se le administró oxitocina) sin conocer el grado de bienestar fetal, asumiendo un riesgo desproporcionado, pues el aumento de las contracciones uterinas puede incrementar el sufrimiento del feto; máxime cuando ya se conocía que se había iniciado la expulsión de líquido teñido, lo que es un síntoma de pérdida de bienestar fetal. Todo ello sin informar a los padres de lo que estaba sucediendo.

Sin embargo, ya se ha indicado anteriormente que el líquido amniótico era claro, por lo que no está acreditado que en ese momento existiera ya un síntoma de pérdida de bienestar fetal, como afirma la parte reclamante. De hecho, su perito sostiene, aunque para cuestionar la administración de oxitocina, que el parto evolucionaba bien (folio 521).

Ya en la sala de dilatación, las primeras actuaciones de la matrona de guardia respecto a la paciente son resumidas por el Dr. x: *“según Protocolo del Parto Eutócico de nuestro servicio de Matronas se procede por la matrona a la monitorización biofísica, extracción de sangre para analítica de control, instauración de venoclisis y administración de oxitocina en perfusión iv mediante bomba, 5 UI de Syntocinon en 500 ml de suero glucosado como así figura en el Partograma y hoja de reconocimientos en el curso del parto”*.

Con respecto a la administración de oxitocina por parte de la matrona, el perito de la parte reclamante sostiene que no consta en la documentación aportada la indicación de por qué se le administró a la paciente (puesto que el parto evolucionaba bien), ni que aquella fuera ordenado por el médico responsable. Incluso sostiene la hipótesis de que pudo producirse una hipertoniá provocada por su administración y que la hipertoniá mantenida provoca una disminución del flujo sanguíneo placentero, lo que acaba provocando una situación de hipoxia fetal.

A este respecto, según el Protocolo núm. 3 de la SEGO, la administración de oxitocina se realiza “de acuerdo con el buen juicio clínico cuando se considere necesaria para la obtención de la dinámica uterina adecuada al momento del parto”. En su aplicación al presente caso, el ginecólogo que tiene a su cargo a la paciente expresa: *“según el registro del monitor la dinámica no es la apropiada en ese momento. Por otra parte la dosificación de oxitocina corrige disdinamias e incoordinaciones de la dinámica lo que hace que ésta sea más efectiva. Por lo tanto de ningún*

*modo ajustado a la Sanidad más elemental se puede afirmar, ni tan siquiera deducir, como en aparente lógica y sin fundamento alguno, realiza el letrado promotor del presente expediente al alegar que “porque se estimuló el parto (o sea se administró oxitocina) el parto no progresaba adecuadamente” .*

De otra parte, la administración de oxitocina por las matronas se recoge en el Protocolo del Parto Eutócico del Servicio de Matronas del Hospital Los Arcos, según reconoce el perito de la parte reclamante, aunque, según se expresa en el Informe de Inspección Médica, fue el ginecólogo quien verbalmente dio la orden de administrar dicho fármaco.

Sobre sus efectos de hipoxia fetal en el presente caso, según sostiene el Dr. x. en términos de probabilidad (*“puede apreciarse la diferencia con la presión uterina marcada a partir de ese momento. Este hecho reflejado en el registro cardiotocográfico pudo ser una hipertensión provocada por la administración de oxitocina”*), no puede ser admitida sin más por este Consejo Jurídico como causa eficiente del daño alegado, puesto que la hipótesis planteada ha sido refutada motivadamente por el perito de la SEGO (folios 660 y 661), como refleja la propuesta de resolución, sin que tampoco la Inspección Médica advierta en su administración un infracción de la *lex artis*.

Lo anterior nos permite conectar con la siguiente imputación, sobre la interpretación del registro cardiotocográfico y cuándo debió avisarse al ginecólogo por parte de la matrona.

4. Señalan los reclamantes que al inicio de la monitorización se reflejó la presencia de una bradicardia y que la matrona no debió esperar a las 9,50 horas para avisar al ginecólogo.

En la interpretación del registro se encuentran las posturas más divergentes entre los peritos de la parte reclamante y de la SEGO, como bien refleja la propuesta de resolución, que da mayor credibilidad a la valoración del designado por esta última sociedad, que concluye que hasta las 9,55 no aparecen los signos predictivos de hipoxia fetal o de grave compromiso para el feto que aconsejaran un parto inmediato (folio 658). En tal sentido consta en el expediente que la matrona avisó a las 9,50 horas al ginecólogo por registrarse bradicardias en la monitorización y que previamente aquélla había explorado a la paciente (9,30 horas), que demostró progreso de la dilatación (6 cm.) y presentación cefálica. A las 10 horas eran 9 cms., que denotaría en opinión de la Inspectora Médica, un avance adecuado.

Necesitando este Órgano Consultivo conocimientos científicos para determinar si hubo un error en la interpretación del registro cardiotocográfico por parte de la matrona (se descarta descuido a la vista del examen que le hizo a la gestante a las 9,30 h.), y si debía haber avisado con anterioridad al ginecólogo, nuestra opinión ha de basarse en la valoración del registro realizada por la Inspección Médica, cuyas manifestaciones merecen a la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Región de Murcia (sentencia de 9 de octubre de 2009) “consideración y respeto” con independencia de la valoración final que pueda realizarse en el caso concreto, teniendo en cuenta su labor investigadora y el examen de las actuaciones en el presente caso, en contraste con los protocolos de la SEGO.

Si bien los reclamantes sostienen que el monitor que existe a partir de las 8,58 horas comenzó a presentar claros síntomas de pérdida de bienestar fetal (folio 480 bis) a las 9,05 horas (aunque su perito afirma que el parto evolucionada bien en el folio 521), este Consejo Jurídico, a la vista de las fundadas opiniones contrarias a tal interpretación sostenida por el perito de la parte reclamante (folios 404, 662 y 663), considera que a la hora indicada no se encuentran probados tales síntomas, pues se produce sin coincidir, ni durante ni después, con contracción alguna, pudiendo ser interpretada como postural, como señala la Inspectora Médica, siguiendo el Protocolo nº 9 de la SEGO:

*“En la interpretación del registro considerarnos que es un registro con variables, alguna con leve decalaje. Las contracciones que se reflejan no demuestran 100% que son de parto puesto que son prácticamente insignificantes (lo sabemos por otros datos). Hay una bradicardia que no se corresponde con una contracción y en general, con este registro no podemos demostrar que un feto esté en situación grave, podrá ser un registro con resultados de fetos normales o con vueltas de cordón o procidencias de algún miembro”. Apoya tal interpretación en los patrones cardiotocográficos de pérdida de bienestar fetal, según los criterios protocolos de la SEGO, que define en el folio 404.*

No obstante lo anterior, con respecto al resultado de la monitorización el perito de la SEGO señala lo siguiente (folio 663):

*“en el registro de este parto el comportamiento de la FCE es normal, sin deceleraciones y con una buena variabilidad (éste persistió hasta el final del registro) hasta las 9,33 horas, momento en el que aparece el primer DIP II. Se han producido 2 DIPs tipo II hasta las 9,40 horas, por lo que hubiera sido conveniente conocer el estado del medio interno fetal en términos de pH”.*

Cabe preguntarse si al no practicarse en el presente caso la prueba diagnóstica referida se puede colegir de ello una infracción de la *lex artis*, como sostiene la parte reclamante, a la vista de lo afirmado por el perito de la SEGO de que hubiera sido conveniente realizar la prueba pH fetal a las 9:40 h.

Sin embargo, con independencia que se admita como infracción de la *lex artis* la no práctica de la citada prueba diagnóstica sobre el estado fetal a la hora indicada, se coincide con la propuesta de resolución que si el tiempo necesario para la obtención de dicha prueba diagnóstica coincide con el momento en el que se detectan las bradicardias en el registro (a las 9,50 horas), la actuación exigida, en todo caso, era la extracción del niño por la vía más rápida, que el ginecólogo considera que es la que aplicó, según se detalla en el apartado siguiente. En tal sentido afirma la instructora:

*“Es cierto que el Dr. x. (perito de la SEGO) indica que a las 9:40 h. hubiera sido conveniente realizar el pH, pero el protocolo n° 9 de la SEGO habla de indicaciones para realizar una microloma "siempre que sea técnicamente posible". El Dr. x. comenta a este respecto los inconvenientes que suponían realizar esta prueba, por el tiempo que conllevaba, dado que era necesario realizar más de una toma, por tener una tasa del 6% de falsos positivos, y se precisaba llamar al personal del laboratorio que se encontraba en otra planta. Por tanto, y aún en el caso de que a las 9:40 h. se hubiera realizado la prueba de pH, y esta hubiera determinado el sufrimiento fetal, nos encontraríamos en la misma situación, serían las 9:50 o más, y ante la necesidad de extraer el feto por la vía más rápida cuando se produce la bradicardia (a las 9,50), que es lo que hace el Dr. x. Por tanto, aunque se admitiera la posibilidad de un incumplimiento de la *lex artis* por parte de la señora x., al no avisar al ginecólogo para realizar la prueba de pH, dicho incumplimiento no sería el causante del daño que sufre el niño”.*

5. La siguiente imputación se formula frente al ginecólogo, que los reclamantes consideran que no actuó adecuadamente, pues debería haber realizado previamente un pH en cuello cabelludo fetal para la comprobación del estado fetal y, en función del resultado, decidir si era viable la vacuoextracción o una extracción inmediata mediante cesárea, que hubiera permitido extraer al niño en un máximo de 10 minutos. Se sostiene por la parte reclamante que las infraestructuras del Hospital (el quirófano se encuentra en otra planta) influyeron en la forma de manejar el parto (folio 524). De otra parte, señala que no se daban los requisitos para aplicar la ventosa, pues el feto se encontraba en el plano II de Hodge a las 10 horas.



Se ha acreditado en el expediente que el ginecólogo, tras ser avisado por la matrona, quien también realiza en dilatación un tacto vaginal a la paciente para comprobar la dilatación cervical y altura de presentación según escribe a las 10 horas, comprueba cuando explora a la paciente en paritorios y con pujo que presenta dilatación completa, posición OIIT y cabeza en III-IV plano, según el partograma, por lo que se cumplían los requisitos del protocolo para aplicar la ventosa obstétrica. Así, el Dr. x., manifiesta que una vez requerida su presencia por la matrona, e informado por ésta, traslada a la paciente a paritorio para evaluar sobre la mesa de partos con los pujos el descenso de la presentación. Una vez comprobado que el parto era inminente, desechó la opción de la cesárea, por entender que el parto vaginal instrumentado mediante ventosa era la vía más rápida para la extracción del niño, explicando en su informe las razones que le llevan a tomar dicha decisión (folio 168). El niño nació a las 10:25 h. por lo que el nacimiento se produjo dentro de los límites temporales previstos por la SEGO en el caso de que se hubiera decidido por una cesárea urgente.

Sobre lo señalado por los reclamantes de que debía haberse realizado antes de aplicar la ventosa un pH fetal para conocer el estado del *nasciturus*, el ginecólogo detalla que en las condiciones obstétricas que presentaba la paciente no estaba indicado, pues lo que procedía, una vez avisado por la bradicardia detectada en el registro a las 9,50 horas, era extraer al niño por la vía más rápida, que considera que es la elegida (en el folio 169 se recoge que esta prueba estaba contraindicada con el empleo ulterior de la ventosa). Sobre la afirmación de la parte reclamante de que era imposible realizarle una cesárea por encontrarse la sala de quirófano en otra parte, queda clara su ubicación por la inspección ocular de la Inspectora Médica: “visita de inspección al Servicio de Ginecología que está situado en el primer piso del Hospital, comprobamos que el quirófano se encuentra situado después de atravesar el descansillo que da acceso al Servicio”.

De otra parte, los reclamantes sostienen que el daño se le produjo al menor durante la asistencia al parto, si bien en la sucinta valoración realizada por el Dr. x. de la Sección de Neuropediatría afirma que *“no es correcta ni exacta la afirmación de que el daño se le causó en el momento de la asistencia al parto...ya que no existen otras anomalías perinatales que pudieran justificar otra etiología del daño”*. En relación con el origen del daño, un dato destacado por el pediatra que lo atendió en el Hospital Los Arcos, destacado por la Inspección Médica, es que “el aspecto sonrosado del niño después de la reanimación indica que se mantenía con buena oxigenación” (folios 40 y 405). En este sentido, el ginecólogo que la atendió destaca en su informe, según lo escrito en el partograma por el pediatra que reanimó al niño, que a los 10 minutos tenía un Apgar normal de 8, razón por la que informó de resultado satisfactorio.

En suma, extrayendo las conclusiones de la Inspección Médica:

*“No se detectaron factores de riesgo anteparto, no se detecta falta de atención ni abandono de la paciente durante el ingreso, durante el parto las decisiones clínicas se fundamentaron, la instrumentación utilizada era usual en el Servicio, no se detectó impericia o creación de riesgo durante su manipulación. La reanimación postparto fue inmediata, el pediatra estaba presente en el nacimiento y se ofreció atención continuada hasta su traslado a otro centro. El resultado desfavorable expuesto no cabe achacarlo a una incorrecta actuación de los profesionales actuantes”.*

En relación con las sentencias citadas por la parte reclamante, además de las diferencias destacadas por la instructora en la propuesta de resolución con respecto al presente supuesto, cabe señalar que igualmente el Tribunal Supremo ha desestimado también otras tantas reclamaciones que versan sobre supuestos análogos, al no advertir el nexo causal con la *praxis* médica con ocasión del alumbramiento. Así, en la STS, Sala 3ª, de 15 de diciembre de 2008, se considera que “la inexistencia de causas anteriores al nacimiento no conlleva automáticamente, de forma ineludible, la atribución del mal a una infracción de la *lex artis* durante el parto o el tratamiento subsiguiente”. Tampoco las sentencias de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Región de Murcia, de 7 de marzo de 2008, de 9 de octubre y de 20 de noviembre de 2009, consideran en los supuestos analizados una actuación médica contraria a la *lex artis*.

En el mismo sentido desestimatorio expresado, los Dictámenes 149/08 y 178/09 de este Órgano Consultivo.

Por último, la cuantía reclamada por los interesados no se adecua al criterio judicial ante minusvalías similares (Dictamen 164/2008 de este Consejo Jurídico), puesto que el Tribunal Supremo es partidario de conceder sólo una indemnización global, sin añadir una pensión vitalicia. Para estos casos suele fijar la indemnización en 600.000 euros por todos los conceptos (SSTS, Sala 3ª, de 27 de junio de 2008 y de 15 de marzo de 2007).

En 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 (Consideración Cuarta), sin perjuicio de las observaciones realizadas sobre la temporaneidad de la acción y la cuantía indemnizatoria reclamada.

**SEGUNDA.**- Por el tiempo transcurrido, antes de adoptar la correspondiente resolución, habrá de coordinarse la Consejería consultante con el centro directivo competente para conocer el trámite en el que se encuentra el recurso contencioso administrativo citado en la Consideración Segunda.

No obstante, V.E. resolverá.



**DICTAMEN 143/2010**

**Asunto** Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hija, debida a accidente escolar.

**Consultante** Consejero de Educación, Formación y Empleo

**Fecha** 19/07/2010

**Extracto de Doctrina**

Nota: igual doctrina que la expresada en el Dictamen 14/2010.



**DICTAMEN 144/2010**

**Asunto** Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hija, debida a accidente escolar.

**Consultante** Consejero de Educación, Formación y Empleo

**Fecha** 27/07/2010

**Extracto de Doctrina**

Nota: igual doctrina que la expresada en el Dictamen 14/2010.



**DICTAMEN 145/2010**

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

**Consultante** Consejera de Sanidad y Consumo

**Fecha** 27/07/2010

**Extracto de Doctrina**

El sistema público sanitario no se hace cargo de la asistencia prestada por los servicios ajenos cuando éstos se han utilizado por decisión propia del interesado, y cuando, como en este caso, el recurso a los servicios ajenos no está motivado por la denegación injustificada de la prestación de asistencia sanitaria, teniendo el interesado, de estimarlo necesario, según el artículo 4 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud, “el derecho a disponer de una segunda opinión facultativa sobre su proceso, en los términos previstos en el artículo 28.1”.

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** El 8 de junio de 2005, x. presenta reclamación de responsabilidad patrimonial ante la Consejería competente en materia de sanidad, en la que expresa que este escrito es continuación de los presentados con anterioridad el 29 de marzo y el 15 de abril anterior. Refiere que, como consecuencia de un accidente, sufrió una fractura de la estiloides radial con luxación plantar de la articulación radio-cubital distal. En el Servicio de Urgencias del Hospital Rafael Méndez de Lorca le inmovilizaron la muñeca con escayola de forma incorrecta, lo que dio lugar a que, con fecha 21 de agosto de 2003, tuviera que ser operado de forma privada en el Hospital San Carlos de Murcia “por miedo a que volvieran a hacerlo mal”.

En el presente escrito cuantifica el daño reclamado en 10.049,62 euros, tomando en consideración la Resolución de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones de 7 de febrero de 2005, presentando el desglose correspondiente por los gastos de la intervención quirúrgica y rehabilitación, por los días de incapacidad laboral transitoria, por los de hospitalización, e indemnización por secuelas.

También dice corregir datos personales incorrectos, de acuerdo con el encabezamiento del escrito.

**SEGUNDO.-** El órgano instructor requiere al reclamante el 15 de julio de 2005 (notificado el 4 de agosto) que debe subsanar su solicitud, en el sentido de concretar y documentar los requisitos determinantes de la responsabilidad patrimonial (folio 6).

En su cumplimiento, el 3 de octubre de 2005 se presenta escrito con los datos personales del reclamante sin firmar (aunque se rectifican los dos primeros números del Documento Nacional de Identidad), haciendo referencia en el cuerpo del escrito al accidente sufrido “por su hijo x.”. Lo anterior fue subsanado por otro posterior de 10 del mismo mes, en el que ya se expresa el reclamante en su propio nombre. En éste expone que como consecuencia de la mala inmovilización, al habersele colocado de forma incorrecta la escayola, presenta secuelas con pérdida de movilidad plena de la muñeca. Señala que, por la mala *praxis* de los servicios médicos del Hospital Rafael Méndez de Lorca, ha precisado rectificar la evolución de la fractura mediante intervención quirúrgica, lo que justifica, según manifiesta, la decisión de acudir a un centro privado para la intervención quirúrgica, que califica de urgente y necesaria, así como el tratamiento fisioterapeuta posterior, que han supuesto unos gastos por importe de 10.049,62 euros. Junto con este escrito de reclamación acompaña, a efectos probatorios, la siguiente documentación:

1. Parte de Urgencias del Hospital Rafael Méndez de Lorca de 7 de julio de 2003, en el que se expone: *“se le ha caído una sandía sobre la mano cuando la tenía apoyada sobre un palo de plástico duro. Dolor a la palpación en zona cubital carpo D. EC: Rx PA y mismo D: fractura apófisis estiloides cubital. Juicio diagnóstico: fractura apófisis estiloides cubital D. Recomendaciones Terapéuticas: Férula de inmovilización (...)”*.

2. Parte de Urgencias del Hospital Rafael Méndez de 22 de julio de 2003, en el que se dice: *“Fr. Muñeca: Fisura cubital dolor. Es enviado por Médico de Cabecera para nueva férula tras retirarla, porque se le había quedado grande. Rx. No aprecio imagen de fisura pero el enfermo quiere que se le vuelva a poner la escayola porque su médico de cabecera lo ha enviado para ello por lo que se pone”*.

3. Parte de Urgencias de 6 de agosto de 2003, en el que se señala: *“Paciente con Fr. Apófisis estiloides desplazada enviado desde Trauma por reducción. Trauma: Luxación radiocubital distal con fractura de apófisis estiloides radial de un mes de evolución, luxación intervenida. Se cita para solución quirúrgica e inmovilización. Ingreso por Urgencias día 11-8-2003. Rx: desplazamiento ap.estiloides cubital”*.

4. Informes de la unidad de fisioterapia de Atención Primaria de Lorca, el último de 29 de marzo de 2004, que destaca: *"El paciente está acudiendo a tratamiento en esta unidad. Tras las últimas semanas su tratamiento no experimenta mejoría alguna en el recorrido articular en supinar de antebrazo. Pienso que actualmente está en fase de secuelas y no parece que se vaya a ganar más recorrido. El tratamiento realizado es cinesterapia, mecanoterapia y postura (...)"*.

5. Informe de 2 de septiembre de 2003 del Dr. x., Traumatólogo del Hospital USP San Carlos de Murcia (en lo sucesivo Hospital San Carlos), que manifiesta: *"Paciente de 28 años de edad que consulta en nuestro Servicio por haber sufrido un traumatismo sobre la muñeca derecha del que ha sido tratado en otro Centro. Tras su estudio clínico y radiológico es diagnosticado de una fractura de la estiloides radial con luxación palmar de la articulación radio-cubital distal. Dada la situación clínica del paciente se recomienda su tratamiento quirúrgico, siendo realizada el día 21 de agosto de 2003 en el que se practica una reducción de la fractura abierta manteniéndose estable mediante una aguja de Kirschner. El paciente evoluciona de un modo satisfactorio por lo que es dado de alta hospitalaria para continuar en régimen ambulatorio"*.

6. Solicitud de 29 de marzo de 2005 presentada ante la Consejería competente en materia de sanidad por x., en nombre de su hijo, x., en la que expone; *"Por no saber los profesionales firmantes los informes de 7-7-03 y 22-7-03, no hacer bien su trabajo, me tuve que someter a una intervención quirúrgica, quedando secuelas. Reclamando el importe de las facturas del Hospital San Carlos de Murcia"*.

7. Resolución del Director General de Régimen Económico y Prestaciones del Servicio Murciano de Salud, de 28 de junio de 2005, por la que se deniega el reintegro de los gastos sanitarios en el Hospital San Carlos, al no tratarse de un supuesto de asistencia urgente, inmediata y de carácter vital, de conformidad con el artículo 5 del Real Decreto 63/1995, de 20 de enero, sobre Ordenación de las Prestaciones Sanitarias del Sistema Nacional de Salud, entonces aplicable.

8. Diversas facturas por importe total de 3.164,05 euros correspondientes a la intervención quirúrgica y a la rehabilitación en centros privados.

**TERCERO.-** Con fecha 24 de octubre de 2005 el Director Gerente del Servicio Murciano de Salud dictó resolución de admisión a trámite, que fue notificada al reclamante el 18 de noviembre siguiente.



Asimismo, mediante escritos fechados el 25 de octubre de 2005, la reclamación se trasladó a la correduría --, S.A., a efectos de su comunicación a la compañía aseguradora del ente público, y a la Dirección General de Asistencia Sanitaria; en la misma fecha, se solicita al Hospital Rafael Méndez de Lorca la remisión de la copia de la historia clínica y de los informes de los profesionales que trataron al paciente. La misma documentación se solicita también al Hospital San Carlos.

**CUARTO.-** En fecha 27 de diciembre de 2005 se recibe documentación del Hospital San Carlos, que se contrae al informe de Alta de los Dres. x, y., según el cual, *“paciente que consulta en nuestro servicio por presentar dolor e impotencia funcional en muñeca derecha. Tras exploración clínica y radiológica, es diagnosticado de fractura luxación de muñeca e intervenido quirúrgicamente el día 21-08-03, practicándose reducción más osteosíntesis. Por ello es intervenido quirúrgicamente hoy día de la fecha (12-11-2003), practicándosele extracción de aguja en muñeca derecha. Evoluciona de modo satisfactorio por lo que es dada de alta hospitalaria, para continuar tratamiento en régimen ambulatorio”*.

**QUINTO.-** En fecha 10 de enero de 2006 se remite por parte del Hospital Rafael Méndez de Lorca copia de la historia clínica del reclamante, en la que consta que el día 6 de agosto de 2003 fue citado para solución quirúrgica, una vez diagnosticado de desplazamiento apófisis estiloides cubital por el especialista de traumatología (folio 47). Al día siguiente registra los datos en el Servicio de Urgencias del citado Hospital, pero se marcha antes de ser atendido.

Con posterioridad, el Director Gerente del Hospital Rafael Méndez remite informe del Jefe de la Unidad de Urgencias, Dr. x., que informa lo siguiente (folio 68): *“Como ampliación a mi anterior informe de 27 de diciembre de 2005, que adjunto a éste, reviso las fechas de consulta con los distintos diagnósticos que constan en los informes: 7 de julio firmado por la Dra. x.: Fractura estiloides cubital; 22 de julio, Dra. x: no aprecia fractura; 6 de agosto, Dr. x: desplazamiento apófisis estiloides cubital; 6 de agosto, Trauma. Hospital: luxación radio cubital distal con fractura de apófisis estiloides radial. Interpreto que los distintos diagnósticos pueden deberse a una fractura de estiloides radial, inicialmente por la exploración y radiología no apreciaba; y que en un tiempo, pese a la inmovilización, por inestable se manifestara consolidándose y laxando la articulación radio cubito carpiana de la que tuvo que ser intervenido, como se le propuso por el traumatólogo de guardia ese día 6 de agosto”*.

**SEXTO.-** El 4 de junio de 2007 se solicita al reclamante los datos de la Mutua que le ha tratado como consecuencia del accidente de trabajo sufrido, si bien no consta en el expediente que haya remitido dicha información.

**SÉPTIMO.-** En fecha 27 de agosto de 2007 se solicita informe valorativo de la reclamación a la Inspección Médica, que es evacuado en septiembre de 2009 en el siguiente sentido:

*“Desconocemos si dicha luxación la tenía el paciente desde el inicio o no. El diagnóstico se le realizó al paciente en cuanto fue visto por el traumatólogo, indicando en ese momento el tratamiento quirúrgico que es el indicado en este tipo de fractura luxación. No se trata de una urgencia, prueba de ello es que el servicio público una vez diagnosticado se le programó para la intervención quirúrgica a los 5 días, a lo que el paciente voluntariamente renunció. También prueba que no se trata de una urgencia que cuando acudió al servicio privado aún le programaron para 15 días después.*

*El paciente no puede alegar como fundamento para renunciar al tratamiento quirúrgico que estaba programado en el Hospital Rafael Méndez, "ante el temor fundado de que lo vuelvan a hacer mal", ya que el traumatólogo era la primera vez que le veía y fue quien le realizó el diagnóstico adecuado (y el mismo que recibió en el servicio privado). En su caso, aunque hubiera perdido la confianza, pudo acudir a otro traumatólogo, bien de ese hospital o de otro hospital público, a través de los servicios centrales del Servicio Murciano de Salud.*

*En el informe del rehabilitador privado que presenta el paciente, no quedan secuelas, sí en cambio en el informe del rehabilitador del Servicio Público de Atención Primaria. Ahora bien:*

*No hemos encontrado en la literatura especializada diferencias en el tratamiento según el tiempo transcurrido en la aplicación del mismo.*

*Dichas secuelas también están descritas en los consentimientos informados de esa intervención, como posibles secuelas de la intervención quirúrgica y por tanto puede ser el resultado de una complicación de la misma y que se realizó en el Hospital Privado.*

*Las secuelas que presenta el paciente son las descritas en la literatura, y sobre las que está indicado tratamiento quirúrgico con muy buenos resultados.*

*Por tanto, el paciente acudió a los servicios privados (una vez conocido el diagnóstico y confirmado) por su propia voluntad, donde le hicieron el mismo diagnóstico que en el Servicio Público, le programaron para 15 días después, le hicieron el mismo tratamiento que estaba previsto en el Hospital Público, y acudió a los servicios de rehabilitación privados a iniciativa propia. Las*

*secuelas que presenta, aún siendo menores, están descritas independientemente del momento del tratamiento, y también están descritas como complicación de la intervención, siendo susceptibles de tratamiento. La actuación de los profesionales en la atención al paciente, x., ha sido adecuada”.*

**OCTAVO.-** En fecha 18 de diciembre de 2009 se notifica la apertura de trámite de audiencia a las partes interesadas, no presentando alegaciones el reclamante.

**NOVENO.-** La propuesta de resolución, de 26 de enero de 2010, desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial al haberse acreditado que no hubo mala *praxis* médica y que no puede apreciarse nexo causal entre el daño y el funcionamiento del servicio público sanitario. Si el paciente acudió a los servicios sanitarios privados fue por propia iniciativa, ya que estaba programado en los servicios sanitarios públicos para la misma intervención, que además se le habría realizado antes.

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.**

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

La Administración regional, en tanto titular del servicio público sanitario al que se atribuye la actuación negligente (Hospital Rafael Méndez de Lorca), ostenta la legitimación pasiva, siendo órgano competente para su resolución el titular de la Consejería de Sanidad y Consumo, conforme

a lo establecido en el artículo 16.2.o) de la Ley 7/2004, de 28 de diciembre, de Organización y Régimen Jurídico de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.

Por último, cabe indicar que la reclamación se ha presentado dentro del año previsto en el artículo 142.5 LPAC, puesto que el primer escrito de reclamación fue presentada el 29 de marzo de 2005 (sería completado ulteriormente mediante el escrito de 3 de junio de 2005) en el último día del plazo del año desde que el paciente fue dado de alta con secuelas (el 29 de marzo de 2004), estando conforme este Órgano Consultivo con la interpretación contenida en la propuesta de resolución.

### **TERCERA.- Procedimiento.**

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

Consta en el expediente que al interesado le fue desestimado el reintegro de los gastos abonados al centro hospitalario privado mediante resolución de 28 de junio de 2005, resultando esta vía específica de reintegro de gastos compatible con el presente procedimiento de responsabilidad patrimonial (SAN, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 23 de octubre de 2002), conforme a nuestra doctrina (por todos, Dictamen 112/2010). Si bien cabe indicar que, tal como ha señalado el Consejo de Estado (Dictamen núm. 2.850/2003, de 30 de octubre), para el éxito de la acción de responsabilidad ejercitada es preciso que quede acreditado que la asistencia sanitaria prestada por la Administración haya originado al interesado perjuicios que éste no tenga la obligación de soportar. En esta línea, el Consejo de Estado en Dictamen de 27 de noviembre de 2003 (exp. 3322/2003), recordó que *“debe dilucidarse si los gastos realizados en la medicina privada son asumibles por la Administración sanitaria o deben ser soportados por el propio interesado. Únicamente procedería el abono de tales gastos, a título de responsabilidad patrimonial de los artículos 139 y siguientes de la Ley 30/1992, en el caso de error de diagnóstico o inasistencia en la sanidad pública, y a título de reintegro de gastos, en el caso de que la atención en la sanidad privada traiga causa de una “urgencia vital”, de acuerdo con los criterios establecidos en el artículo 5.3 del Real Decreto 63/1995, de 20 de enero, sobre ordenación de prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud”*.

En su aplicación al presente caso, se ha de examinar si el Servicio de Urgencias del Hospital Rafael Méndez actuó correctamente cuando el paciente acudió los días 7 y 20 de julio de 2003, por haber sufrido un accidente que se describe en el Antecedente Primero, pues él sostiene que la incorrecta inmovilización le ha producido el daño que alega, es decir, no sólo el perjuicio económico resultante de acudir a la medicina privada para ser sometido a la intervención quirúrgica, sino también los gastos de rehabilitación, los días de baja laboral y las secuelas, circunstancia que será objeto de análisis en la siguiente Consideración.

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

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

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

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

b) Que el daño o lesión sufrida sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos en una relación causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir alterando el nexo causal.

c) Ausencia de fuerza mayor.

d) Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño.

Además de estos principios comunes, dada la especialidad de la actuación administrativa en el campo de la sanidad, ha de tenerse en cuenta que la atención médica que el ciudadano ha de esperar de los poderes públicos no es una prestación de resultado sino de medios, es decir, que el

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

Por lo tanto, ha de examinarse en el presente supuesto si, como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos sanitarios, se ha producido el daño que el reclamante alega; desde esta perspectiva, comparte el Consejo Jurídico la propuesta desestimatoria, por considerar que no concurren los presupuestos necesarios para declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria por las siguientes razones:

1ª) Cuando el paciente acude el día 7 de julio de 2003 a los Servicios de Urgencia del Hospital Rafael Méndez, por un accidente sufrido en la mano derecha, es diagnosticado de fractura de apófisis estiloides del cubital después de la realización de las pruebas pertinentes (radiografía anteroposterior y lateral de muñeca). El tratamiento idóneo en tales casos es la inmovilización y recetar analgésicos y antiinflamatorios. Todo ello se realizó en tiempo y forma, de acuerdo con las consideraciones médicas de la Inspección (folio 76).

2ª) A los 15 días acude de nuevo al Servicio de Urgencias remitido por el médico de cabecera para que le sustituyan la férula por haberse quedado grande. En dicho Servicio se le repite la radiografía, sin que se le observen alteraciones.

3ª) A los 15 días (el 6 de agosto) es examinado por el traumatólogo de zona y diagnosticado a través de una radiografía de desplazamiento de apófisis estiloide cubital con subluxación, remitiéndole al traumatólogo del Servicio de Urgencias del Hospital, siendo el mismo día valorado y diagnosticado de "luxación radiocubital con fractura de apófisis estiloides radical". En este sentido, la Inspección Médica aclara que esta fractura-luxación es infrecuente, que suele ir

asociada a otras fracturas y que con frecuencia suele pasar desapercibida o estar enmascarada en otras (folio 77).

4ª) Puesto que el tratamiento es quirúrgico, tanto si se realiza en el momento del accidente como en diferido, y no suele dejar secuelas (folio 77), se le programó para intervención el día 11 de agosto siguiente (5 días después de ser diagnosticado), sin que el paciente acudiera, renunciando voluntariamente a la sanidad pública, acudiendo a un centro privado donde le diagnosticaron la misma patología y le realizaron el mismo procedimiento quirúrgico (diez días después) para el que estaba citado en el Hospital Rafael Méndez. También el paciente acudió inicialmente a tratamiento rehabilitador en un centro privado (20 sesiones), aunque posteriormente acudió a la unidad de fisioterapia del Centro de Atención Primaria de Lorca durante 4 meses más.

5ª) Un aspecto destacado por la Inspección Médica es que no se encuentra justificado el abandono de la sanidad pública “ante el temor de que lo vuelvan a hacer mal”, según expone el reclamante, puesto que, aun cuando hubiera perdido la confianza en un determinado facultativo, podría haber solicitado otro traumatólogo del mismo Hospital o de otros Hospitales de la Región, a través de los servicios centrales del Servicio Murciano de Salud.

6ª) Las secuelas alegadas están descritas en el documento de consentimiento informado de esta intervención como riesgos posibles de la intervención quirúrgica, pudiendo ser resultado de una complicación de la realizada en el centro privado.

De otra parte, la información sobre el tratamiento seguido en la Mutua que le había tratado hubiera posibilitado ampliar el historial médico, cuya ausencia sólo es imputable a la parte reclamante, puesto que le fue solicitado por la instructora (folio 63) sin que contestara.

Por tanto, el reclamante, a quien incumbe según el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no ha acreditado la infracción de la *lex artis ad hoc* en la prestación sanitaria pública, sin que tan siquiera haya aportado prueba pericial al respecto. Tampoco ha realizado alegaciones tendentes a desvirtuar las conclusiones del informe de la Inspección Médica, por lo que ha de estarse a su parecer dado su carácter técnico, según ha indicado el Consejo Jurídico en anteriores Dictámenes (por todos los núms. 133/2004 y 56/2005).

A mayor abundamiento, y conforme al informe de la Inspección Médica en otros expedientes, el sistema público sanitario no se hace cargo de la asistencia prestada por los servicios ajenos cuando éstos se han utilizado por decisión propia del interesado, y cuando, como en este caso, el recurso a los

servicios ajenos no está motivado por la denegación injustificada de la prestación de asistencia sanitaria, teniendo el interesado, de estimarlo necesario, según el artículo 4 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud, “el derecho a disponer de una segunda opinión facultativa sobre su proceso, en los términos previstos en el artículo 28.1”.

En consecuencia, no existiendo elemento probatorio alguno que acredite una mala praxis médica, ni siquiera indiciariamente, que lleve a la convicción de que los servicios sanitarios no actuaron conforme al estándar de atención médica exigible a las circunstancias del caso, procede desestimar la reclamación de responsabilidad patrimonial.

Por último, tampoco el reclamante ha aportado la prueba documental de los días de baja laboral.

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

### **CONCLUSIÓN**

**ÚNICA.**-Se dictamina favorablemente la propuesta de resolución que desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial, al no haberse acreditado la existencia de nexo causal entre la actuación del servicio público sanitario y los daños alegados por el reclamante.

No obstante, V.E. resolverá.





## DICTAMEN 146/2010

<b>Asunto</b>	Proyecto de Decreto por el que se modifica el Decreto 5/2008, de 18 de enero, por el que se establece la ordenación de las enseñanzas de idiomas de Régimen Especial de la CARM, y los currículos correspondientes a los niveles básico e intermedio.
<b>Consultante</b>	Consejero de Educación, Formación y Empleo
<b>Fecha</b>	27/07/2010

### Extracto de Doctrina

El Proyecto tiene un objeto plural, en la medida en que no se limita a fijar el currículo de las enseñanzas de chino, sino que, más allá, pretende ordenarlas, es decir, establecer su estructura y organización, para lo que procede a modificar los artículos 1, 4 y 5 del Decreto 5/2008. Puede afirmarse, de principio, que la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia cuenta con competencia suficiente para normar acerca de dichos extremos, al amparo del artículo 16 del Estatuto de Autonomía (EAMU), que le atribuye la competencia de desarrollo legislativo y ejecución de la enseñanza en toda su extensión, niveles y grados, modalidades y especialidades, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 27 de la Constitución y las leyes orgánicas que lo desarrollen.

### ANTECEDENTES

**PRIMERO.-** En fecha indeterminada la Dirección General de Ordenación Académica elabora un primer borrador de “Proyecto de Decreto por el que se modifica el Decreto 5/2008, de 18 de enero, por el que se establece la ordenación académica de las enseñanzas de idiomas de régimen especial en la Comunidad autónoma de la Región de Murcia y los currículos del nivel básico e intermedio, incorporando los elementos específicos de la especialidad de Chino”.

Consta en el expediente la siguiente documentación:

a) Propuesta de la titular de la indicada Dirección General al Consejero de Educación, Formación y Empleo, para la tramitación del texto como Decreto.

b) Memoria de oportunidad, que expone los argumentos a favor de la ampliación de la oferta de las enseñanzas de idiomas de régimen especial, con la incorporación de la Lengua China en su variedad Mandarín, por lo que se incorporan los elementos específicos de este idioma al Decreto

de ordenación de las enseñanzas idiomáticas y se establece el currículo de los dos niveles (básico e intermedio) que, de momento, se pretende impartir.

c) Estudio económico del coste de implantación de las enseñanzas, que se valora en un total de 388.000 euros, correspondientes a los cinco años de duración de los dos niveles.

d) Informe que niega la existencia de impacto por razón de género de las medidas previstas en la futura disposición.

**SEGUNDO.-** Con fecha 20 de agosto de 2009, el Servicio Jurídico de la Consejería promotora informa el texto, advirtiendo de la existencia de diversos errores y formulando observaciones de técnica normativa.

**TERCERO.-** La incorporación de las sugerencias y observaciones efectuadas por el Servicio Jurídico determinan la elaboración de un segundo borrador, al que se une una nueva propuesta, memoria de oportunidad, estudio económico e informe de impacto por razón de género, de igual contenido que los documentos que acompañaban al primer borrador, salvo la memoria de oportunidad, que incorpora una sugerencia del Servicio Jurídico. Asimismo, se une al expediente la propuesta que el Consejero competente en materia de Educación eleva al Consejo de Gobierno para la aprobación del Proyecto como Decreto.

**CUARTO.-** Recabado el informe del Consejo Escolar de la Región de Murcia se emite el 6 de noviembre de 2009, en sentido favorable al Proyecto.

La incorporación de las sugerencias efectuadas por el indicado órgano consultivo conlleva la elaboración de un tercer borrador del texto.

**QUINTO.-** El 10 de marzo de 2010, se emite el preceptivo informe jurídico de la Vicesecretaría de la Consejería impulsora.

**SEXTO.-** El 21 de abril la Dirección de los Servicios Jurídicos informa favorablemente el texto del Proyecto, realizando una observación de carácter meramente formal y remitiéndose a lo indicado en el informe jurídico reseñado en el Antecedente de Hecho Segundo de este Dictamen.

En respuesta a las aportaciones de dicho informe se redacta una nueva versión del Proyecto, la cuarta y definitiva, que es la que se somete a consulta de este Consejo Jurídico.

En tal estado de tramitación y una vez incorporado el preceptivo índice de documentos, se remitió el expediente en solicitud de Dictamen, mediante escrito recibido en el Consejo Jurídico el pasado 21 de mayo de 2010.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

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

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, en virtud de lo establecido en el artículo 12.5 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia (LCJ).

En el Proyecto sometido a consulta, que pretende modificar el Decreto 5/2008, cabe advertir idénticas características a las que ya apreció este Consejo Jurídico en el Dictamen 165/2007 para declarar su carácter preceptivo, con ocasión del análisis del texto que a la postre se convertiría en dicha disposición. En efecto, concurren en el futuro Decreto las notas que lo caracterizan como reglamento ejecutivo de la legislación básica estatal, dado que el objeto de la norma proyectada es el establecimiento del currículo de los niveles básico e intermedio de las enseñanzas del idioma chino, en el ámbito de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, cumpliendo con ello el mandato establecido por el artículo 6.4 de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación (en adelante LOE). El Proyecto persigue añadir el citado currículo a los que el Decreto objeto de modificación ya establece respecto de los idiomas alemán, árabe, español para extranjeros, francés, inglés e italiano.

Nos encontramos, como más adelante se detalla en la Consideración Segunda de este Dictamen, con un reglamento fruto de un expreso mandato de regulación contenido en la norma básica, carácter que corresponde a la LOE en virtud de su Disposición final quinta.

También responde a esa encomienda estatal la ordenación de las referidas enseñanzas de régimen especial, entre las que ahora se incorpora la del idioma chino, toda vez que la propia LOE, en su artículo 59.1, segundo párrafo, dispone que las enseñanzas del nivel básico tendrán las características y la organización que las Administraciones educativas determinen.

Cabe, en definitiva, considerar el texto sometido a consulta como desarrollo de legislación básica estatal y el Dictamen solicitado como preceptivo.

**SEGUNDA.- Competencia material y habilitación normativa.**

El Proyecto tiene un objeto plural, en la medida en que no se limita a fijar el currículo de las enseñanzas de chino, sino que, más allá, pretende ordenarlas, es decir, establecer su estructura y organización, para lo que procede a modificar los artículos 1, 4 y 5 del Decreto 5/2008.

Puede afirmarse, de principio, que la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia cuenta con competencia suficiente para normar acerca de dichos extremos, al amparo del artículo 16 del Estatuto de Autonomía (EAMU), que le atribuye la competencia de desarrollo legislativo y ejecución de la enseñanza en toda su extensión, niveles y grados, modalidades y especialidades, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 27 de la Constitución y las leyes orgánicas que lo desarrollen.

Entre estas leyes orgánicas, la LOE dedica el Capítulo VII de su Título I a las enseñanzas de idiomas, previendo su artículo 59.1 que las enseñanzas del nivel básico tendrán las características y la organización que las Administraciones educativas determinen.

Esta previsión de regulación autonómica es acorde, asimismo, con la Disposición final sexta de la referida Ley, según la cual sus normas podrán ser desarrolladas por las Comunidades Autónomas, a excepción de las relativas a aquellas materias cuya regulación se encomienda por la misma al Gobierno de la Nación o que corresponden al Estado conforme a lo establecido en la Disposición adicional primera, 2, de la Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, Reguladora del Derecho a la Educación (en adelante LODE), es decir: la ordenación general del sistema educativo; la programación general de la enseñanza; la fijación de las enseñanzas mínimas y de las condiciones para la obtención, expedición y homologación de títulos; la Alta Inspección; y las demás facultades que, conforme al artículo 149.1,30ª CE, corresponden al Estado para garantizar el cumplimiento de las obligaciones de los poderes públicos.

Fijado a grandes rasgos el marco competencial, procede a continuación analizar cada uno de los aspectos que son objeto de regulación en el Proyecto, para determinar en qué medida resultan acordes con aquél.

1. La ordenación de las enseñanzas de idiomas.

Como ya se advertía en el Dictamen 165/2007, lo limitado de la remisión expresa que realiza el artículo 59.1 LOE a las Administraciones educativas, referida únicamente a la organización y características de las enseñanzas de nivel básico y, sobre todo, la omisión acerca de los niveles intermedio y avanzado, obligan a considerar en qué medida la regulación de estos últimos puede ser abordada por la Comunidad Autónoma.

En este sentido, resulta esclarecedor el RD 1629/2006, de 29 de diciembre, por el que se fijan los aspectos básicos del currículo de las enseñanzas de idiomas de régimen especial, cuyo artículo 3 dispone que las enseñanzas correspondientes al conjunto de los niveles intermedio y avanzado se organizarán en tres cursos como mínimo y cuatro como máximo “*en los términos que dispongan las Administraciones educativas*” (art. 3.3).

## 2. La fijación de los currículos de los niveles básico e intermedio de diversas lenguas.

Dispone el artículo 6.4 LOE que “*las Administraciones educativas establecerán el currículo de las distintas enseñanzas reguladas en la presente Ley, del que formarán parte los aspectos básicos señalados en apartados anteriores...*”. De forma más específica, y ya en el ámbito de las enseñanzas de idiomas, el artículo 61 LOE dispone que en la definición de los aspectos básicos del currículo de las distintas lenguas, deben determinarse los efectos de los certificados acreditativos de la superación de las exigencias académicas correspondientes a los diferentes niveles. Tales enseñanzas mínimas han sido fijadas por el Estado en el ya citado RD 1629/2006, cuyo artículo 3 remite a las Administraciones educativas la fijación del currículo de los niveles intermedio y avanzado.

Igualmente, y de forma más específica, el Real Decreto 938/1999, de 4 de junio, de traspaso de funciones y servicios de la Administración del Estado a la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia en materia de enseñanza no universitaria, prevé en su Anexo, entre las funciones que se traspasan, la aprobación del currículo de los distintos niveles, etapas, ciclos, grados y modalidades del sistema educativo, del que formarán parte, en todo caso, las enseñanzas mínimas fijadas por el Estado.

En conclusión, la extensión de la competencia regional de desarrollo legislativo, su coherencia con la habilitación normativa genérica contenida en la LOE y la no inclusión de las materias objeto de consideración entre aquellas que merecen la reserva de regulación a favor del Estado, permiten concluir que la Comunidad Autónoma puede disciplinar los distintos niveles en que se organizan las enseñanzas del idioma chino y fijar sus currículos. En su ejercicio, y en

atención al modelo “bases más desarrollo” a que aquélla responde, el Consejo de Gobierno habrá de ajustarse a los límites establecidos por las leyes orgánicas que desarrollan el artículo 27 de la Constitución y demás normas básicas que incidan sobre la materia.

El ejercicio de la competencia corresponde al Consejo de Gobierno en virtud de sus funciones estatutarias (artículo 32 EAMU) y legales (artículos 21.1, 22.12 y 52.1 de la Ley 6/2004, de 28 de diciembre, del Estatuto del Presidente y del Consejo de Gobierno de la Región de Murcia).

### **TERCERA.- Procedimiento de elaboración.**

Puede afirmarse, con carácter general, que la tramitación seguida para la elaboración del Proyecto sometido a consulta se adecua a las normas que sobre el ejercicio de la potestad reglamentaria establece el artículo 53 de la Ley 6/2004, constando asimismo el preceptivo informe del Consejo Escolar de la Región de Murcia y de la Dirección de los Servicios Jurídicos. No obstante, han de advertirse las siguientes carencias:

1. Carece el expediente de la relación de disposiciones cuya vigencia resultará afectada por la entrada en vigor de la nueva norma, omisión que resulta coherente con la ausencia de disposición derogatoria. Adviértase, no obstante, que de los términos en que se expresa el artículo 53.1 de la Ley 6/2004, cabe interpretar que cualquier afeción de la vigencia ha de ser tenida en cuenta, es decir, no sólo la más radical que supone la derogación, sino también otras incidencias de menor intensidad, tales como las modificaciones, expresas o tácitas, de preceptos concretos, el desplazamiento de la aplicación por vía de supletoriedad de normas estatales por la aprobación de normas regionales, etc. Y es que la exigencia contenida en el precepto legal se enmarca, en la fase de elaboración normativa, entre aquellas actuaciones que persiguen aportar un conocimiento pleno no sólo de las razones o motivos que justifican la oportunidad y necesidad de la norma en general o de las concretas determinaciones normativas que establezca, sino también de las consecuencias de toda índole que tendrá su aprobación, para posibilitar su mejor inserción en el ordenamiento, evitando indeseables antinomias y vacíos de regulación.

2. No se ha incorporado al expediente un informe de valoración crítica de las observaciones formuladas por los órganos informantes durante la elaboración de la disposición, como sería deseable. No obstante, de la documentación remitida a este Consejo Jurídico y del contraste entre los diferentes borradores del texto, cabe advertir que han sido incorporadas al mismo todas y cada una de las observaciones y sugerencias efectuadas.

**CUARTA.- Texto sometido a consulta.**

El expediente, en contra de lo establecido en el artículo 46.2 del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo Jurídico de la Región de Murcia, aprobado por Decreto 15/1998, de 2 de abril, carece de una copia autorizada del proyecto de disposición, si bien, en orden a evitar una mayor dilación en la evacuación de este Dictamen y en la aprobación del futuro Decreto, se considera como tal el texto que recibe la calificación de proyecto normativo en el índice de documentos.

Dicho texto consta de una parte expositiva innominada, un único artículo y una Disposición final.

**QUINTA.- Observaciones al texto.**

1. Al modificar el artículo 1 del Decreto 5/2008, se sustituye el término “idioma” por “especialidad” para referirse a cada una de las lenguas que son objeto de regulación en el mismo. Dicha terminología, además de no tener reflejo en la normativa básica objeto de desarrollo, no es utilizada, salvo de forma muy puntual, en otros pasajes del Decreto regional, que claramente opta por las denominaciones “lenguas” o “idiomas”. Sería conveniente, en consecuencia, mantener una terminología homogénea y uniforme para designar una misma realidad.

2. El artículo 5 del Decreto 5/2008, reproducido en el apartado tres del artículo único del Proyecto, cita el “anexo I, título I, artículo 1”, RD 1629/2006. Lo cierto es que la división del indicado Anexo, aun cuando de conformidad con las Directrices de Técnica Normativa (aprobadas por Acuerdo del Consejo de Ministros de 22 de julio de 2005) debía ajustarse a las reglas de división del articulado (Directriz 49), no lo hace y, en consecuencia, no se califican las divisiones internas del anexo como títulos y artículos, dejándolas innominadas. Por ello, la cita correcta sería al Anexo I, I, 1; si bien, para una mayor precisión de la referencia normativa, puede incluirse entre paréntesis el epígrafe expresivo del contenido de cada una de las partes, conforme al siguiente modelo: Anexo I, I (Nivel intermedio), 1 (Definición del nivel).

3. Los apartados cuatro y cinco del artículo único realizan modificaciones puntuales de algunos apartados de los Anexos III (Nivel básico) y IV (Nivel intermedio) del Decreto 5/2008, por lo que no es correcto que utilicen la fórmula “*que queda redactado en los siguientes términos*”, pues

para que así fuera debería reproducir a continuación todo el Anexo, lo cual, dada la gran extensión de éste, dificultaría enormemente la identificación de las modificaciones introducidas.

Considera el Consejo Jurídico que la fórmula más adecuada sería encabezar el apartado con un texto del tipo “*Se modifica el Anexo III en los siguientes términos:...*”. A continuación, dividiendo el apartado en subapartados designados por letras minúsculas, se consignarán las concretas modificaciones que se operan, conforme al siguiente o similar modelo: “*a) El apartado 3, Niveles de competencia, queda redactado como sigue:*”, consignando a continuación el texto de regulación o nuevo texto ya modificado, entrecomillado; “*b) En el apartado 5.2.1.2, contenidos gramaticales por idiomas, se añade: “Chino...”, etc.*”

Adviértase que, en el modelo propuesto, se sugiere identificar cada apartado del Anexo, además de con su numeración, con el epígrafe que lo intitula, pues dada la complejidad de la estructura del texto objeto de modificación, dicha mención facilita la identificación de lo modificado.

4. Algunos de los contenidos que se añaden obligan a reordenar sistemáticamente el apartado del Anexo afectado. Así ocurre, por ejemplo, en relación al 5.2.1.3 del Anexo III, donde se pretende añadir contenidos ortográficos y fonéticos específicos del idioma chino, cuando el texto vigente únicamente alude a los contenidos comunes a todos los idiomas.

En tal caso, el referido apartado debería dividirse a su vez en dos subapartados, uno para los contenidos comunes y otro para los específicos del idioma chino.

Esta observación se hace extensiva al apartado 10.2.1.3 de los Anexos III y IV.

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**.- Las observaciones formuladas, ninguna de ellas esencial, de incorporarse al texto, contribuirían a su mayor perfección técnica.

No obstante, V.E. resolverá.



## DICTAMEN 147/2010

<b>Asunto</b>	Revisión de oficio en relación con el tercer ejercicio de las pruebas selectivas para el acceso, por el turno libre, al Cuerpo de Auxiliares Administrativos, derivadas de la OPE 2004.
<b>Consultante</b>	Consejera de Presidencia y Administración Pública
<b>Fecha</b>	27/07/2010

### Extracto de Doctrina

1. Comoquiera que, para la aplicación de la causa de nulidad contemplada en el artículo 62.1, letra d) LPAC lo esencial es el hecho objetivo de la comisión de un delito, siendo irrelevante quién lo haya perpetrado o en qué grado haya participado en el ilícito penal, el auto firme de sobreseimiento provisional que declara de forma expresa que se ha cometido un delito, aunque no sea posible acusar a una o varias personas como responsables, es suficiente para considerar existente el primer requisito determinante de la aplicación del artículo 62.1, letra d) LPAC.

2. La existencia de una filtración del contenido del examen en que consistía el tercer ejercicio de las pruebas selectivas conlleva una alteración de las condiciones de igualdad que debían presidir su desarrollo, en la medida en que un grupo indeterminado de aspirantes se colocó en situación de ventaja respecto al resto, defraudando asimismo el objetivo de la selección de personal, cual es el reclutamiento de los más capaces para el ejercicio de las funciones y responsabilidades públicas. Se vulneran así no sólo los principios de mérito y capacidad, que tales aspirantes no llegan a demostrar, sino también y de forma sustancial, la igualdad de posibilidades en el acceso, pues los resultados del ejercicio, una vez sumada la puntuación correspondiente a la fase de concurso, son determinantes del orden de prelación de los aspirantes para ser nombrados funcionarios. Con ello quiebra la igualdad de condiciones en el acceso a las funciones públicas que consagra el artículo 23.2 CE, por lo que existe vulneración del indicado derecho y, en consecuencia, cabe entender concurrente en el acto impugnado la causa de nulidad establecida por el artículo 62.1, letra a), LPAC.

### ANTECEDENTES

**PRIMERO.-** Con fecha 22 de enero de 2010, x, y, z.. presentan solicitud de revisión de oficio del tercer ejercicio de las pruebas selectivas para el acceso al Cuerpo de Auxiliares Administrativos de la Administración regional, turno libre, convocadas por Orden de 5 de julio de 2004, de la Consejería de Hacienda.

Las solicitantes, aspirantes a acceder a dicho Cuerpo funcional, afirman que realizaron el tercer ejercicio de las pruebas selectivas, cuyo desarrollo y resultados han sido objeto de diligencias de investigación criminal a resultas de la querrela interpuesta por algunos opositores, sobre la base de una posible revelación del contenido del examen, con carácter previo a su realización, a un número indeterminado de opositores.

Como consecuencia de la instrucción penal seguida, se dictan sendos autos de sobreseimiento provisional del Juzgado de Instrucción, primero, y de la Audiencia Provincial, resolviendo recurso interpuesto frente al primero, que afirman que la revelación del contenido del examen se produjo y que, por tanto, hubo delito.

Comoquiera que en el desarrollo del tercer ejercicio se cometió el delito consistente en la revelación anticipada del contenido del examen a unos opositores, las interesadas consideran que dicho tercer ejercicio estaría afecto de las causas de nulidad establecidas en el artículo 62.1, letras a) y d) de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), en cuya virtud, serán nulos de pleno derecho los actos que lesionen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional (letra a) y los que sean constitutivos de infracción penal o se dicten como consecuencia de ésta (letra d).

En relación con el primer motivo de impugnación, alegan las interesadas que la revelación anticipada del contenido del examen a algunos aspirantes vulneró el derecho fundamental de acceso a las funciones públicas conforme a los principios de igualdad y capacidad.

Concretan su pretensión en la declaración de nulidad del indicado ejercicio y que se proceda a su repetición.

**SEGUNDO.-** Los hitos fundamentales del proceso selectivo a que se refiere la solicitud de revisión de oficio (extraídos del Dictamen de este Consejo Jurídico número 157/2008, relativo a otro procedimiento de revisión de oficio del mismo ejercicio) son los siguientes:

1. Por Orden de 5 de julio de 2004 de la Consejería de Hacienda, se convocan pruebas selectivas para cubrir 67 plazas del Cuerpo de Auxiliares Administrativos de la Administración Regional por el turno de promoción interna y 125 plazas por el turno de acceso libre.

2. Tras la realización de los dos primeros ejercicios, en fecha 16 de abril de 2005 se efectúa el tercer examen de las pruebas, por el turno de acceso libre.

El ejercicio consistía en una prueba que evaluaba la suficiencia y los conocimientos avanzados en la utilización de las herramientas de tratamiento de textos (word) y hoja de cálculo (Excel) incluidas en el paquete Office 2000. Dicha prueba se realizó mediante un cuestionario de 60 preguntas con tres respuestas alternativas, de las cuales solamente una de ellas podía ser considerada como válida.

3. La Resolución provisional de 21 de abril de 2005 del Tribunal calificador, publica la relación de aspirantes que han realizado el tercer ejercicio. De todos los opositores que realizan el ejercicio 245 lo superan, 321 no.

4. A la vista de los resultados obtenidos en el tercer ejercicio y de las denuncias verbales expresadas por algunos aspirantes sobre presuntas irregularidades en el acto de unión de cabeceras, en las que se aludía a filtraciones del contenido del examen, mediante Orden de 22 de abril de 2005 de la Consejería de Hacienda se abre un período de información previa, encomendándose su instrucción al Servicio de Ordenación Normativa de la Dirección General de Función Pública.

5. En fecha 18 de mayo de 2005, se dicta Orden de la Consejería de Economía y Hacienda por la que se suspende el procedimiento selectivo por el turno de acceso libre, exponiéndose al día siguiente en el tablón de anuncios de la Dirección General de Función Pública.

6. El 30 de mayo de 2005 la Consejería de Economía y Hacienda ordena dar traslado al Ministerio Fiscal de las actuaciones llevadas a cabo en el periodo de información previa iniciado por Orden de 22 de abril de 2005, por si algunas de las actuaciones o comportamientos realizados en el proceso selectivo fuese constitutivo de ilícito penal.

7. El 22 de junio de 2005 se inicia el proceso penal por los hechos que resultan de las diligencias 2971/05 del Juzgado de Instrucción nº 1 de Murcia, incoadas en virtud de querrela por la presunta comisión de los delitos tipificados en el Capítulo IV del Título XIX, en concreto delitos contra la Administración Pública tipificados en los artículos 418 (aprovechamiento de secreto o información privilegiada) y 419 (cohecho para la realización u omisión en el ejercicio del cargo de una acción u omisión constitutivas de delito) del Código Penal.

8. Tras la práctica de las oportunas diligencias de investigación, el juez instructor acuerda el sobreseimiento provisional y archivo de las mismas, al considerar que los hechos no revestían caracteres de infracción penal.

9. El auto de sobreseimiento y archivo fue objeto de posterior recurso de reforma, que fue desestimado, así como de apelación, resuelto en el Rollo 180/05 por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Murcia, que lo estima y ordena continuar la investigación por la Policía Judicial hasta el total esclarecimiento de los hechos y la determinación de su autor o autores.

10. Las diligencias judiciales se reabrieron en fecha 12 de abril de 2006, acordándose oficiar a la Policía Judicial para la práctica de las pruebas en torno a poder averiguar las personas que pudiesen haber tenido un contacto con el tercer examen desde que se elaboró por parte del Tribunal hasta su celebración, la relación de parentesco o personal que pudiese concurrir entre algunos de los miembros del Tribunal y los opositores aprobados, especialmente entre los que obtuvieron puntuaciones idénticas o similares, así como la indagación del elevado número de opositores que lograron calificaciones muy altas.

11. Tras las actuaciones judiciales practicadas, se dictó Auto por el Juzgado de Instrucción n.º 1 de Murcia, de fecha 23 de mayo de 2008, acordando el sobreseimiento provisional en base al artículo 641.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

En su Fundamento Jurídico Sexto, concluye el auto que *“se puede llegar a la conclusión ya reiterada de que la revelación del contenido del examen se realizó, aunque se desconoce quién fue el autor o los autores de tal conducta y por ello es procedente, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 789.1 y 641.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que dispone como causa del mismo, cuando resulte del sumario haberse cometido un delito y no haya motivos suficientes para acusar a determinada o determinadas personas como autores, cómplices o encubridores”*. Esta resolución de sobreseimiento provisional por falta de determinación del autor o autores que hayan cometido el delito deberá ser notificada a la Administración autonómica, pues sería vinculante y con una posible consecuencia inevitable, que consiste en que el examen tercero de informática de la oposición que es objeto de esta investigación debe declararse nulo, y le corresponde a la citada Administración, una vez que conozca las conclusiones de esta investigación penal, el adoptar la decisión correspondiente, que pasaría por no dar validez a este tercer examen. Esto debe ser así en virtud de lo dispuesto en el artículo 62.1,d) LPAC, donde se dispone que los actos de tales administraciones serán nulos de pleno derecho cuando sean constitutivos de infracción penal o se dicten como consecuencia de ésta”.

12. Por Orden de la Consejería de Hacienda y Administración Pública, de 18 de julio de 2008, se acuerda iniciar procedimiento de revisión de oficio del tercer ejercicio de las pruebas selectivas.

13. El 1 de octubre, este Consejo Jurídico emite Dictamen 157/2008, que concluye señalando la necesidad de efectuar las siguientes actuaciones: a) otorgar nuevo trámite de audiencia, mediante notificación individual a cada uno de los interesados en el procedimiento; b) indagar acerca de la firmeza o no del auto de 23 de mayo de 2008, del Juzgado de Instrucción nº 1 de Murcia; y c) formular una nueva propuesta de resolución que se pronuncie de forma expresa acerca de las pretensiones indemnizatorias planteadas por los interesados.

14. Por Orden de 29 de octubre de 2008 de la Consejería de Presidencia y Administraciones Públicas, se da por finalizado el procedimiento de revisión de oficio iniciado por la de 18 de julio de 2008, al no haber adquirido firmeza el Auto de 23 de mayo de 2008, del Juzgado de Instrucción núm. 1 de Murcia, permaneciendo la suspensión del proceso selectivo acordada por Orden de 18 de mayo de 2005.

**TERCERO.-** Por Auto núm. 371/09, de 31 de julio, la Audiencia Provincial de Murcia desestima el recurso de apelación interpuesto por diversos opositores frente a Auto de 27 de noviembre de 2008, por el que el juzgado instructor desestimó sendos recursos de reforma interpuestos frente al de 23 de mayo anterior.

Señala la Sala que *“sin duda, un grupo de opositores contó con las preguntas o con las respuestas del examen (...) En cualquier caso, es preciso reseñar que a pesar de no haber podido concretar la presunta participación -dolosa- de alguno de los funcionarios públicos imputados, ello no significa que no se haya cometido infracción penal alguna. En efecto, de las diligencias de investigación practicadas se aprecia que la filtración existió (...) ante la falta de concreción del sujeto o sujetos activos del ilícito no es posible realizar una concreta calificación jurídica de los hechos, sin embargo ello no empece para que se considere que se reveló el contenido del examen, es decir, que al menos uno de los delitos mencionados se perpetró”*.

Del mismo modo, *“el Tribunal considera ajustada a Derecho la comunicación del Auto recurrido a la Administración Autonómica para que actúe en consecuencia, siendo cuestionables los corolarios de dicha notificación, en su caso, por otras vías y en otros órdenes diferentes”*.

Este Auto es firme conforme a la certificación librada al efecto por la Secretaria Judicial de la Audiencia Provincial y que consta al folio 159 del expediente administrativo.

**CUARTO.-** Mediante notificación postal cursada el 1 de febrero de 2010, se confiere trámite de audiencia a los aspirantes que se presentaron a la realización del tercer ejercicio de las pruebas selectivas. En el BORM de 4 de marzo siguiente y en los tablones de anuncios de los Ayuntamientos correspondientes, se publica edicto en cumplimiento de lo establecido en el artículo 59.5 LPAC, respecto de aquellos interesados a quienes no ha sido posible practicar la indicada notificación individual.

**QUINTO.-** Consta en el expediente que 134 interesados han presentado alegaciones, tanto adhiriéndose a la revisión solicitada como manifestando su oposición a la misma.

Estas últimas, se fundamentan, en esencia, en los siguientes motivos:

a) Ausencia de acto revisable, pues se pretende dejar sin efecto una resolución provisional del Tribunal Calificador, que carece de los requisitos exigidos por el artículo 102.1 LPAC para que un acto administrativo sea objeto de revisión de oficio.

b) La aplicación de la causa de nulidad contemplada en el artículo 62.1, letra d) LPAC exige la declaración de existencia de infracción penal en un pronunciamiento condenatorio que adopte forma de sentencia, no siendo suficiente a tal efecto un mero auto de sobreseimiento provisional.

c) El Auto del Juzgado en el que se declara que se produjo la filtración del contenido del examen incurre en numerosos errores e imprecisiones.

Los alegantes, por otra parte, apuntan efectos diversos a la revisión de oficio, caso de ser acordada, solicitando:

a) Que la revisión no alcance a todo el tercer ejercicio de las pruebas, sino sólo a los de los aspirantes que se beneficiaron de la filtración.

b) Que se repita el tercer ejercicio pero sólo entre quienes obtuvieron una nota igual o superior a 5 puntos en la resolución provisional sometida a revisión, pues únicamente a los aprobados podría considerarse que se beneficiaron de la filtración, de modo que los suspensos lo habrían sido por su propia incapacidad y no por la revelación anticipada del contenido del examen.

Con ello se evitaría, asimismo, dar una segunda oportunidad a quienes no pudieron aprobar en su momento.

c) Que se anule el tercer ejercicio pero que no se repita su realización, sino que se declare finalizada la fase de oposición con el segundo ejercicio y se pase a la fase de concurso.

d) Que la revisión afecte a todos los ejercicios de las pruebas, es decir, también al primero y al segundo.

Elemento común a buena parte de las alegaciones, de quienes aprobaron el ejercicio y ahora se enfrentan a la posibilidad de tener que volver a realizarlo, y de quienes no lo aprobaron, es tanto la solicitud de incoación de expediente disciplinario contra los miembros del Tribunal Calificador como la solicitud de ser indemnizados por el daño moral consistente en el padecimiento psicológico a que se han visto sometidos durante los más de cinco años de suspensión del procedimiento selectivo. Algunos interesados, los menos, también reclaman por los gastos de preparación de las oposiciones (temarios, academias) y honorarios de asistencia letrada.

**SEXTO.-** El 22 de abril de 2010, la Dirección General de Empleo Público elabora propuesta de resolución estimatoria de la revisión de oficio instada y la desestimación de las pretensiones indemnizatorias formuladas por los interesados que se han personado en el procedimiento. Considera la propuesta que el acto cuya revisión se pretende está incurso en las causas de nulidad establecidas en el artículo 62.1, letras a) y d) LPAC. Para alcanzar esta conclusión, el órgano proponente se basa en los pronunciamientos de la jurisdicción penal, que de forma tajante declaran que se produjo una infracción penal durante el desarrollo del tercer ejercicio de las pruebas selectivas, al revelarse de forma anticipada su contenido.

Considera la propuesta, asimismo, que es suficiente la expresa declaración de existencia de delito contenida en los autos de sobreseimiento provisional dictados por la jurisdicción penal para aplicar la causa de nulidad del artículo 62.1, letra d) LPAC, aunque el proceso penal no haya finalizado por sentencia condenatoria.

Asimismo, considerando que se ha producido esa filtración, se razona que ello puso en situación de ventaja a unos opositores respecto de otros, no demostrando aquéllos mérito o capacidad alguna para el acceso a la función pública, por lo que se estiman vulnerados los principios constitucionales rectores de dicho acceso, de igualdad, mérito y capacidad.



Rechaza asimismo, la propuesta, las pretensiones indemnizatorias de los interesados que han comparecido en el procedimiento con ocasión del trámite de audiencia, al considerar que los aspirantes en el proceso selectivo no adquieren derecho subjetivo alguno cuya privación pueda generar derecho a su resarcimiento, sino hasta el momento en que resultan seleccionados y nombrados funcionarios, lo que aquí todavía no ha ocurrido. Considera, asimismo, que la excesiva tardanza en poner fin al procedimiento selectivo no le es imputable a la Administración regional, cuando la Administración de Justicia ha invertido más de cuatro años en finalizar el proceso penal iniciado en el año 2005 y que, en cualquier caso, los interesados vendrían obligados a soportarlo.

Respecto del daño moral alegado, afirma que se encuentra huérfano de prueba y que no sería imputable a la Administración regional.

**SÉPTIMO.-** El 3 de mayo de 2010 el Servicio Jurídico de la Consejería de Presidencia y Administraciones Públicas informa favorablemente la propuesta de resolución estimatoria de la revisión.

**OCTAVO.-** Consta en el expediente un “texto autorizado” de “*Orden de la Consejería de Presidencia y Administraciones Públicas en relación con el procedimiento de revisión de oficio del artículo 102 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, instado por x, y, z., con objeto de que se proclame la nulidad de pleno derecho del tercer ejercicio de las pruebas selectivas para acceso al Cuerpo de Auxiliares Administrativos de la Administración regional, por el turno de acceso libre, convocadas por Orden de 5 de julio de 2004 de la Consejería de Hacienda (BORM de 13 de julio), correspondientes a la OEP 2004*”. Este texto, fechado el 7 de mayo, está firmado por la titular de la Consejería.

**NOVENO.-** Recabado el preceptivo informe de la Dirección de los Servicios Jurídicos, se emite el 20 de mayo, en sentido favorable a la revisión propuesta, al considerar concurrentes en la actuación del Tribunal Calificador las dos causas de nulidad en que se fundamenta la impugnación de las interesadas.

En tal estado de tramitación, y una vez incorporado el preceptivo índice de documentos, se remitió el expediente en solicitud de Dictamen, mediante escrito recibido en el Consejo Jurídico el pasado 21 de mayo de 2010.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

## **CONSIDERACIONES**

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

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo y determinante de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 102.1 LPAC en relación con el 12.6 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia, al versar sobre propuesta de resolución de un procedimiento para la declaración de nulidad de pleno derecho de un acto administrativo.

### **SEGUNDA.- Procedimiento y conformación del expediente.**

#### 1. Legitimación activa.

La revisión de oficio ha sido instada por cuatro aspirantes que no superaron el tercer ejercicio de las pruebas selectivas, de conformidad con la resolución provisional que es objeto de la revisión, con fundamento en la vulneración de un derecho fundamental como es el de acceder en condiciones de igualdad a las funciones públicas (art. 23 de la Constitución) y solicitando la repetición de dicho ejercicio, como titulares de un interés legítimo en la regular terminación de las pruebas selectivas en las que participan. Ello les confiere la condición de interesadas (art. 31.1, letra a, LPAC) y, en consecuencia, legitimación activa para impugnar dicho acto a través de esta vía excepcional que es la revisión de oficio ex artículo 102 LPAC.

#### 2. Requisito temporal.

El acto administrativo impugnado por las interesadas mediante la acción de nulidad que da lugar al presente procedimiento de revisión de oficio es *“el tercer ejercicio de las pruebas selectivas del Cuerpo de Auxiliares Administrativos de la Administración regional, por el sistema de acceso libre, convocadas por Orden de 5 de julio de 2004, de la Consejería de Hacienda”*, cuyo resultado se plasma en la Resolución Provisional del Tribunal Calificador de las pruebas selectivas para acceso al Cuerpo de Auxiliares Administrativos, por el turno de acceso libre, convocadas por Orden de 5 de julio de 2004, de la Consejería de Hacienda, por la que se publica la relación de aspirantes que han realizado el tercer ejercicio. Esta resolución data de 21 de abril de 2005.

De apreciarse motivo de nulidad, no existe límite temporal para la resolución del procedimiento, ya que la declaración de oficio de aquella puede efectuarse en cualquier momento (artículo 102.1 LPAC), siendo imprescriptible el ejercicio de la acción.

### 3. Procedimiento.

La revisión de oficio se ha iniciado a instancia de parte y consta en el expediente la cumplimentación de los trámites esenciales de este tipo de procedimientos, pues se ha dado audiencia a los interesados, se han recabado los informes preceptivos, singularmente el de la Dirección de los Servicios Jurídicos y se ha formulado propuesta de resolución. Ello no obstante, procede efectuar las siguientes consideraciones:

a) En el Dictamen 157/2008, de este Consejo Jurídico, evacuado durante la tramitación de un anterior procedimiento de revisión de oficio, con idéntico objeto que el presente, y que fue iniciado por la propia Administración regional tras tener conocimiento del Auto de sobreseimiento provisional dictado por el Juzgado de Instrucción núm. 1 de Murcia, se indicaba a la Consejería proponente la necesidad de indagar acerca de la situación procesal del auto en cuestión, para aclarar si había alcanzado firmeza o no, a los efectos de poder establecer la revisabilidad del último acto dictado en el procedimiento selectivo, la resolución provisional del Tribunal Calificador y, con ella, del resto de actuaciones realizadas en desarrollo del tercer ejercicio, conforme a lo que se indicaba en la Consideración Segunda de dicho Dictamen.

El 5 de noviembre de 2008 se publica en el BORM la Orden de 29 de octubre de ese mismo año, de la Consejería de Presidencia y Administraciones Públicas, que da por finalizado el indicado procedimiento de revisión al no haber adquirido firmeza el Auto. Como se advertía en la Consideración Cuarta del Dictamen 157/2008, el acuerdo del órgano instructor por el que se suspendía el cómputo del plazo máximo para resolver y notificar la resolución del indicado procedimiento de revisión de oficio, iniciado por Orden de 18 de julio de ese año, en tanto que adolecía de defectos en su notificación, no producía efectos, por lo que el plazo de tres meses que, para la resolución del procedimiento de revisión, establece el artículo 102.5 LPAC, ya había expirado a la fecha en que se dicta la indicada Orden de 29 de octubre. Ello determina que lo procedente habría sido declarar la caducidad de aquel procedimiento de revisión y no acudir a una singular forma de terminación del procedimiento, no contemplada en el artículo 87 LPAC.

b) Según consta al folio 159 del expediente, la Administración regional tiene conocimiento de la firmeza del Auto el 30 de noviembre de 2009, fecha de entrada en un registro de la

Comunidad Autónoma de la diligencia extendida al efecto por la Secretaria de la Audiencia Provincial de Murcia. Sin embargo, no incoa un nuevo procedimiento de revisión de oficio, sino que espera a que sean las interesadas quienes lo promuevan. Ha de recordarse a la Consejería proponente que de los términos imperativos en que se expresa el artículo 102.1 LPAC, la Administración pública viene obligada a declarar de oficio la nulidad de aquellos de sus actos en los que concurra alguna causa de nulidad del artículo 62.1 LPAC, por lo que, una vez conocida la firmeza del pronunciamiento jurisdiccional, debía haber iniciado, sin dilación y *motu proprio*, el procedimiento revisorio.

4. A los folios 1226 y siguientes consta el texto autorizado de una Orden de la Consejería consultante por la que se estima la revisión de oficio instada por las interesadas.

Debe advertirse que, en orden a evitar posibles confusiones, la copia autorizada que, de conformidad con la normativa reguladora de este Órgano Consultivo (art. 46.2,c,1º del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo Jurídico de la Región de Murcia, aprobado por Decreto 15/1998, de 2 de abril, en adelante RCJ), ha de acompañar a la consulta, lo es del texto definitivo de la propuesta del acto, no de la resolución en sí.

Por otra parte, se ha omitido el extracto de secretaría, exigido por el artículo 46.2, letra b) RCJ.

### **TERCERA.- El acto objeto de revisión.**

Las peculiaridades del acto (el tercer ejercicio de las pruebas selectivas) cuya declaración de nulidad se pretende por las actoras, y las alegaciones vertidas en el trámite de audiencia por numerosos interesados acerca de la imposibilidad de su revisión, por no reunir los requisitos que al efecto establece el artículo 102.1 LPAC, aconsejan reiterar lo que este Consejo Jurídico ya señaló al respecto en Dictamen 157/2008.

El artículo 102.1 LPAC dispone que las Administraciones Públicas declararán de oficio la nulidad de los actos administrativos que hayan puesto fin a la vía administrativa o que no hayan sido recurridos en plazo, en los supuestos del artículo 62.1 de la misma.

La actuación que se pretende revisar, en la que cabe incluir tanto la preparación y realización del tercer ejercicio de las pruebas selectivas como la resolución provisional del Tribunal Calificador por la que se declaran las calificaciones obtenidas por los aspirantes que han realizado

dicho ejercicio, no son actos que pongan fin a la vía administrativa. De hecho, ni siquiera cabría considerarlos como definitivos.

El primero de ellos podría calificarse como mera actuación material, lo que, de conformidad con la doctrina establecida por la sentencia de 8 de octubre de 1993, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, excluiría la posibilidad de su revisión, en la medida en que los preceptos relativos a la revisión de oficio son *“aplicables sólo a los actos declarativos de derechos, que no a las meras actuaciones ejecutivas de los mismos”*.

Ahora bien, lo cierto es que esa actuación material consiste en la demostración de la capacidad necesaria para el acceso al empleo público, constituyéndose en presupuesto básico para el dictado de la resolución provisional, que no puede existir sin aquella primera actuación. El fin de este acto calificador y su causa misma hunden sus raíces en la realización del ejercicio, de forma que puede afirmarse que ambas actuaciones, junto con otras previas a todas ellas, como es el llamamiento o convocatoria al ejercicio más la confección misma de éste por el órgano selectivo, y otra posterior, a saber, la resolución definitiva que debería haber dictado el Tribunal calificador de no quedar suspendido el procedimiento selectivo, constituyen caras o facetas de un mismo acto: el desarrollo de cada ejercicio. Esta concepción del ejercicio como acto complejo parece inspirar también la normativa regional reguladora de los procedimientos selectivos, que agrupa bajo el epígrafe “desarrollo de los ejercicios” todas estas actuaciones tendentes a la determinación del mérito y la capacidad de los aspirantes (base 6.2 de la Orden de 17 de junio de 2004, de la Consejería de Hacienda, por la que se aprueban las bases generales que regirán las convocatorias de pruebas selectivas para acceso a los distintos cuerpos de la Administración Regional).

La plasmación formal de ese acto complejo en que consiste el desarrollo de cada ejercicio y que permite entenderlo ultimado para pasar a la siguiente fase del procedimiento selectivo, es la resolución definitiva por la que el Tribunal Calificador determina qué aspirantes lo han superado y pueden continuar la selección.

Por tanto, en condiciones ordinarias, es decir, si el procedimiento hubiera seguido su curso, el órgano selectivo habría dictado una resolución definitiva aprobando la relación de aspirantes que superaban el tercer ejercicio (base 6.2.6, de la Orden de 17 de junio de 2004). Esta resolución definitiva culmina el desarrollo de cada ejercicio y establece el resultado del mismo en orden a la continuación del procedimiento selectivo. Nos encontramos, pues, ante un acto de trámite cualificado de los contemplados por el artículo 107.1 LPAC, en la medida en que decide directa o

indirectamente el fondo del asunto, al establecer quién puede continuar adelante en el procedimiento selectivo y quién no.

Es necesario recordar aquí que es doctrina del Consejo de Estado que, a efectos de su revisión, los actos de trámite cualificados resultan equiparables a los actos definitivos. En efecto, en el Dictamen 359/1994, analiza la posibilidad de revisar de oficio la propuesta formulada por la Comisión Calificadora para la provisión de una plaza de Catedrático de Escuela Universitaria, convocada por la Universidad de Sevilla. El proceso selectivo se encontraba suspendido ante la denuncia efectuada por uno de los miembros de dicha Comisión. El Alto Órgano Consultivo señala al respecto que *“se pretende, en definitiva, revisar de oficio un acto de trámite cualificado, como es la propuesta de resolución en un proceso selectivo, posibilidad ésta viable jurídicamente, como reconoce, por ejemplo, desde un punto de vista general, el artículo 20.2 del Real Decreto 2223/1984, de 19 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento General de Ingreso del Personal al Servicio de la Administración del Estado”*. La referencia normativa actualizada a día de hoy habría de hacerse al artículo 14.1 del Reglamento general de ingreso del personal al servicio de la Administración General del Estado y de provisión de puestos de trabajo y promoción profesional de los funcionarios civiles de la Administración General del Estado, aprobado por Real Decreto 364/1995, de 10 de marzo, en cuya virtud las resoluciones de los Tribunales o Comisiones Permanentes de Selección vinculan a la Administración, sin perjuicio de que ésta, en su caso, pueda proceder a su revisión, conforme a lo previsto en los artículos 102 y siguientes LPAC.

Ahora bien, sentada la posibilidad de revisar esta resolución definitiva ¿cabe atacar de forma independiente y anticipada los otros actos integrantes del desarrollo del ejercicio, como la resolución provisional o la misma realización material del ejercicio? Considera el Consejo Jurídico que la respuesta a dicho interrogante ha de ser negativa, aunque no con carácter absoluto, pues existen excepciones.

En efecto, cuando el procedimiento avanza por sus trámites y llega a la resolución definitiva, es obvio que sólo esta plasmación última del resultado del acto ha de ser atacable, en aplicación de un principio de concentración procedimental, en cuya virtud habrá que esperar a que se produzca la resolución definitiva para, a través de su impugnación, plantear las discrepancias y evitar así tener que atacar todas y cada una de las actuaciones que se producen durante el desarrollo de cada ejercicio. Se trata, en definitiva, de establecer la trascendencia del acto de trámite respecto de la resolución final del procedimiento, de forma que, cuando el contenido de ese acto esté llamado a ser reproducido o modificado por la resolución final, no sería impugnabile de

forma autónoma, sino que habría que esperar a esta última, verdadero acto revisable. En este sentido, Dictamen del Consejo de Estado núm. 46.924, de 7 de febrero de 1985.

Pero, cuando el procedimiento queda excepcionalmente interrumpido por haberse declarado su suspensión y existen fundadas razones sobre la posible existencia de una causa de nulidad en las actuaciones ya efectuadas (precedentes, por ejemplo, de la declaración de existencia de ilícito penal contenida en un auto dictado por un órgano de la jurisdicción penal) mantener la tesis de la inatacabilidad de lo actuado antes de la resolución definitiva, llevaría al absurdo, desde la perspectiva de la economía procesal y del respeto al principio de legalidad, de tener que adoptar nuevos actos a sabiendas de su ilicitud para dejarlos sin efecto a renglón seguido. Cuestión distinta es que el momento procedimental en que se produce la suspensión fuera el más adecuado, pues quizá se actuó con una celeridad excesiva -posiblemente por la voluntad de atajar cuanto antes un posible vicio en la selección-, al acordar aquélla cuando ya era inminente la formulación de la resolución definitiva, lo que habría abierto para los interesados las vías ordinarias de impugnación establecidas.

En cualquier caso, señala el Consejo de Estado (Dictamen 3261/2003) que:

*“Los actos que se pretende revisar - los actos relacionados con la convocatoria de febrero de 2003 para exámenes teóricos de piloto, incluida la relación de aprobados de los exámenes teóricos- no han puesto fin a la vía administrativa, puesto que existen actuaciones pendientes, aunque suspendidas por acuerdo de la Dirección General de Aviación Civil que propuso la iniciación del procedimiento de revisión de oficio, de modo que el Tribunal calificador de las pruebas teóricas no ha elevado su resolución definitiva y vinculante para la autoridad convocante de las pruebas.*

*Ahora bien, llevar hasta el límite la exigencia de concluir un procedimiento de concurrencia competitiva hasta el final cuando en sus primeras fases se detectan irregularidades susceptibles de viciarlo puede ser gravoso tanto para los aspirantes como para la propia Administración. En este sentido, el Consejo de Estado ha mantenido una postura flexible en algunos dictámenes (así, por ejemplo, los núms. 359/94, 1.455/94 y 1.157/95) en los que se admite la posibilidad de revisar de oficio un "acto de trámite cualificado, como es la propuesta de resolución en un proceso selectivo, posibilidad ésta viable jurídicamente (...)"*

*En el caso sometido a consulta, la revisión pretendida se proyecta sobre actos de trámite que, como tales no son de los que en términos generales pueden ser objeto de revisión, pero se*

*trata de actos que, aun siendo de trámite, incorporan contenidos de fondo y declarativos, como es la relación de aprobados del Tribunal calificador de la convocatoria de referencia, lo que, a juicio de este Cuerpo Consultivo, permitiría admitir que se trata de actos de trámite "cualificados" y, como consecuencia de ello, susceptibles de revisión de oficio".*

Por ello, considera el Consejo Jurídico que, aunque en el procedimiento selectivo únicamente se haya dictado una resolución provisional, ésta puede ser objeto de un procedimiento de revisión de oficio -como si se hubiera dictado la resolución final-, si existe la certeza de que no va a existir ese posterior acto final resolutorio en sentido estricto, ya que, de no admitir la posibilidad de anular las actuaciones efectuadas durante el desarrollo del tercer ejercicio se carecería de acto que revisar, impidiendo así el restablecimiento de la legalidad. Para tener esa certeza, decíamos en el Dictamen 157/2008, es necesario que la suspensión del procedimiento selectivo, acordada el 18 de mayo de 2005, adquiera carácter definitivo, aspecto que sólo se podría determinar cuando la resolución judicial penal que sirve de causa al procedimiento de revisión no sea modificable por haber adquirido firmeza. Tal firmeza ha sido acreditada y consta en el expediente (folio 159), por lo que nada impide considerar como acto revisable la última resolución del Tribunal Calificador, por la que se publica la relación de aspirantes que han realizado el tercer ejercicio, con indicación de las calificaciones obtenidas.

A ello se debe añadir que, de forma coherente con la concepción de dicha resolución como acto administrativo que plasma el resultado del completo desarrollo de un ejercicio, de incoarse la revisión de oficio como consecuencia de la concurrencia de una causa de nulidad ínsita en las actuaciones dirigidas a su dictado, la revisión debería alcanzar a todas aquellas cuya conservación impidiera la depuración del vicio. En este sentido, señala el Consejo de Estado, si bien al amparo de los ya derogados artículos 47 y 109 de la Ley de Procedimiento Administrativo, que *"delimitadas, así, las actuaciones cuestionadas, ha de destacarse que las mismas no consisten, en todos los casos, en típicos actos administrativos formales. Es más, el origen esencial de las irregularidades invocadas reside en una actuación puramente material, cual es la preparación, custodia y distribución del cuestionario utilizado en la práctica del primer ejercicio de las comentadas pruebas selectivas. Esa naturaleza material y no típicamente formal de las actuaciones discutidas no es óbice alguno para la aplicación del instituto general de la revisión de oficio, puesto que, a la luz de los principios que inspiran esa figura jurídica y de los objetivos que deben tratar de alcanzarse mediante su aplicación, no existe, a juicio de este Consejo, obstáculo conceptual alguno para cuestionar ese tipo de actuaciones administrativas de índole material"* (Dictamen 1059/1992).



En consecuencia, la revisión de oficio incoada en el supuesto sometido a consulta debiera extenderse a todas las actuaciones realizadas en desarrollo del tercer ejercicio de la fase de oposición, en orden a posibilitar su repetición, con retroacción de las actuaciones al momento inmediatamente posterior a la resolución definitiva del Tribunal Calificador por la que se establece la relación de aspirantes que superaron el segundo ejercicio.

**CUARTA.- De las causas de nulidad invocadas. En particular, que el acto administrativo sea constitutivo de infracción penal o se dicte como consecuencia de ésta.**

La potestad de revisión de oficio, reconocida en general a la Administración por el artículo 102, con los límites del 106 LPAC, supone una facultad excepcional que se le otorga para revisar los actos administrativos sin acudir a los Tribunales y sin tan siquiera esperar a su impugnación por los interesados. Prevista para vicios especialmente graves causantes de la nulidad de los actos, constituye, en definitiva, una manifestación extrema de la autotutela administrativa.

Habida cuenta de la especial configuración de dicha potestad administrativa, existen importantes límites o condicionantes a la misma, por lo que aquí interesa, el primero de ellos reside en los motivos que legitiman para acudir a esta vía revisoria. Dichos motivos, contenidos en el artículo 62.1 LPAC, constituyen verdaderas causas tasadas, con enumeración exhaustiva, y cuya especial gravedad, en definitiva, fundamenta esa potestad excepcional, como, asimismo, tanto el Consejo de Estado como la jurisprudencia del Tribunal Supremo han venido entendiendo de manera constante y reiterada (por todas SSTs de 30 de marzo de 1982, 17 de octubre de 2000 y 12 de marzo de 2002).

Así, el artículo 62.1 LPAC establece que son nulos de pleno derecho los actos de las Administraciones Públicas que *“lesionen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional”* (art. 62.1, letra a), y *“los que sean constitutivos de infracción penal o se dicten como consecuencia de ésta”* (art. 62.1, letra d).

Centramos en primer lugar nuestra atención en la última causa de nulidad citada. El análisis de la restante queda diferido a una Consideración posterior, la Quinta, de este Dictamen.

La dicción legal de esta causa de nulidad consistente en que el acto sea constitutivo de infracción penal o se dicte como consecuencia de ésta no genera grandes problemas interpretativos en cuanto a su contenido, pero sí respecto a la forma o mecanismo como ha de aplicarse.

En efecto, para que se dé esta causa de nulidad, el acto administrativo bien ha de ser en sí mismo constitutivo de infracción penal (el supuesto paradigmático es el acto que se adopta por prevaricación) o bien su dictado ha de derivar de la comisión de un ilícito penal, que antecede al propio acto administrativo, insertándose en su procedimiento de elaboración e influyendo decisivamente en su contenido. En este supuesto, para poder declarar la nulidad del acto, la previa infracción penal ha de encontrarse en una relación de causalidad clara respecto de aquél, siendo determinante del mismo.

#### 1. Auto de sobreseimiento provisional versus sentencia.

Como ya se ha anticipado, la cuestión que ha suscitado mayor polémica en el presente procedimiento de revisión es la relativa a quién y cómo se ha de declarar la existencia de la infracción penal que habilita recurrir a esta específica causa de nulidad. La doctrina no es pacífica al respecto, pues junto a quienes proclaman la competencia exclusiva de los órganos jurisdiccionales penales para efectuar dicha declaración, no son pocos los autores que sostienen que, cuando tal declaración sea imposible porque el autor muera antes de dictarse la sentencia penal, sea inimputable o no sea habido, tales circunstancias que obstan la represión penal, no deben impedir las consecuencias estrictamente administrativas de su acción, si ésta es, en efecto, una acción antijurídica y está tipificada como delito en las leyes penales.

En el supuesto sometido a consulta, existen dos pronunciamientos de la jurisdicción penal que declaran expresamente que, en el desarrollo del tercer ejercicio de las pruebas selectivas, se cometió un delito consistente en la revelación del contenido del examen. Así, el Auto del Juzgado de Instrucción, a la luz de las investigaciones realizadas, acuerda el sobreseimiento provisional de las actuaciones, pues *“se puede llegar a la conclusión ya reiterada de que la revelación del contenido del examen se realizó, aunque se desconoce quién fue el autor o los autores de tal conducta, y por ello es procedente, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 789.1 y 641.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que dispone como causa del mismo “cuando resulte del sumario haberse cometido un delito y no haya motivos suficientes para acusar a determinada o determinadas personas como autores, cómplices o encubridores”*.

Del mismo modo, el Auto que, confirmando el anterior, dicta la Audiencia Provincial de Murcia, manifiesta que *“a pesar de no haber podido concretar la presunta participación -dolosa- de alguno de los funcionarios públicos imputados, ello no significa que no se haya cometido infracción penal alguna (...) es decir, ante la falta de concreción del sujeto o sujetos activos del ilícito no es*

*posible realizar una concreta calificación jurídica de los hechos, sin embargo ello no empece para que se considere que se reveló el contenido del examen, es decir, que al menos uno de los delitos mencionados se perpetró”.*

Para un importante número de interesados que, con ocasión del trámite de audiencia concedido, han formulado alegaciones, el hecho de que tales declaraciones se realicen en un auto de sobreseimiento provisional impide aplicar la causa de nulidad contenida en el artículo 62.1, letra d) LPAC, que exige como presupuesto necesario la previa existencia de una sentencia penal condenatoria.

Coincide el Consejo Jurídico en que, con carácter general, el presupuesto habilitante de la revisión de oficio con fundamento en la indicada causa de nulidad ha de ser la existencia de una sentencia penal condenatoria que, poniendo fin al proceso, declare la existencia del delito y quién fue su autor o participó en su comisión, y así se indica en nuestro Dictamen 69/2002. Ahora bien, ha de matizarse que, siendo ésta la forma ordinaria de terminación del proceso penal cuando concurren todos los elementos del tipo, tanto objetivos como subjetivos, no ha de obviarse que las actuaciones penales pueden finalizar también anticipadamente mediante un auto de sobreseimiento provisional. Éste tiene un efecto meramente suspensivo respecto del proceso penal, de forma que, a diferencia de la sentencia y del sobreseimiento libre, que sí le ponen fin como resoluciones definitivas del mismo y produciendo efectos de cosa juzgada material, el sobreseimiento provisional únicamente determina su suspensión, por ausencia de los presupuestos necesarios para la apertura del juicio oral (STS, 2ª, de 7 de julio de 2000). Se trata, como de forma expresiva señala la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de “*un supuesto de impotencia investigadora*” (STS de 16 de diciembre de 1991).

A los efectos que aquí interesan, cuando dicho sobreseimiento provisional se acuerda al amparo del artículo 641.2 LECr, esa impotencia investigadora únicamente alcanza al elemento subjetivo del tipo, es decir, a sus autores o responsables, pero no a la existencia del hecho delictivo en sí, que resulta del sumario. Por ello, si bien el auto de sobreseimiento provisional únicamente deja en suspenso el proceso penal y no le pone fin de forma definitiva, cuando se adopta ex artículo 641.2 LECr, ese carácter meramente interino de sus efectos no es predicable de la apreciación judicial acerca de la existencia del delito, pues el juez instructor la declara de forma expresa, tras realizar una valoración jurídica de los hechos, a la luz de las investigaciones practicadas en el sumario o las diligencias preliminares y en función de los indicios racionales que de ellas resultan.

La suspensión o latencia del proceso que determina el sobreseimiento provisional significa que, en el futuro, puede reabrirse si se obtienen nuevos datos incriminatorios más sólidos o, en palabras de la Audiencia Provincial de Murcia en el Auto obrante en el expediente, el proceso queda a la espera, en su caso, de que se evidencien nuevos datos o circunstancias que permitan llegar a la decisión de levantar dicho sobreseimiento y la reapertura de la causa. Cabe añadir que así ocurriría si acaecieran o se conocieran nuevas evidencias que permitieran dirigir la acusación contra una o varias personas determinadas, pero la comisión del hecho delictivo y su calificación como infracción penal ya quedan plenamente establecidas en el auto de sobreseimiento provisional dictado al amparo del artículo 641.2 LECr, pues de lo contrario procedería, bien el sobreseimiento libre ex artículo 637.1º (*"cuando no existan indicios racionales de haberse perpetrado el hecho que hubiera dado motivo a la formación de la causa"*) o 2º (*"cuando el hecho no sea constitutivo de delito"*), bien el provisional ex artículo 641.1, todos de la misma Ley rituarial penal, que procede declarar *"cuando no resulte debidamente justificada la perpetración del delito que haya dado motivo a la formación de la causa"*.

Comoquiera que, para la aplicación de la causa de nulidad contemplada en el artículo 62.1, letra d) LPAC lo esencial es el hecho objetivo de la comisión de un delito, siendo irrelevante quién lo haya perpetrado o en qué grado haya participado en el ilícito penal, el auto firme de sobreseimiento provisional que declara de forma expresa que se ha cometido un delito, aunque no sea posible acusar a una o varias personas como responsables, es suficiente para considerar existente el primer requisito determinante de la aplicación del artículo 62.1, letra d) LPAC.

Esta conclusión no queda desvirtuada por las citas jurisprudenciales y consultivas esgrimidas por algunos de los interesados en sus escritos de alegaciones en apoyo de la tesis de que sólo una sentencia condenatoria puede habilitar la aplicación de esta causa de nulidad. Y es que considera este Consejo Jurídico que se enmarcan en la doctrina general antes expuesta que, en definitiva, lo que exige es un pronunciamiento de un órgano jurisdiccional penal declarando la existencia del delito. Dicho pronunciamiento se identifica con la sentencia por ser ésta la forma ordinaria o general de finalizar el proceso cuando concurren en el supuesto todos los elementos, objetivos y subjetivos, del tipo penal; pero ello no ha de interpretarse en el sentido de que la sentencia judicial firme sea el único presupuesto habilitante de la referida causa de nulidad, como sí exige de forma expresa la LPAC respecto del recurso extraordinario de revisión (cfr. art. 118.1, 4ª LPAC). Antes al contrario, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en sentencia 758/2007, de 28 de mayo, admite expresamente como pronunciamientos penales que, declarando la existencia de delito, pueden habilitar el ejercicio de

las potestades revisoras de la Administración, tanto la sentencia penal firme como el auto de sobreseimiento provisional, también firme, de las diligencias penales previas.

Del mismo modo, en el supuesto contemplado en el Dictamen 81/2000 del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha, única cita de las efectuadas por los interesados entre cuyos antecedentes de hecho existe un auto de sobreseimiento provisional ex artículo 641.2 LECr, el Órgano Consultivo sí admite que la existencia de infracción penal queda determinada en el indicado Auto y, si dictamina desfavorablemente la revisión, no es porque estime insuficiente que dicha declaración se contenga en un Auto y no en una sentencia, sino porque no considera acreditado que el acto administrativo cuya nulidad se pretende sea consecuencia de la concreta infracción penal advertida y expresamente declarada por el Juez instructor.

Nótese que, de otro modo, es decir, de seguir la tesis de los interesados según la cual sólo la sentencia penal condenatoria sería suficiente para declarar la existencia de delito como presupuesto de aplicación del artículo 62.1, letra d) LPAC, se arbitraría la posibilidad de que, una vez transcurrido el plazo de prescripción del delito y no pudiendo ya reabrir la causa penal tras el sobreseimiento provisional, permanecieran en el ordenamiento actos administrativos constitutivos de infracción penal o dictados como consecuencia de ella, a pesar de quedar expresamente establecida la existencia del ilícito por un órgano jurisdiccional penal.

Declarada la comisión de un delito (cuyo encuadramiento en un específico tipo penal excusa la Audiencia Provincial ante la falta de concreción del sujeto activo del mismo, pero que, como señala el Tribunal de apelación, podría ser cualquiera de las infracciones que bajo la denominación genérica de descubrimiento y revelación de secretos tipifican los artículos 197, 199, 200 ó 416 del Código Penal), procede a continuación determinar hasta qué punto el acto administrativo impugnado es constitutivo de dicho ilícito o fue dictado a consecuencia del mismo.

Debe acudirse a tal efecto, al Auto de sobreseimiento provisional, toda vez que en él se repasan por el Juez instructor los resultados obtenidos en el tercer ejercicio de las pruebas selectivas, adquiriendo, de hecho, tales calificaciones y notas la condición de indicio fundamental en el que se basa la apreciación judicial acerca de la comisión del delito, pues las diversas diligencias de investigación practicadas se centran en intentar explicar los singulares resultados que se dieron en este ejercicio. El órgano judicial alcanza la conclusión de que esos llamativos resultados, contenido fundamental del acto administrativo cuya revisión se insta y determinante de sus efectos respecto de cada uno de los aspirantes que se presentaron a su realización, fueron debidos a la revelación del contenido del examen a algunos de los opositores, lo que le permite

establecer un nexo causal directo entre la comisión del delito y el contenido y efectos del acto administrativo impugnado.

Sobre la valoración judicial de los hechos y su calificación como delito no puede entrar la Administración a conocer ni efectuar consideraciones acerca de la suficiencia de las investigaciones realizadas o de los indicios presentes en las actuaciones y que llevaron a la convicción judicial, pues tal función corresponde en exclusiva al juez penal y, en su caso, al correspondiente Tribunal de apelación del mismo orden.

Por el contrario, sí es potestad típicamente administrativa, careciendo de ella el juez penal, la de extraer las consecuencias estrictamente jurídico-administrativas de la declaración de la existencia del ilícito y, a tal efecto, determinar si la concurrencia del delito en el actuar administrativo es determinante de su nulidad. Así, considerando que en el desarrollo del tercer ejercicio de las pruebas selectivas se cometió un delito de descubrimiento o revelación de secretos, lo que permitió que un indeterminado grupo de aspirantes tuvieran conocimiento del contenido del examen con antelación al momento de su realización, no cabe sino entender que tal circunstancia influyó en el desarrollo del ejercicio y, en especial, en los resultados que refleja la resolución provisional por la que se publica la relación de aspirantes que lo realizaron, con los cruciales efectos que ello determinaría respecto al resultado final del procedimiento de concurrencia competitiva, de no haber quedado cautelarmente suspendido.

Procede, en consecuencia, declarar la nulidad del acto impugnado, al considerar acreditado que se dictó como consecuencia de una infracción penal, en virtud de lo establecido en el artículo 62.1, letra d) LPAC.

**QUINTA.- Nulidad derivada de la lesión de derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional.**

Para las interesadas que instan la revisión del ejercicio, la revelación de su contenido ha determinado una vulneración del derecho a acceder a las funciones públicas en condiciones de igualdad y capacidad reconocido por los artículos 23 y 103 de la Constitución. La ubicación del primero de dichos preceptos en el Título I, Capítulo II, Sección 1ª del texto constitucional lo hace susceptible de amparo constitucional, de conformidad con el artículo 53.2 CE y, en consecuencia, tal vulneración es determinante de la nulidad del acto cuya revisión se solicita.

El artículo 23.2 CE establece que los ciudadanos “tienen derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos con los requisitos que señalen las leyes”. Si bien, en un primer momento, la doctrina constitucional fue algo vacilante a la hora de establecer el ámbito de este precepto y determinar si tenían cabida en él las funciones públicas de carácter profesional propias de los empleados públicos o si únicamente era aplicable al acceso a los cargos de representación política, el Tribunal Constitucional se decantó por entender que este derecho fundamental se proyecta sobre ambos tipos de función, aunque, en relación a los empleados públicos, únicamente es predicable de aquellos que mantienen con la administración una relación estatutaria o funcionarial, no de carácter contractual laboral. Así, la STC 86/2004, señala expresamente que *“las funciones públicas englobadas en la protección que dispensa el artículo 23.2 CE son aquellas que vienen desarrolladas por funcionarios públicos, en el sentido del artículo 103,3 CE, esto es, por aquellas personas vinculadas con la Administración...mediante una relación de servicios de carácter estatutario”*.

Este derecho ha sido calificado por la jurisprudencia constitucional como de configuración legal y de carácter puramente reaccional, pues el artículo 23.2 CE no otorga el derecho a desempeñar determinadas funciones públicas, sino únicamente permite impugnar ante la jurisdicción ordinaria y, en última instancia, ante el Tribunal Constitucional, toda norma o aplicación concreta de una norma que quiebre la igualdad (SSTC 161/2001, 137/2004, ó 30/2008, entre otras). La doctrina constitucional señala, asimismo, que este precepto no consagra un pretendido derecho fundamental al estricto cumplimiento de la legalidad en el acceso a los cargos públicos, de forma que sólo cuando la infracción de las normas o bases del proceso selectivo implique, a su vez, una vulneración de la igualdad entre los participantes, cabe entender que se ha vulnerado esta dimensión interna y más específica del derecho que reconoce el artículo 23.2 CE (ATC 16/2010). Nos encontramos, por tanto, ante un derecho de igualdad *lex specialis*, respecto del principio de igualdad consagrado por el artículo 14 CE, cuyo contenido puede sintetizarse en el siguiente:

a) Predeterminación normativa del procedimiento de acceso a la función pública.

b) Igualdad en la Ley, de forma que las normas rectoras de los procedimientos de acceso aseguren una situación jurídica de igualdad de todos los ciudadanos, prohibiendo el establecimiento de requisitos discriminatorios o referencias individualizadas o *ad personam* y no estrictamente referidos a los principios de mérito y capacidad.

c) Igualdad en la aplicación de la Ley, de manera que las normas que regulan las pruebas selectivas se apliquen por igual a todos los interesados.

Centrándonos en esta tercera manifestación del derecho fundamental estudiado, ha de interpretarse en el sentido de otorgar el mismo trato a todos los participantes durante el desarrollo de las pruebas selectivas, pues como señala la STC 138/2000, *“las condiciones de igualdad a las que se refiere el artículo 23.2 CE se proyectan no sólo a las propias leyes, sino también a su aplicación e interpretación”*.

Ahora bien, no toda vulneración de las bases del procedimiento selectivo constituye una vulneración del derecho de acceder a las funciones públicas en condiciones de igualdad, sino sólo cuando esa violación de las bases implique, a su vez, una vulneración de la igualdad de los participantes, porque exista una injustificada diferencia de trato entre éstos.

La aplicación de esta doctrina al supuesto sometido a consulta exige una primera puntualización respecto a los principios de mérito y capacidad consagrados en el artículo 103.3 CE, toda vez que no están formalmente recogidos dentro de la regulación que la Constitución dedica a los derechos fundamentales y libertades públicas, lo que podría hacer dudar acerca de su invocabilidad en el presente expediente.

Ocurre, no obstante, que el Tribunal Constitucional ha dejado ya establecido en una temprana y reiterada doctrina (Sentencia 50/1986, de 23 de abril, y Auto 205/1990, de 17 de mayo) que *“existe una necesaria relación recíproca entre los artículos 23, número 2, y 103, número 3, de la Constitución, de donde se sigue que el primero de ellos impone la obligación de no exigir para el acceso a las funciones y cargos públicos requisito o condición que no será referible a los aludidos principios de capacidad y mérito. Proyectados, pues, tales principios en la esfera del derecho fundamental recogido por el artículo 23, número 2, de la Constitución, no existe objeción alguna que oponer a que puedan surtir sus efectos en el expediente ahora considerado”* (Dictamen del Consejo de Estado 1059/1992).

En el presente caso, adquiere singular relevancia la apreciación de la existencia de una filtración del contenido del examen, pues en ella radica la alteración de las condiciones de igualdad en que los aspirantes hubieron de realizarlo. Al respecto, no puede obviarse que la convicción acerca de que aquélla efectivamente se produjo es compartida por la Administración regional, que en su día ordenó la realización de un trámite de información previa, cuyos resultados dieron lugar a la pertinente denuncia penal, y por los órganos jurisdiccionales penales que, tras las diligencias de investigación realizadas en el seno de la causa criminal, expresamente afirman en sendos pronunciamientos firmes que hubo filtración del ejercicio. Dicha conclusión no puede ser obviada o



desconocida por este Consejo Jurídico, pues, al margen de las consideraciones o calificaciones jurídicas que desde cada rama del Derecho puedan realizarse acerca de un determinado hecho, no es admisible que un hecho exista y no exista simultáneamente.

Por ello, aunque la declaración de existencia de la filtración no se haya realizado como hecho probado en una sentencia penal firme -que sería vinculante para la Administración-, sino en sendos autos, ello no impide que tales pronunciamientos penales, basados en el resultado de las diligencias de investigación realizadas, sirvan al órgano administrativo decisor del procedimiento de revisión de oficio para alcanzar la convicción acerca de que la filtración efectivamente se produjo.

En este sentido, no comparte el Consejo Jurídico la alegación referente a que la ausencia de una sentencia penal condenatoria que declare como hecho probado que la filtración se realizó impida a la Administración no ya aplicar la causa de nulidad del artículo 62.1, letra d) LPAC, sino incluso considerar vulnerado el derecho de acceso a las funciones públicas en condiciones de igualdad. Debe recordarse que aquí no se trata de determinar si existe o no delito en sentido formal (cuestión ya analizada en la Consideración Cuarta de este Dictamen), sino de constatar que se han alterado las condiciones de igualdad de los aspirantes. Esta determinación, estrictamente administrativa y ajena a cualquier calificación como delito, puede realizarse a través de una investigación criminal, como aquí ha ocurrido, pero también mediante diligencias de averiguación estrictamente administrativas, si ofrecen suficientes elementos para la formación del juicio del órgano instructor de la revisión de oficio. En este sentido, el Consejo de Estado, en Dictamen 1059/1992, apreció la concurrencia de esta causa de nulidad en un supuesto en el que no se había podido acreditar la perpetración de delito alguno durante el desarrollo de las pruebas selectivas, al finalizar el proceso penal por auto de sobreseimiento provisional ex artículo 641.1 LECr.

Corolario de lo expuesto es que la constatación de la existencia de una filtración del contenido del examen en que consistía el tercer ejercicio de las pruebas selectivas conlleva una alteración de las condiciones de igualdad que debían presidir su desarrollo, en la medida en que un grupo indeterminado de aspirantes se colocó en situación de ventaja respecto al resto, defraudando asimismo el objetivo de la selección de personal, cual es el reclutamiento de los más capaces para el ejercicio de las funciones y responsabilidades públicas. Se vulneran así no sólo los principios de mérito y capacidad, que tales aspirantes no llegan a demostrar, sino también y de forma sustancial, la igualdad de posibilidades en el acceso, pues los resultados del ejercicio, una vez sumada la puntuación correspondiente a la fase de concurso, son determinantes del orden de prelación de los aspirantes para ser nombrados funcionarios.

El Dictamen del Consejo de Estado 1059/1992, antes citado, analiza un supuesto muy similar al presente (revisión de oficio del primer ejercicio de las pruebas selectivas para acceder a un cuerpo funcional de la Administración autonómica valenciana, debida a la filtración del cuestionario) y efectúa las siguientes consideraciones, que este Consejo Jurídico estima plenamente trasladables al supuesto aquí planteado:

*“...las actuaciones dirigidas por el Tribunal de las pruebas selectivas a que se refiere el expediente ahora considerado provocó una filtración del cuestionario de respuestas al primer ejercicio eliminatorio de las mismas, colocando en una obvia situación de ventaja a las personas que tuvieron ese ilegítimo acceso al citado documento.*

*En el sentir de este Consejo, tal resultado representó una clara infracción de las condiciones de igualdad en el derecho fundamental al acceso a las funciones y cargos públicos recogido en el artículo 23, número 2, de la Constitución y provocó que el resultado del primer ejercicio eliminatorio y, por conexión lógica, los de las siguientes pruebas no se ajustaran a los principios de mérito y capacidad.*

*De acuerdo con la doctrina general anteriormente destacada, ello lleva a entender concurrente una causa determinante de la nulidad de pleno derecho de las actuaciones en cuestión...esa nulidad de pleno derecho afecta a todas las actuaciones que siguen a la preparación del cuestionario que se aplicó al primer ejercicio de las pruebas selectivas de que se viene hablando.*

*Por lo tanto, tal nulidad debe forzosamente alcanzar, por el encadenamiento lógico y conceptual que se observa entre ellas, a todas las actuaciones que siguieron a la práctica de ese primer ejercicio.*

*La anterior apreciación lleva a este Consejo a compartir la solución propuesta por los órganos instructores, consistente en retrotraer las actuaciones derivadas de la convocatoria 6/1991 al momento previo a la preparación del mencionado cuestionario, con la consiguiente repetición de los diversos ejercicios previstos por esa convocatoria.*

*Por lo mismo, y pese a lo sugerido por algunos de los interesados en el trámite de audiencia, debe descartarse la solución de proceder a una exclusión parcial de las personas afectadas por la causa determinante de la nulidad de pleno derecho, toda vez que los efectos de*

*esa causa tuvieron un alcance general, suprimiendo las condiciones de igualdad que debieron aplicarse a todos los aspirantes a acceder a las plazas a las que se refería la citada convocatoria”.*

Cabe concluir, en suma, que la filtración del contenido del cuestionario del tercer ejercicio de las pruebas selectivas, se produjo y ello determinó que un grupo indeterminado de opositores obtuvieran una situación de ventaja respecto al resto de aspirantes, quebrando la igualdad de condiciones en el acceso a las funciones públicas que consagra el artículo 23.2 CE, por lo que existe vulneración del indicado derecho y, en consecuencia, cabe entender concurrente en el acto impugnado la causa de nulidad establecida por el artículo 62.1, letra a), LPAC.

#### **SEXTA.- Sobre las pretensiones indemnizatorias.**

##### 1. Daño alegado.

Con ocasión del trámite de audiencia se han formulado diversas alegaciones en las que se solicita una indemnización por los daños que se dicen sufridos como consecuencia de la eventual anulación del ejercicio. Tales daños se sintetizan en los siguientes:

- Daño moral, identificado con la inquietud, ansiedad y padecimiento psicológico derivado de la situación generada con la suspensión de la oposición durante cinco años y ver truncada la obtención de un puesto de trabajo, posibilidad ésta que, tras la superación del ejercicio que ahora se anula, era una expectativa real y muy próxima. Se alude también al padecimiento psíquico derivado de la investigación policial y del sometimiento al proceso penal, con los ataques a su dignidad efectuados desde los medios de comunicación y por otros aspirantes.

- Gastos de preparación de la oposición.

- Retraso profesional derivado de no haber podido acceder a un puesto de trabajo durante los años de suspensión del procedimiento selectivo.

- Honorarios de asistencia letrada.

##### 2. Las pretensiones indemnizatorias en el seno del procedimiento de revisión de oficio.

Dispone el artículo 102.4 LPAC que las Administraciones Públicas, al declarar la nulidad de una disposición o acto, podrán establecer, en la misma resolución, las indemnizaciones que

proceda reconocer a los interesados, si se dan las circunstancias previstas en los artículos 139.2 y 141.1 LPAC.

Del mismo modo, el artículo 142.4 LPAC y el 4.2 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), establecen que la anulación en vía administrativa o por el orden jurisdiccional contencioso-administrativo de los actos o disposiciones administrativas no presupone derecho a la indemnización.

a) La interpretación conjunta de ambos preceptos conlleva que, aunque el mero hecho de declarar la nulidad de un acto no determina necesariamente el derecho a la indemnización, si por efecto del acto que se anula o de su revisión se produce un daño efectivo, individualizado y evaluable económicamente que los perjudicados no tengan el deber jurídico de soportar, podrá declararse tal responsabilidad en la misma resolución administrativa por la que se anule el acto.

Es necesario, por tanto, que el daño alegado haya sido causado por la actuación administrativa cuya revisión se pretende o por su anulación. Cabe aquí, por tanto, distinguir entre aquellas pretensiones indemnizatorias que tienen por fundamento la anulación del tercer ejercicio de las pruebas selectivas, bien porque el acto anulado les origine un perjuicio, bien porque la declaración de su nulidad les sea lesiva, de aquellas otras que reclaman el resarcimiento del daño derivado de la dilación en el tiempo de la resolución del procedimiento selectivo, pues su causa habría de buscarse no tanto en el acto impugnado o su eventual revisión, sino en un acto diferente y ajeno al procedimiento de revisión, como es la Orden que dispuso la suspensión de las pruebas selectivas. Adviértase que este último tipo de daños, en el sentir de los interesados, se habría producido fuera cual fuese el sentido de la resolución que pusiera fin a la revisión de oficio, por lo que deben considerarse improcedentes en este concreto procedimiento. Ello no prejuzga, por supuesto, la eventual reclamación de responsabilidad patrimonial que en solicitud de su resarcimiento puedan formular los interesados en el futuro, y cuyo momento más adecuado entiende el Consejo Jurídico que sería una vez finalizada la indicada suspensión, toda vez que sólo entonces el eventual daño podría conocerse en toda su magnitud.

b) Por otra parte, si bien el artículo 102.4 LPAC guarda silencio acerca de los trámites a seguir para poder declarar la existencia o no de derecho a la indemnización en la resolución que establezca la nulidad del acto impugnado, lo cierto es que la decisión acerca de las pretensiones indemnizatorias formuladas habrá de sujetarse a una instrucción que permita discernir si se dan en

el supuesto los elementos determinantes de la responsabilidad patrimonial y, en su caso, individualizar y evaluar el eventual daño.

Esta consideración reviste especial trascendencia en el supuesto sometido a consulta, en el que existe multitud de interesados que solicitan ser indemnizados por daños de distinta magnitud, significación y alcance y que, además, han plasmado su solicitud resarcitoria con ocasión del trámite de audiencia del procedimiento de revisión de oficio, con diversa precisión en cuanto a la valoración del daño que dicen haber sufrido. El momento procedimental en que tales alegaciones se formulan es importante, pues de hacerlo junto con la acción de nulidad, la tramitación del procedimiento de revisión de oficio incorpora asimismo la de la pretensión indemnizatoria, posibilitando que la resolución del procedimiento revisorio decida también sobre la existencia o no de responsabilidad patrimonial. En el supuesto objeto de este Dictamen, sin embargo, de adoptarse tal determinación en la resolución que ha de resolver la acción de nulidad planteada, se decidiría sobre la procedencia o improcedencia de las indemnizaciones sin una mínima instrucción.

Por ello, y en consideración a los términos meramente facultativos y no imperativos que utiliza el artículo 102.4 LPAC, al señalar que en la misma resolución que declare la nulidad de un acto, las Administraciones públicas “podrán” establecer las indemnizaciones que proceda reconocer a los interesados, entiende el Consejo Jurídico que, sin perjuicio de las consideraciones que de forma genérica se contienen en la propuesta de resolución acerca de la no indemnizabilidad de los daños por los que se reclama, la resolución que ponga fin al procedimiento revisorio no debe estimar las pretensiones económicas esgrimidas por los interesados ni fijar indemnización alguna, quedando no obstante imprejuzgada la cuestión relativa a la existencia o no de responsabilidad patrimonial de la Administración regional, que habrá de sustanciarse mediante un procedimiento *ad hoc* por los trámites establecidos en el RRP, bien a instancia de cada uno de los interesados (como algunos de ellos ya anuncian mediante una expresa reserva de acciones), bien de oficio por la Administración, mediante un procedimiento que permita establecer la concurrencia o no de los requisitos a los que el ordenamiento jurídico anuda el nacimiento de la responsabilidad patrimonial e individualizar tanto el daño como la eventual indemnización, una vez se haya declarado la nulidad del acto sometido a revisión.

Ello permitirá que se conozcan de forma definitiva los efectos del eventual quebranto sufrido por cada interesado, posibilitando así un pronunciamiento definitivo sobre los posibles daños que, de efectuarse ahora en la Orden por la que se declara la nulidad del tercer ejercicio de la fase de oposición, tendría un cierto carácter anticipado, dado que el procedimiento selectivo todavía no ha terminado, de lo que en hipótesis, podrían derivarse nuevos daños.

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

### **CONCLUSIONES**

**PRIMERA.**- Se dictamina favorablemente la propuesta de resolución en la medida en que considera procedente declarar la nulidad del tercer ejercicio de las pruebas selectivas, con el alcance señalado en la Consideración Tercera, *in fine*, de este Dictamen, por concurrir en dicho acto las causas de nulidad contempladas en el artículo 62.1, letras a) y d), conforme a lo indicado en las Consideraciones Cuarta y Quinta de este Dictamen.

**SEGUNDA.**- No procede fijar indemnización alguna en la resolución que ponga fin al procedimiento de revisión de oficio, conforme a lo señalado en la Consideración Sexta de este Dictamen.

No obstante, V.E. resolverá.



**DICTAMEN 148/2010**

**Asunto** Revisión de oficio de diversos acuerdos de la Junta de Gobierno Local, por los que se ordena la ejecución forzosa de la sanción impuesta a la mercantil " - -". S.A., por el ejercicio de la actividad de fabricación de hormigón sin licencia.

**Consultante** Ayuntamiento de Santomera

**Fecha** 03/08/2010

**Extracto de Doctrina**

La respuesta ya la dimos, para un caso análogo al presente, en nuestro Dictamen nº 27/05, de 21 de febrero: "el artículo 107.1 LPAC dispone con claridad que los recursos administrativos ordinarios (alzada y reposición) pueden fundarse en "cualquiera de los motivos de nulidad o anulabilidad previstos en los artículos 62 y 63" de la misma. Además, su artículo 113.3 especifica que el recurso decidirá "cuantas cuestiones, tanto de forma como de fondo, plantee el procedimiento, hayan sido o no alegadas por los interesados", si bien la resolución "será congruente con las peticiones formuladas por el recurrente, sin que en ningún caso pueda agravarse su situación inicial". Se trata, por tanto (el del correspondiente recurso ordinario) de un procedimiento administrativo de "plena jurisdicción", si utilizamos un símil procesal, para decidir sobre cualquier vicio jurídico, incluyendo la posible nulidad radical que pueda advertirse en el acto recurrido.

Por su parte, aun cuando el artículo 102.1 establezca "in genere" la posibilidad de que se incoe un procedimiento revisorio para declarar la nulidad de actos que hayan puesto fin a la vía administrativa (caso de la Orden de adjudicación que nos ocupa) "o" de actos que no hayan sido recurridos en plazo, si existe un recurso ordinario interpuesto en plazo en el que la Administración, como vemos, tiene plena competencia para resolver las cuestiones que se plantean, incluida la nulidad radical del acto recurrido, no procede que, de oficio, la Administración inicie un procedimiento revisorio."

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** En cumplimiento de la sentencia n.º 373/08, de 30 de Abril, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, confirmatoria de la Sentencia n.º 516, de 19 de septiembre de 2005, del Juzgado de dicho orden jurisdiccional n.º 3 de Murcia, se ordenó al Ayuntamiento de Santomera la incoación de expediente sancionador medioambiental contra la mercantil "—" (x), por infracción de la Ley 1/1995, de 8 de Marzo, de Protección del Medio Ambiente de la Región de Murcia, en relación con las actividades extractivas

y de fabricación de hormigón desarrolladas en el paraje denominado “—”, sito en Matanzas, Santomera, que no estuvieran amparadas por la licencia municipal de actividad otorgada a dicha mercantil por Decreto de la Alcaldía-Presidencia del Ayuntamiento de Murcia de 16 de Enero de 1974.

**SEGUNDO.-** Conforme con lo anterior, tras su incoación el 4 de julio de 2008 y subsiguiente tramitación del oportuno procedimiento, la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Santomera, en sesión celebrada el 12 de Diciembre de 2008, resolvió el expediente sancionador medioambiental en lo relativo al ejercicio, sin la preceptiva licencia municipal, de la actividad de fabricación de hormigón, acordando lo siguiente:

*“PRIMERO: Aprobar la resolución definitiva del presente expediente sancionador medioambiental, declarando cometida una infracción medioambiental muy grave, conforme a lo establecido en el art. 72.1,a) de la Ley 1/95, de Protección del Medio Ambiente de la Región de Murcia, consistente en iniciación o ejecución de actividades sin licencia o autorización medioambiental, consistente en el establecimiento y funcionamiento de una planta de hormigón sita en el Paraje denominado x., cuya titular responsable resulta ser la mercantil x., al amparo de lo establecido en el art. 64 de la Ley 1/1995, de 8 de marzo, al no estar amparada en la licencia municipal concedida por el Ayuntamiento de Murcia por Decreto de 14 de enero de 1974, que se limita exclusivamente a la trituración y clasificación de piedra.*

*SEGUNDO: Imponer la sanción prevista en el art. 74. a) de la Ley 1/1995, de 8 de Marzo, consistente en: clausura definitiva y total de todas las instalaciones y maquinaria destinadas a la planta de hormigón en el paraje de x. y suspensión de cualquier género de actividad de la citada planta industrial de hormigón, al no estar amparada en la licencia municipal concedida por el Ayuntamiento de Murcia por Decreto de 14 de Enero de 1974, que se limita exclusivamente a la trituración y clasificación de piedra.*

*La presente sanción deberá ser ejecutada, previa la supervisión técnica que proceda, a partir del día siguiente a la notificación de la resolución del presente expediente sancionador medioambiental, a cuyo efecto el infractor habrá de adoptar las medidas adecuadas para la paralización de los trabajos, con pleno respeto a la seguridad de las instalaciones, seguridad y salud laboral de los trabajadores, respeto al medioambiente, así como cuantas medidas establezca la legislación sectorial en materia industrial, debiendo cursar las correspondientes solicitudes de baja a las empresas suministradoras de los servicios de energía eléctrica y agua.*



*TERCERO: Imponer la medida de restauración del medio ambiente y reposición de los bienes alterados a la situación preexistente al hecho sancionado, de conformidad con lo establecido en el art. 67 de la Ley 1/1995, de 8 de Marzo, de Protección del Medio Ambiente: a cuyo efecto el infractor deberá proceder al desmantelamiento de la instalación industrial destinada a la producción de hormigón, así como retirada de todos los materiales y maquinaria de la misma, debiendo adecuar y limpiar los terrenos sobre los que se haya realizado actividad industrial de producción, transporte o depósito de hormigón, devolviéndolos al estado original anterior al establecimiento de dicha instalación industrial.*

*Dicha medida de restauración deberá ejecutarse a costa del infractor en el plazo máximo de 2 meses desde la notificación de la resolución del presente expediente, previa presentación del correspondiente proyecto de restauración debidamente visado, que deberá ser informado por este Ayuntamiento, cursándose por el infractor la correspondiente solicitud de baja de dichas instalaciones industriales ante la Dirección General de Industria, Energía y Minas, así como de cualquier otro organismo que tuviere competencias en la materia.*

*En caso de incumplimiento del desmantelamiento de la industria y restauración de los terrenos, procederá su ejecución subsidiaria municipal a costa del infractor, mediante el derribo y retirada de la planta de hormigón, retirándose todos los materiales y maquinaria, depositándose todos ellos en lugar adecuado, e imponiéndose multas coercitivas mensuales por importe de 500.000 pesetas hasta que se proceda a su ejecución voluntaria por el infractor o desmantelamiento municipal, en aplicación todo ello de lo establecido en el art. 67 de la Ley 1/1995, de 8 de Marzo, de Protección del Medio Ambiente.*

*Igualmente procederá imponer al infractor las indemnizaciones por los daños y perjuicios ocasionados a los vecinos, propietarios y trabajadores afectados por la planta de hormigón, como consecuencia de las molestias sufridas por emisiones atmosféricas de polvo al medio ambiente, por ruidos, deméritos patrimoniales o riesgos a su salud, cuya valoración se realizará por este Ayuntamiento una vez sean remitidas las correspondientes solicitudes de daños y perjuicios por los afectados, previa tasación contradictoria, cuando el responsable no prestara su conformidad a la valoración realizada".*

**TERCERO.-** En las sesiones celebradas el 17 de Julio, 11 de Septiembre, 16 de Octubre y 6 de Noviembre de 2009, la Junta de Gobierno Local, previos informes de la Policía Local (de los que se desprende que la empresa no había cumplido con lo ordenado por el referido acuerdo), le impuso diversas multas coercitivas, por importe de 3.001 euros cada una; en concreto, por no

haber procedido a la ejecución del citado acto durante los meses de Marzo, Julio, Agosto, Septiembre y Octubre de ese año (el citado 11 de septiembre se adoptan dos acuerdos en este sentido, imponiendo cada uno de ellos una multa por el indicado importe, por referencia a dos meses distintos de incumplimiento).

**CUARTO.-** En diferentes fechas, la citada empresa interpuso el correspondiente recurso de reposición contra cada uno de tales acuerdos, excepto contra el de 6 de noviembre de 2009 (nada consta al respecto en el expediente remitido). En todos estos recursos se alega la improcedencia de las multas, sustancialmente, por estar pendiente de resolución el procedimiento judicial contencioso administrativo nº 570/09, tramitado ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 7 de Murcia, en el que dicha empresa impugnó el acuerdo adoptado por la Junta de Gobierno Local de 21 de Mayo de 2009, desestimatorio del recurso de reposición interpuesto contra el previo Decreto de la Alcaldía-Presidencia de 27 de Noviembre de 2008, mediante el que se denegó, por razones urbanísticas, el otorgamiento de licencia de actividad para la referida planta de hormigón.

**QUINTO.-** Obra en el expediente un escrito de x., fechado el 30 de noviembre de 2009, en el que expresa que es interesado en los expedientes incoados por el Ayuntamiento a x. en ejecución de las sentencias reseñadas en el Antecedente Primero; señala que tanto en lo que se refiere a la planta de hormigón como a las actividades extractivas no amparadas por la licencia concedida en su día a la empresa, el Ayuntamiento ha dictado sendos actos administrativos ordenando el correspondiente cese de las actividades y clausura de las instalaciones: así, en lo que se refiere a la planta de hormigón, mediante acuerdo de 12 de diciembre de 2008 (es decir, el que es objeto de ejecución forzosa según el expediente remitido), y mediante acuerdo de 13 de noviembre de 2009 en lo referente a las actividades extractivas (acto del que nada consta en el expediente que nos ocupa). Respecto de ambos acuerdos, el compareciente solicita su ejecución al Ayuntamiento, lo que manifiesta a los efectos del artículo 29.2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

**SEXTO.-** La Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Santomera, en sesión celebrada el 22 de Enero de 2010, acordó la ejecución subsidiaria de la mencionada resolución de 12 de diciembre de 2008, en los siguientes términos:

*"PRIMERO: Ordenar la ejecución subsidiaria municipal de la sanción impuesta de clausura definitiva y total de todas las instalaciones y maquinaria destinadas a la planta de hormigón en el paraje de el x., y suspensión de cualquier género de actividad de la citada planta industrial de hormigón, al amparo de lo determinado en el art. 98 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de*

1992, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

*SEGUNDO: Requerir a la Policía Local de Santomera, asistida por los técnicos municipales destinados al departamento de aperturas y medio ambiente del Área de Urbanismo de este Ayuntamiento, para que procedan al precinto de las instalaciones y maquinaria destinadas a la planta de hormigón sitas en el interior de la cantera ubicada en el paraje de el x., a los efectos de proceder a la inmediata suspensión de cualquier género de actividad de la citada planta industrial de hormigón.*

*La referida sanción deberá ser ejecutada previa la supervisión técnica que proceda, a cuyo efecto la mercantil x. habrá de adoptar las medidas adecuadas para la paralización de los trabajos con pleno respeto a la seguridad de las instalaciones, seguridad y salud laboral de los trabajadores, respeto al medioambiente, así como cuantas medidas establezca la legislación sectorial en materia industrial, debiendo cursar las correspondientes solicitudes de baja a las empresas suministradoras de los servicios de energía eléctrica y agua que abastezcan a dicha planta de hormigón.*

*TERCERO: Requerir al Cuerpo de la Policía Local del Ayuntamiento de Santomera para que emitan informe en relación al cumplimiento forzoso de la sanción de clausura definitiva y total de todas las instalaciones y maquinaria destinadas a la planta de hormigón en el paraje de el x. y suspensión de cualquier género de actividad de la citada planta industrial de hormigón.*

*CUARTO: Igualmente se requiere informe al Cuerpo de la Policía Local del Ayuntamiento de Santomera en relación al cumplimiento de la medida de restauración de los terrenos, consistente en el desmantelamiento de la instalación industrial destinada a la producción de hormigón, retirada de todos los materiales y maquinaria de la misma, debiendo adecuar y limpiar los terrenos sobre los que se haya realizado actividad industrial de producción, transporte o depósito de hormigón, devolviéndolos al estado original anterior al establecimiento de dicha instalación industrial.*

*QUINTO: Remitir al Juzgado de Instrucción que por reparto corresponda el expediente de referencia, para la posible determinación de responsabilidades por posible desobediencia a la autoridad en relación a la demora en la clausura y suspensión de la actividad impuesta”.*

**SÉPTIMO.-** Con fecha de 29 de Enero de 2010, x. interpuso un denominado “recurso para la revisión” del citado acuerdo de 22 de Enero de 2010, alegando, en síntesis, su nulidad de pleno Derecho, por omisión de un requisito esencial como resulta ser el previo apercibimiento (de la

ejecución forzosa) a que se refiere el artículo 95 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), acto con el que debía otorgarse a la empresa un plazo prudencial para ejecutar lo ordenado. Alega además que de la ejecución inmediata del referido acuerdo municipal se derivarían graves perjuicios económicos, por la pérdida de materiales y destrucción de las instalaciones y maquinarias, de imposible reparación, y la pérdida de puestos de trabajo, y que no resulta conveniente la directa ejecución de dicho acuerdo por parte del personal municipal no especializado, calificando las medidas de restauración impuestas como una obligación personalísima que sólo podría ejecutarse por personal de la propia empresa, debido a su dificultad técnica. Asimismo, alega que no se ha elaborado la correspondiente valoración económica a la que ascenderían los trabajos de restauración, lo que le causa indefensión, por no poder determinar las posibilidades económicas para hacer frente a los mismos. Junto con su anulación, la interesada solicita la suspensión inmediata de la ejecución del acuerdo recurrido.

**OCTAVO.-** El 5 de febrero de 2010, el Secretario del Ayuntamiento de Santomera emite informe en el que, en síntesis, y partiendo de la ejecutividad y firmeza del acuerdo municipal de 12 de diciembre de 2008, considera, a los efectos de analizar la legalidad de las actuaciones municipales tendentes a la ejecución forzosa de dicho acto (tanto la imposición de las cinco multas coercitivas como el posterior acuerdo de ejecución subsidiaria), que el artículo 95 LPAC exige que, previamente a la ejecución forzosa de los actos administrativos, se dirija al interesado un apercibimiento, con otorgamiento de un plazo prudencial y suficiente, para que proceda a cumplir voluntariamente con lo ordenado, con la necesaria claridad y precisión, citando sentencias al respecto. Y a tal efecto estima que el Ayuntamiento omitió dicho apercibimiento, por lo que los indicados actos de ejecución forzosa se encuentran incursos en la causa de nulidad de pleno Derecho prevista en el artículo 62.1, e) LPAC, por lo que procede que el Ayuntamiento incoe de oficio un procedimiento para la revisión y consiguiente declaración de nulidad de tales actos administrativos. (Se deduce que para que, a partir de tal nulidad de actuaciones, el Ayuntamiento proceda a realizar el apercibimiento omitido y continuar luego con el procedimiento de ejecución del tan repetido acuerdo municipal de 12 de diciembre de 2008).

Asimismo, considera que debe admitirse a trámite el recurso interpuesto en su día por x. para la revisión del acuerdo de 22 de enero de 2010, pues dicho acto es impugnabile (en contra de lo indicado erróneamente en la correspondiente notificación) y que, aunque en dicho recurso no se impugnan los acuerdos por los que se le impusieron las multas coercitivas, ello no es óbice para que los mismos puedan ser objeto del procedimiento de revisión que, de oficio, debe incoar el Ayuntamiento, al amparo del artículo 102 LPAC.

Finalmente, realiza otras consideraciones sobre el resto de alegaciones contenidas en el recurso (en principio innecesarias en este momento, dado que el informe propone la declaración de nulidad de los actos en cuestión, para que se proceda a realizar el indicado apercibimiento), relativas al invocado carácter personalísimo de la ejecución de las medidas impuestas por el Ayuntamiento, la improcedencia, por desproporcionada e inadecuada, de su ejecución subsidiaria municipal y a la falta de valoración económica de las actuaciones ordenadas para la restauración de los terrenos al estado anterior al de la comisión de la infracción. Sobre todas estas cuestiones señala que deben desestimarse las correspondientes alegaciones. Destaca en este punto la consideración del informe atinente a la última de las cuestiones indicadas, señalando al respecto que, en lo referente a la restauración de los terrenos y el desmantelamiento de las instalaciones, el acuerdo de ejecución subsidiaria no dispone otra cosa que requerir a la Policía Local para que emita informe sobre su cumplimiento voluntario por el infractor (a diferencia de lo ordenado sobre la clausura inmediata de la planta, se deduce).

**NOVENO.-** En sesión celebrada el 25 de febrero de 2010, y a la vista del indicado informe, el Pleno del Ayuntamiento de Santomera acordó iniciar de oficio un procedimiento para la revisión y declaración de nulidad de los actos administrativos a que se refiere el citado informe, es decir, de sus acuerdos adoptados el 17 de julio, 11 de septiembre (dos), 16 de octubre y 6 de noviembre de 2009, de imposición de multas coercitivas, y el de 22 de enero de 2010, de ejecución subsidiaria municipal del acuerdo de 12 diciembre de 2008, admitiendo asimismo a trámite el recurso presentado por la empresa, suspendiendo la ejecución de los referidos actos y otorgando a los interesados un plazo de 15 días hábiles de audiencia y vista del expediente.

**DÉCIMO.-** Notificado dicho acuerdo a la empresa y al señor x., el 17 de marzo de 2010 este último presenta escrito en el que no se opone a la revisión de oficio, en aras de la mayor seguridad jurídica del proceso de ejecución de la resolución de 12 de diciembre de 2008, si bien añade que, una vez se declare la nulidad de los actos cuestionados, se proceda a realizar en legal forma el apercibimiento de ejecución forzosa que se considera omitido, y que, en tanto se tramita la revisión de oficio, puede solicitarse un informe técnico para que se determine el plazo necesario para ejecutar la paralización de la actividad, retirada de la maquinaria y restauración del terreno.

**DECIMOPRIMERO.-** El 26 de marzo de 2010, la Policía Local del Ayuntamiento informa que, en visita de inspección, se comprueba que la planta de hormigón no ha sido clausurada y no se ha producido su desmantelamiento ni la restauración del terreno, continuando la actividad de fabricación de hormigón.

**DECIMOSEGUNDO.-** En la fecha y por el órgano indicado en el encabezamiento del presente, se solicita Dictamen preceptivo de este Consejo Jurídico, acompañando el expediente, con su índice reglamentario.

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 procedimiento de revisión de oficio de diversos actos administrativos del Ayuntamiento de Santomera, concurriendo así el supuesto previsto en el artículo 102 LPAC y 12.6 de la ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia.

#### **SEGUNDA.- Cuestiones formales.**

Aunque el expediente remitido no contiene una formal propuesta de resolución que culmine las actuaciones realizadas en el procedimiento objeto de Dictamen, la inexistencia de alegaciones en oposición a la pretensión revisoria contenida en el acuerdo municipal de iniciación del presente procedimiento, unido a la petición de Dictamen realizada por el Alcalde, permiten considerar como tal propuesta de resolución, a los solos efectos de conformar la pretensión municipal que debe ser objeto de este Dictamen, al citado acuerdo de iniciación, unido al informe jurídico emitido por el Secretario del Ayuntamiento reseñado en el Antecedente Octavo. Ello sin perjuicio de la formal propuesta de resolución que deberá elevarse en su día al Pleno del Ayuntamiento, para que adopte la resolución procedente.

Sin perjuicio de lo anterior, no hay objeciones sustanciales que realizar a la tramitación realizada.

**TERCERA.- Objeto del Dictamen: procedimiento de revisión de oficio iniciado por el Ayuntamiento y no a instancia de parte. Caducidad del mismo. Improcedencia de iniciar uno nuevo con el mismo objeto que el caducado. Deber de resolver expresamente los recursos de reposición interpuestos por x. contra diversos acuerdos municipales de imposición de multas coercitivas y contra el acuerdo de ejecución subsidiaria de la resolución de 12 de diciembre de 2008.**

I. A partir de la invocación de un motivo de nulidad de pleno Derecho contenido en el denominado “*recurso para la revisión*” interpuesto por la empresa contra el acuerdo municipal de 22 de enero de 2010 (que acordó la ejecución subsidiaria del de 12 de diciembre de 2008), el informe del Secretario del Ayuntamiento obrante en el expediente viene a considerar que el cauce adecuado para declarar la nulidad radical de dicho acto, así como la de los previos acuerdos municipales que impusieron a la empresa cinco multas coercitivas (que el informe considera igualmente incursos en tal nulidad de pleno Derecho, aunque la empresa no los impugne en dicho recurso), es mediante la iniciación por el Ayuntamiento, por decisión propia, del especial procedimiento de revisión de oficio previsto en el artículo 102 LPAC, a lo que así ha procedido su Pleno mediante acuerdo de 25 de febrero de 2010. Además, este acto propone “*admitir*” el citado recurso, en el sentido de que en tal procedimiento revisorio se estimen las alegaciones contenidas en aquél tendentes a que se declare la nulidad de pleno Derecho del acuerdo de 22 de enero de 2010. Esto es, se pretende una especie de “*acumulación*” del indicado recurso al procedimiento especial revisorio que se entiende que había que iniciar por decisión propia del Ayuntamiento para declarar la nulidad de pleno Derecho de dicho acto y de aquellos por los que se impusieron a la empresa cinco multas coercitivas. De considerarse que se está ante un procedimiento iniciado por decisión del Ayuntamiento, estaría caducado, ex artículo 102.5 LPAC, por haber transcurrido más de tres meses desde su iniciación sin haberse acordado previamente la suspensión de dicho plazo por razón de la solicitud de Dictamen a este Consejo Jurídico.

Cabría plantearse, no obstante, si acaso lo tácitamente realizado por el Ayuntamiento en el acuerdo de iniciación del procedimiento que nos ocupa es, en realidad, una recalificación de tal recurso como una instancia de nulidad de pleno Derecho mediante la que la empresa hubiera pretendido promover uno de estos especiales procedimientos revisorios; de ser así, se estaría ante un procedimiento de revisión de oficio iniciado a instancia de parte, como también permite el citado artículo 102 LPAC, y no procedería entonces la caducidad. Sin embargo, tal hipótesis ha de descartarse por varias razones: a) por los términos del informe del Secretario que sirve de fundamento al acuerdo de iniciación, que apuntan, como se dice, a una iniciación por decisión municipal, y a la procedencia de admitir a trámite el citado recurso (corrigiendo así el informe la previa indicación de inimpugnabilidad del acto recurrido contenida en su notificación); b) porque en el posterior acuerdo de iniciación se sigue calificando al escrito de x. como recurso, del que, en coherencia con lo dicho por el citado informe, se propone su admisión como tal (y no su recalificación como instancia de nulidad de pleno Derecho); y c) fundamentalmente, porque no hay razón jurídica para proceder a tal hipotética recalificación, ya que la empresa interpone en tiempo y forma un escrito impugnatorio contra un acto municipal que es susceptible de recurso potestativo

de reposición, lo que determina en este caso que así deba calificarse dicho recurso, más allá de la ambigüedad de su expresada denominación (“recurso para la revisión”), provocada seguramente por la indicación de inimpugnabilidad del acto que se contenía en el oficio de su notificación.

Conforme con lo anterior, el procedimiento de revisión de oficio de que se trata, iniciado por el Ayuntamiento, está incurso en caducidad, por haber transcurrido desde su iniciación el plazo máximo de tres meses a que se refiere el artículo 102.5 LPAC, por lo que procede que el Pleno así lo declare.

II. Declarada dicha caducidad, se plantea cuál ha de ser el siguiente proceder municipal para analizar y declarar, si procediera, la planteada nulidad de pleno Derecho de los actos en cuestión: si ha de iniciarse otro procedimiento de revisión de oficio con el mismo objeto que el caducado o si a tal efecto es cauce adecuado el de la resolución expresa del citado recurso y de los recursos de reposición (éstos así expresa y correctamente calificados) interpuestos temporáneamente en su día por la empresa contra cuatro de los cinco acuerdos por los que se le impusieron multas coercitivas de 3.001 euros cada una, recursos cuya resolución expresa no consta que se haya producido.

La respuesta ya la dimos, para un caso análogo al presente, en nuestro Dictamen nº 27/05, de 21 de febrero: *“el artículo 107.1 LPAC dispone con claridad que los recursos administrativos ordinarios (alzada y reposición) pueden fundarse en “cualquiera de los motivos de nulidad o anulabilidad previstos en los artículos 62 y 63” de la misma. Además, su artículo 113.3 especifica que el recurso decidirá “cuantas cuestiones, tanto de forma como de fondo, plantee el procedimiento, hayan sido o no alegadas por los interesados”, si bien la resolución “será congruente con las peticiones formuladas por el recurrente, sin que en ningún caso pueda agravarse su situación inicial”. Se trata, por tanto (el del correspondiente recurso ordinario) de un procedimiento administrativo de “plena jurisdicción”, si utilizamos un símil procesal, para decidir sobre cualquier vicio jurídico, incluyendo la posible nulidad radical que pueda advertirse en el acto recurrido.*

*Por su parte, aun cuando el artículo 102.1 establezca “in genere” la posibilidad de que se incoe un procedimiento revisorio para declarar la nulidad de actos que hayan puesto fin a la vía administrativa (caso de la Orden de adjudicación que nos ocupa) “o” de actos que no hayan sido recurridos en plazo, si existe un recurso ordinario interpuesto en plazo en el que la Administración, como vemos, tiene plena competencia para resolver las cuestiones que se plantean, incluida la*



*nulidad radical del acto recurrido, no procede que, de oficio, la Administración inicie un procedimiento revisorio.”*

Quiere decirse, pues, que lo procedente es abordar, en el seno de los recursos de reposición presentados y aún no resueltos, todas las cuestiones jurídicas suscitadas, hayan sido o no planteadas en tales recursos.

En consecuencia, una vez declarada la caducidad del procedimiento de revisión de oficio objeto del presente Dictamen, no procederá iniciar otro con el mismo objeto, sino proceder a la resolución expresa de los referidos recursos de reposición, en los términos que seguidamente se indican, dado el interés para el Ayuntamiento de las cuestiones planteadas en el expediente.

**CUARTA.- Análisis del fondo de la cuestión. El acto que se pretende ejecutar forzosamente: el acuerdo municipal de 12 de diciembre de 2008. El incumplimiento voluntario de la empresa de lo ordenado en el mismo. El apercibimiento previo al procedimiento de ejecución forzosa: existencia y validez. El posterior procedimiento de ejecución forzosa: la imposición de multas coercitivas y el acuerdo de ejecución subsidiaria de 22 de enero de 2010.**

I. El título ejecutivo: el acuerdo municipal de 12 de diciembre de 2008. Ejecutividad y firmeza. Análisis de su contenido. El incumplimiento de la empresa.

Partiendo de la indiscutida ejecutividad de los actos administrativos afirmada por el artículo 94 LPAC, debe reconocerse tal condición ejecutiva al acuerdo municipal de 12 de diciembre de 2008, en tanto no consta que su eficacia hubiera quedado suspendida judicialmente; de hecho, tal acto ha de considerarse, además, firme, pues no consta que esté pendiente de recurso alguno. El informe del Secretario alude a que dicho acuerdo fue recurrido por la empresa ante la jurisdicción contencioso-administrativa y que el recurso fue declarado caducado, según el correspondiente Auto obrante en el expediente. Aunque en dicho Auto no se identifica el acto recurrido, hemos de partir efectivamente de la indicada ejecutividad y firmeza de dicho acuerdo, en tanto no se ha acreditado lo contrario. En este punto, el hecho de que la empresa hubiera recurrido judicialmente otro acto distinto al que nos ocupa, como es el acuerdo municipal por el que se le denegó el otorgamiento de licencia municipal para la planta de hormigón (como así alegó en los recursos de reposición contra las multas coercitivas impuestas, vid. Antecedente Cuarto), en nada obsta a la ejecutividad y firmeza del acto que ahora se trata de ejecutar, que tiene un contenido propio y distinto al de este otro acto, constituyendo, pues, un título ejecutivo plenamente válido y ejecutable.

En consecuencia, a partir de lo anterior, la empresa estaba obligada a cumplir voluntariamente con las actuaciones ordenadas en el citado acuerdo de 12 de diciembre de 2008, siempre que el nivel de concreción de las obligaciones allí impuestas permitiera a la empresa proceder a su realización sin necesidad de un acto administrativo posterior al efecto, como resulta lógico e indiscutido y así reconoce la jurisprudencia. Interesa aclarar que se trata de determinar ahora, en primer lugar, si las obligaciones impuestas por el referido acto reunían los requisitos de concreción necesarios para que tuvieran que ser cumplidas por la empresa desde el momento mismo de la notificación de dicho acuerdo. Posteriormente se analizará lo relativo propiamente a su ejecución forzosa, en concreto, si puede considerarse que en el acto a ejecutar se realizó el apercibimiento de proceder a la ejecución forzosa (caso de incumplimiento voluntario del acto) a que se refiere el artículo 95 LPAC; y, en caso afirmativo, si dicho apercibimiento debe considerarse válido para habilitar el posterior procedimiento de ejecución forzosa realizado por el Ayuntamiento mediante los sucesivos acuerdos de imposición de multas coercitivas y de ejecución subsidiaria, cuya validez jurídica es la cuestión central del presente expediente.

Partiendo de lo anterior, el análisis del contenido dispositivo del referido acto o título ejecutivo (transcrito literalmente en el Antecedente Segundo), revela la diversa índole de sus determinaciones:

1º En primer lugar, el acto ordena el cese de la actividad en cuestión y la consiguiente clausura de las instalaciones de la planta de hormigón. Se trata de la “sanción” prevista en la normativa ambiental, aplicable a la infracción cometida. En consecuencia con tal cese y clausura, y para asegurar su efectividad, se ordena también que se curse la baja de los correspondientes servicios de electricidad y agua de la planta.

2º En segundo lugar, y en un orden lógico, ordena el desmantelamiento de las instalaciones, mediante la retirada de los materiales y maquinaria correspondiente, y la limpieza y adecuación de los terrenos ocupados por las mismas; complementariamente, ordena que la empresa curse ante el órgano competente en materia de industria las correspondientes solicitudes de baja de las instalaciones. Todas estas medidas se califican expresamente como de restauración de la situación al estado anterior a la comisión de la infracción, y se otorga un plazo de dos meses para ello, previa presentación al Ayuntamiento del correspondiente proyecto de restauración debidamente visado (se entiende que para determinar en él las concretas actuaciones de restauración de terrenos, mediante su consideración y aprobación por el Ayuntamiento y su posterior ejecución por la empresa). Y se fija un plazo de dos meses para todo ello.

Conforme con tales determinaciones, puede decirse que, en todo caso, la empresa debía cumplir, en el plazo de dos meses indicado en el acuerdo en cuestión, con lo siguiente:

-Cesar en la actividad y clausurar las instalaciones.

-Cursar las solicitudes de baja de los servicios de electricidad y agua.

-Presentar ante el Ayuntamiento un proyecto de restauración de la situación al estado anterior a la comisión de la infracción, lo que debía comprender lo relativo al desmantelamiento y retirada de las instalaciones, limpieza y adecuación del terreno ocupado y la solicitud de baja de las instalaciones ante las autoridades de industria.

Se tratan todas ellas de determinaciones que cumplen con los mínimos requisitos de concreción para obligar a su destinatario: cesar en la actividad y clausurar las instalaciones es algo perfectamente determinado, al igual que presentar un proyecto para el desmantelamiento y retirada de las instalaciones y la restauración del terreno (sin perjuicio de lo que luego pudiera modificarse del mismo, durante la tramitación de su aprobación). De esta forma, lo que debía cumplir la empresa en el plazo indicado era el cese y clausura de la actividad, la presentación de las solicitudes de baja de los servicios mencionados y la presentación del reseñado proyecto. A este respecto debe decirse que no recurrió la legalidad de tales determinaciones, incluyendo la suficiencia del plazo entonces concedido, ni nada ha acreditado en contrario con posterioridad. Pero es que, además, y sobre este último punto del plazo, debe destacarse que el mismo ha de considerarse ampliado “*de facto*” por el Ayuntamiento, en la medida en que no se acordó proceder a la ejecución forzosa del acuerdo sino hasta siete meses después de su dictado y notificación. Dicha ejecución forzosa debe considerarse iniciada con la imposición de la primera multa coercitiva, acordada el 17 de julio de 2009. Y, acordada tal ejecución forzosa, la empresa ha dispuesto efectivamente de un plazo aún más amplio, en tanto que el acuerdo ordenando la ejecución subsidiaria municipal no se dictó hasta el 22 de enero de 2010, es decir, más de dos años después del dictado del acuerdo que imponía las indicadas obligaciones. En consecuencia, ningún reparo puede oponerse en orden a la suficiencia del plazo para cumplir voluntariamente con las mismas (Ello se entiende sin perjuicio de lo que se dirá seguidamente sobre la frecuencia de las multas coercitivas impuestas).

En consecuencia, incumplido por la empresa su deber de ejecutar voluntariamente lo ordenado por el acuerdo de 12 de diciembre de 2008, en los términos antes expuestos, se plantea

ahora la legalidad de las posteriores actuaciones de ejecución forzosa de dichas determinaciones, a cuyo efecto el Ayuntamiento y la empresa recurrente estiman que las actuaciones ejecutorias realizadas son inválidas porque no fueron precedidas del apercibimiento previsto en el artículo 95 LPAC.

II. El apercibimiento previsto en el artículo 95 LPAC como presupuesto habilitante del posterior procedimiento de ejecución forzosa. Existencia y validez del apercibimiento contenido en el acuerdo de 12 de diciembre de 2008.

El artículo 95 LPAC establece que *“las Administraciones Públicas, a través de sus órganos competentes en cada caso, podrán proceder, previo apercibimiento, a la ejecución forzosa de los actos administrativos, salvo en los supuestos en que se suspenda la ejecución de acuerdo con la ley, o cuando la Constitución o la ley exijan la intervención de los Tribunales.”*

Como puede verse, para proceder a la ejecución forzosa de un acto administrativo ejecutivo (como es el caso del que nos ocupa) el precepto no exige otra cosa que la previa existencia de un apercibimiento al interesado. Nada establece sobre el hecho de que tal apercibimiento no pueda hacerse en el mismo acto en el que se debe cumplir voluntariamente (el llamado título ejecutivo), y deba hacerse necesariamente en un acto posterior, y menos aún que en tal hipotético acto posterior debiera otorgarse un nuevo plazo para cumplir lo ordenado en su día por el acto a ejecutar. La jurisprudencia revela que los casos en que ha estimado procedente un posterior acto de apercibimiento, con fijación en el mismo de un plazo de ejecución voluntaria para cumplir lo ordenado por el previo acto a ejecutar, son aquellos en los que este último no contenía una delimitación precisa de las obligaciones a cumplir por el destinatario, incluyendo la fijación de un plazo al efecto, o porque no incluía el apercibimiento de su ejecución forzosa para el caso de su incumplimiento en el plazo allí indicado. Si el título ejecutivo reúne todos los requisitos para que pueda ser cumplido voluntariamente por el obligado, y en él se le apercibe de ejecución forzosa, exigir un posterior acto de apercibimiento y el establecimiento de un nuevo plazo para el cumplimiento voluntario del acto a ejecutar vendría a constituir una suerte de duplicación del título ejecutivo, privando así en todo caso, en la práctica, de virtualidad propia al primeramente adoptado, lo que en modo alguno se desprende del comentado artículo 95 LPAC.

En el sentido expuesto, resulta especialmente clara la STSJ de Andalucía, Sevilla, Sala de lo Contencioso- Administrativo, de 26 de enero de 2000, que expresa lo siguiente:

*“El demandante alega la nulidad de los acuerdos recurridos en cuanto que vulneran lo establecido en los vigentes arts. 95 y 98 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre (anteriores arts. 102 y 106 de la LPA) al omitirse el preceptivo y previo requerimiento al obligado para proceder a la ejecución forzosa y subsidiaria de los actos administrativos.*

*Al respecto hay que señalar que es cierto que requisito común a la utilización de cualquiera de los medios de ejecución forzosa previsto en la Ley de Procedimiento Administrativo es el «apercibimiento» previo, entendido dicho vocablo como posibilidad de que el administrado voluntariamente ejecute lo ordenado en la resolución administrativa. No se trata, por tanto, del cumplimiento de una exigencia formal, sino de la concesión de una posibilidad, cual es la de que el obligado disponga del tiempo suficiente para cumplir por propia voluntad aquello que ya le es exigible que haga”.*

Lo anterior se ve plasmado en numerosos casos en los que se ha impugnado la ejecución forzosa de un previo acto administrativo, como en el abordado por la STSJ de Madrid, Sala de lo Contencioso- Administrativo, de 24 de octubre de 2000:

*“En el caso de autos la Administración demandada cumplió la obligación de requerir previamente a la propiedad para que retirara la valla de obras en un plazo adecuado y la de notificarle, al no haberse cumplido la orden recibida, el decreto de ejecución sustitutoria: El expediente administrativo evidencia que el decreto de 27.2.97, en el que se ordenó la retirada de la valla en un plazo de 10 días y con advertencia de ejecución subsidiaria, fue notificado el siguiente 14 de marzo a una empleada, extremo que fue confirmado por escrito de la recurrente fechado en 24.3.97, por el que se solicitó una prórroga; el precitado decreto quedó firme y consentido, al no haber sido recurrido. Con fecha de 11.4.97, se dictó el decreto que acordó la ejecución subsidiaria, sin que constituya óbice de su validez la circunstancia de no haberse contestado a la solicitud de prórroga. (...) En estas circunstancias, al haberse efectuado a la parte actora el apercibimiento previo, con lo que ha podido verificar el objeto de la obligación que se le imponía y la validez de la orden de retirada de la valla, que dejó firme y consentida, y al haber tenido la posibilidad de efectuar las obras por sí misma, resulta incuestionable que se han cumplido en el caso presente los presupuestos habilitantes de la ejecución sustitutoria...”.*

Sobre esta cuestión conviene añadir que la STS, Sala 3ª, de 6 de junio de 1997, citada en el informe del Secretario para justificar que es necesario que se adopte un formal acto de apercibimiento posterior al acto a ejecutar, en el que se otorgue al interesado una nueva oportunidad y plazo de ejecución voluntaria, aunque el acto a ejecutar ya contuviera un plazo al

respecto y apercibiera de ejecución forzosa, nada dice en este sentido. El párrafo que de la misma se transcribe en dicho informe sobre este concreto punto no figura en los repertorios de jurisprudencia disponibles; por el contrario, la sentencia se limita a señalar que al interesado ha de dirigírsele el oportuno apercibimiento, sin más, concediéndole el plazo que se considere razonable para el cumplimiento de lo ordenado y con descripción precisa de lo que tiene que cumplir; y anula el acuerdo recurrido por adolecer de la necesaria concreción, y no por otra causa.

Conforme con lo expuesto, en el caso que nos ocupa se advierte que el acuerdo de 12 de diciembre de 2008 incluyó el correspondiente apercibimiento de ejecución forzosa para el caso de no cumplir el interesado voluntariamente las determinaciones ordenadas en el mismo, a que antes se hizo referencia. Así se desprende con claridad de la lectura del penúltimo párrafo de dicho acuerdo, transcrito en el Antecedente Segundo, donde se apercibe a la empresa de la posibilidad de imponerle multas coercitivas o acordar la ejecución subsidiaria de no cumplir con lo ordenado sobre el desmantelamiento de las instalaciones y medidas anejas (y, obviamente, con el previo cese de la actividad y la clausura de aquéllas). Ello permite considerar plenamente cumplido el requisito legal del apercibimiento, por lo que los posteriores actos de ejecución forzosa adoptados por el Ayuntamiento no están incursos en ilegalidad por esta causa, por lo que ya se puede anticipar que los recursos interpuestos contra dichos actos de ejecución forzosa no pueden estimarse con base en este motivo.

III. El procedimiento de ejecución forzosa: los acuerdos de imposición de multas coercitivas y el posterior acuerdo de ejecución subsidiaria.

1. Siguiendo un orden lógico y temporal de los actos de ejecución forzosa adoptados por el Ayuntamiento respecto del tan repetido acuerdo de 12 de diciembre de 2008, se impone primeramente el análisis de los acuerdos por los que se impusieron a la empresa cinco multas coercitivas, previamente al dictado del acuerdo de ejecución subsidiaria.

A este respecto conviene recordar que, conforme con lo expuesto en la Consideración precedente, cuando el 17 de julio de 2009 el Ayuntamiento impone a la empresa la primera de las multas coercitivas, el procedimiento de ejecución forzosa del citado acuerdo estaba plenamente habilitado, pues la empresa había incumplido con creces el plazo establecido para realizar voluntariamente lo establecido en aquel acto, que contenía asimismo el necesario y válido apercibimiento de ejecución forzosa.

A partir de lo anterior, en la indicada fecha el Ayuntamiento acordó lícitamente utilizar uno de los medios de ejecución forzosa previstos en el artículo 96 LPAC, como es la imposición de una multa coercitiva, por importe de 3.001 euros, al amparo de lo previsto en el artículo 67.2 Ley regional 1/1995, citada en su momento. La imposición de estas multas tiene como objeto compeler a su destinatario a ejecutar por sí lo que hasta ese momento no ha realizado voluntariamente. Precisamente por ello, el artículo 99.1 LPAC establece que habrán de ser reiteradas, en su caso, *“por lapsos de tiempo que sean suficientes para cumplir lo ordenado”*. Dicho lapso de tiempo suficiente, establecido en atención a las concretas circunstancias del caso, es exigible independientemente de que la norma sectorial que prevea la correspondiente multa coercitiva pueda establecer un tiempo mínimo para su reiteración, es decir, que éste no excluirá la necesidad de respetar un lapso o tiempo mayor si así se desprende de la obligación a ejecutar.

Aplicado ello al caso que nos ocupa, debe señalarse que el plazo a tener en cuenta para que la empresa procediera voluntariamente a la ejecución de las obligaciones a que nos venimos refiriendo es el establecido en el mismo título ejecutivo o acto a ejecutar (STS, Sala 3ª, de 6-4-82), esto es, los dos meses allí fijados y no cuestionados. Conforme con ello, las dos multas impuestas el 11 de septiembre de 2009 infringen lo establecido en el indicado precepto de la LPAC, por imponerse antes de que transcurriera dicho lapso de tiempo, contado desde la imposición de la primera multa el 17 de julio anterior, por lo que deben ser anuladas mediante la estimación de los recursos de reposición interpuestos frente a los respectivos acuerdos que las impusieron. Por lo mismo, ningún reparo ha de oponerse a la multa decretada el 16 de octubre siguiente, al haber transcurrido entonces más de dos meses desde la impuesta validamente en julio anterior. Asimismo, la quinta y última multa, establecida el 6 de noviembre de 2009, resulta contraria al referido precepto, por acordarse antes de dos meses desde el dictado de la previa multa de octubre, pero no consta que dicho acuerdo hubiera sido recurrido en tiempo y forma, por lo que ha de considerarse firme.

En consecuencia, procede desestimar los recursos de reposición interpuestos contra los acuerdos de 17 de julio y 16 de octubre de 2009, y estimar los interpuestos contra los acuerdos de 11 de septiembre de 2009.

2. Por lo que se refiere al acuerdo de 22 de enero de 2010, ordenando la ejecución subsidiaria del acto de que se trata, ninguna invalidez se advierte en el mismo. Se trata de un medio de ejecución forzosa previsto en el artículo 96 LPAC, y se adopta transcurridos más de dos meses desde la última multa coercitiva validamente impuesta; y, como se dijo en su momento, más de dos años después de dictarse y notificarse el acto a ejecutar. Ya se ha razonado también que

éste incluyó el preceptivo y válido apercibimiento, pero es que, además, los acuerdos municipales de imposición de multas coercitivas contenían también unos nuevos y reiterados requerimientos a la empresa para el cumplimiento voluntario de sus obligaciones, lo que podría ser considerado como unas sucesivas reiteraciones de aquel primer apercibimiento.

Por lo que se refiere a su contenido, el acuerdo resulta plenamente coherente con las obligaciones que tenía que cumplir la empresa voluntariamente:

A) Respecto del cese y clausura de las instalaciones, acuerda validamente su ejecución subsidiaria por el Ayuntamiento, a cuyo efecto se dispone que la Policía Local proceda al precinto de las instalaciones, asistida de los técnicos municipales, ya que no es de recibo la alegación de que tales actuaciones son de carácter personalísimo y sólo las puede realizar el personal de la empresa.

A tal efecto, deberá fijarse fecha para la realización del precinto, con citación de la empresa, debiendo levantarse en su momento la correspondiente acta de lo realizado. Por lo que se refiere a la baja de los servicios de electricidad y agua, el acuerdo no dispone su ejecución subsidiaria, sino que viene a otorgar a la empresa una nueva posibilidad de hacerlo por sí misma, lo que no resulta contrario a Derecho, si bien en el caso de que en un plazo prudencial desde el cese y precinto no acreditase haber cursado las oportunas solicitudes, el Ayuntamiento deberá proceder también a la ejecución sustitutoria de dicha obligación.

B) En lo que se refiere a las medidas de restauración de la situación al estado anterior al de la comisión de la infracción (desmantelamiento y retirada de instalaciones y adecuación y limpieza de terrenos), el acuerdo de ejecución subsidiaria no dispone lo que hubiera sido en principio procedente en coherencia con la obligación impuesta en el acuerdo a ejecutar, incumplida por la empresa: establecer que por los servicios municipales, por sí o mediante la asistencia técnica de un tercero contratado al efecto, elaboren el correspondiente proyecto. El acuerdo en cuestión se ha limitado, sin embargo, a requerir un informe a la Policía Local sobre el cumplimiento de estas medidas (apartado cuarto), informe que se emitió el 26 de marzo de 2010, en el que se indicaba que la empresa no había ejecutado la referida obligación, lo cual era evidente, porque no constaba que hubiera presentado el referido proyecto (de hecho, no ha cesado en la actividad ni clausurado las instalaciones, vid. dicho informe, Antecedente Undécimo). Ello significa que, en este concreto aspecto, el Ayuntamiento aún no ha adoptado propiamente el acuerdo de ejecución subsidiaria de la antedicha obligación, probablemente por esperar a que la empresa la ejecute por sí misma una



vez compruebe que los servicios municipales han ejecutado efectivamente lo relativo al cese de la actividad y a la clausura y precinto de las instalaciones.

No obstante lo anterior, y para el caso de que el Ayuntamiento tuviera que acordar posteriormente la ejecución subsidiaria de estas medidas relativas a la elaboración y posterior ejecución de un proyecto de restauración, con el alcance antes indicado, debe señalarse que en el seno de la elaboración y aprobación municipal de dicho proyecto el Ayuntamiento podrá fijar la valoración económica estimada de las medidas de restauración procedentes, pues así lo permite el artículo 98. 4 LPAC. Dicho precepto establece que el coste de la ejecución subsidiaria (el importe de las medidas a ejecutar, incluidos daños y perjuicios que pudieran causarse) *“podrá liquidarse de forma provisional y realizarse antes de la ejecución, a reserva de la liquidación definitiva”*. Quiere decirse que dicho precepto habilita (no obliga) a la Administración a valorar y liquidar provisionalmente, antes de su efectiva ejecución, el importe de las actuaciones a ejecutar subsidiariamente, pero que la valoración previa –y su notificación al interesado- no es requisito necesario para proceder a la ejecución material, como pretende la empresa, que imputa invalidez al acto de ejecución subsidiaria recurrido por no incluir la valoración del coste de las medidas de restauración que en su momento pretenda ejecutar el Ayuntamiento. Frente a algunos pronunciamientos anteriores en otro sentido, la no obligatoriedad de incluir dicha valoración económica en el mismo acto que acuerde la ejecución subsidiaria es reconocida implícitamente por las SSTs, Sala 3ª, de 4 de enero de 1990 y de 27 de diciembre de 1994 (f.j. 2º); su carácter facultativo para la Administración es afirmado expresamente por la STS, Sala 3ª, de 26 de noviembre de 1998, trayendo a colación a tal efecto lo dispuesto en el artículo 106.4 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958, sustancialmente igual al artículo 98.4 LPAC hoy vigente.

Así, en el fundamento jurídico cuarto de esta última sentencia, y en relación con un recurrido acto que acuerda la ejecución subsidiaria municipal de un derribo, expresa lo siguiente:

*“Se alega ahora un argumento nuevo, que nunca fue utilizado en vía administrativa ni en esta judicial y es que el acto impugnado infringe el artículo 106 de la Ley de Procedimiento Administrativo por cuanto no se puso en previo conocimiento del obligado el importe de los gastos del derribo. Sin embargo, el precepto no exige tal cosa, sino que de su número cuatro parece deducirse precisamente lo contrario, porque si en él se permite que la exacción de los gastos sea cautelar, ello quiere decir que puede no serlo y, en tal caso, en ningún pasaje del precepto resulta exigida la comunicación previa del importe de los gastos.”*

Cuestión distinta es que, cuando se proceda a realizar la valoración de tales gastos (ya sea antes o después de la efectiva ejecución subsidiaria de las medidas de que se trate, es decir, ya se esté ante una liquidación provisional o definitiva al respecto), la Administración deba notificar a la empresa la propuesta, a los efectos de que pueda formular las oportunas alegaciones, dada su obvia condición de interesada, y que ésta pueda recurrir en su momento tal valoración; pero ello, se insiste, opera al margen de la ejecución subsidiaria de las medidas de que se trate.

De esta manera, la indicada STS ratifica implícitamente lo que venía siendo reconocido por la doctrina en el sentido de que la valoración y liquidación, previa a la ejecución, del coste de la ejecución subsidiaria de un acto administrativo se habilita legalmente para que la Administración tenga la posibilidad, si así lo considera, de exigir en tal momento su importe al ejecutado, para no tener que disponer recursos propios para afrontar la ejecución; y no, como pretende la empresa recurrente, para que el obligado a cumplir el acto decida si le interesa cumplirlo voluntariamente o satisfacer el importe que su ejecución forzosa le represente a la Administración.

Por último, resulta clara la desestimación del resto de alegaciones contenidas en el recurso, pues los perjuicios que representará a la empresa la ejecución subsidiaria son inherentes a la ejecutividad y firmeza del acto a ejecutar, que es consecuencia de la infracción cometida, por lo que tiene el deber jurídico de soportarlos.

En consecuencia con todo lo anterior, debe desestimarse el recurso de reposición interpuesto contra el acuerdo de 22 de enero de 2010 objeto de análisis, debiendo proceder luego el Ayuntamiento a su ejecución, en los términos indicados en la presente Consideración.

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

### **CONCLUSIONES**

**PRIMERA.**- Procede declarar la caducidad del procedimiento de revisión de oficio objeto del presente Dictamen, por las razones expresadas en su Consideración Tercera, I. En consecuencia, la propuesta de resolución objeto de Dictamen se informa desfavorablemente.

**SEGUNDA.**- Tras la indicada declaración de caducidad, no procederá que el Ayuntamiento inicie de oficio otro procedimiento con el mismo objeto que el caducado, sino proceder a resolver expresamente los recursos de reposición interpuestos contra los acuerdos municipales de 17 de Julio, 11 de Septiembre (dos) y 16 de Octubre de 2009, de imposición de las correspondientes

multas coercitivas a la empresa de referencia, y contra el acuerdo de 22 de enero de 2010, de ejecución subsidiaria del de 12 de diciembre de 2008, por las razones expresadas en la Consideración Tercera, II, del presente Dictamen.

**TERCERA**- La resolución de dichos recursos deberá ajustarse a lo indicado en la Consideración Cuarta, III, 1 del presente Dictamen, debiendo desestimarse los interpuestos contra los acuerdos de 17 de julio y 16 de octubre de 2009 y de 22 de enero de 2010, y estimarse los interpuestos contra los de 11 de septiembre de 2009.

**CUARTA**- Tras la desestimación del recurso de reposición interpuesto contra el acuerdo de 22 de enero de 2010, procederá su ejecución municipal, en los términos expresados en la Consideración Cuarta, III, 2.

No obstante, V.S. resolverá.



**DICTAMEN 149/2010**

**Asunto** Responsabilidad patrimonial instada por x, debida a accidente en centro universitario.

**Consultante** Consejero de Universidades, Empresa e Investigación

**Fecha** 03/08/2010

**Extracto de Doctrina**

Nota: igual doctrina que la expresada en el Dictamen 1/2010.



## DICTAMEN 150/2010

**Asunto** Proyecto de Decreto por el que se aprueba el Reglamento de la Renta Básica de Inserción de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.

**Consultante** Consejero de Política Social, Mujer e Inmigración (2007)

**Fecha** 03/08/2010

### Extracto de Doctrina

1. Como expresa la tan citada STSJ 733/2005, “ (...) para el ejercicio de la potestad reglamentaria, la Administración competente debe seguir el procedimiento legalmente establecido y (...) no puede dejar de consultar, cuando la Ley lo requiera, a los órganos correspondientes, puesto que la emisión de los informes legalmente preceptivos está ordenada a lograr el mayor acierto en la actividad administrativa”.

2. La aprobación de una norma cualquiera que sea su rango -según se dijo en el Dictamen 25/1998- requiere una buena armonización con el ordenamiento en que se inserta, para lo cual debe emplearse en su redacción una adecuada técnica normativa como instrumento al servicio de la seguridad jurídica. En los reglamentos generales de ejecución de ley, como es el caso consultado, es conveniente, además, que su estructura siga un orden lógico que respete, también, el orden propio de la Ley que se desarrolla. Un reglamento ejecutivo de una ley ha de reunir, a decir del Consejo de Estado (por todos, el Dictamen número 53.902, de 14 de diciembre de 1989) tres cualidades: ha de ser completo, claro y de fácil manejo.

3. Una de las características de la declaración responsable es que el interesado debe estar en condiciones de probar documentalmente lo que afirma (art. 71 bis, LPAC, aptdo. 1), efecto seguramente no pretendido por el precepto proyectado que, más bien, parece aspirar a que con la declaración del interesado se supla la prueba documental de hechos. Tal finalidad puede quedar fuera del régimen jurídico de la declaración responsable tal y como es regulada en la LPAC, pareciendo semejarse a la referida en el artículo 130.1,c) de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público.

4. La exigencia de atribución específica, que veta la posibilidad de un apoderamiento reglamentario general, sigue vigente, pero ahora ya no puede el Consejo de Gobierno efectuar una habilitación reglamentaria a los titulares de los Departamentos, pues por prescripción de la Ley 6/2004, aquella sólo podrá efectuarla una Ley o norma de rango legal, no un Decreto. Cuestión distinta es la potestad reglamentaria de los Consejeros en materias de ámbito interno de su Departamento, en las cuales no precisan de habilitación ninguna, pues la tienen reconocida ex lege, con el posible contenido que detalla el citado Dictamen 144/2005.

## **ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** En diciembre del 2007 el Director General de Pensiones, Valoración y Programas de Inclusión del Instituto Murciano de Acción Social propuso al Director Gerente de éste que impulsara la tramitación del Decreto de aprobación del reglamento de la Ley de Renta Básica de Inserción. El 18 de diciembre el texto (que no consta en el expediente) fue informado favorablemente por los Consejos Regionales de Servicios Sociales y de Minorías Étnicas.

**SEGUNDO.-** El 17 de marzo de 2008 fue evacuado el informe de impacto por razón de género, favorable al Proyecto, así como la Memoria justificativa (26 de marzo) y la económica (2 de abril); indica ésta que todas las actuaciones previstas cuentan con financiación en los presupuestos a través de las correspondientes partidas.

**TERCERO.-** Emitieron informe los siguientes órganos de la Administración regional:

- La Dirección General de Administración Local, que reconoce que el Proyecto respeta las competencias de las entidades locales, pero indica que se les debe dar audiencia (3 de junio de 2008).

- La Dirección General de Universidades informó el 16 de junio de 2008 indicando que las rentas procedentes de becas públicas o de entidades sin fin de lucro deberían estar exentas a efectos de calcular la renta básica de inserción.

- La Consejería de Sanidad no opuso reparos a la regulación propuesta, aunque formuló observaciones concretas (29 de mayo de 2008).

**CUARTO.-** El informe jurídico de la Vicesecretaría se emitió el 29 de julio de 2008, favorable aunque con advertencias sobre trámites ulteriores a los que debe someterse el Proyecto, cuyo primer borrador ya se adjunta.

**QUINTO.-** El Consejo Económico y Social de la Región de Murcia (CES) emitió su informe el 6 de noviembre de 2008, concluyendo en valorar positivamente el Proyecto, que regula un sistema claro; ello sin perjuicio de otras observaciones concretas sobre el articulado y sobre el procedimiento, especialmente sobre la conveniencia de consultas a los Ayuntamientos.

**SEXTO.-** Consta un nuevo texto del Proyecto, elaborado a partir de las observaciones formuladas por el CES y comentadas por el Servicio de Programas de Inclusión y Corresponsabilidad Social en informe de 23 de enero de 2009.

**SÉPTIMO.-** La Dirección de los Servicios Jurídicos emitió su preceptivo informe el 7 de abril de 2009. Considera que debió consultarse a los Ayuntamientos, aunque su representación en los Consejos de Servicios Sociales y de Minorías Étnicas “podría” dar lugar a entender que los municipios han tenido oportunidad de pronunciarse sobre el Proyecto. Tras efectuar unas observaciones generales sobre el carácter ejecutivo del reglamento y la doctrina del Consejo Jurídico sobre el procedimiento, desarrolla otras observaciones más concretas y particulares a diversos preceptos del articulado, incidiendo en cuestiones sobre técnica normativa, trayendo también la doctrina del Consejo al respecto.

**OCTAVO.-** Tras ello, un informe del Servicio de Programas de Inclusión y Corresponsabilidad Social recoge las observaciones incorporadas a raíz del informe anterior (19 de mayo de 2009). También a consecuencia de tal informe se reelaboró en sucesivas etapas la memoria económica especificando los gastos de aplicación del Proyecto cuando entrase en vigor (documentos de 16 de junio, 31 de julio y 26 de octubre de 2009).

**NOVENO.-** La Dirección General de Presupuestos (Consejería de Economía y Hacienda) emitió informe a los efectos previstos en la Disposición adicional del texto refundido de la Ley de Hacienda (Decreto Legislativo 1/1999, de 2 de diciembre), concluyendo que, a la vista de la memoria económica, los gastos que la aplicación de la norma provoca se consolidarán, probablemente, en ejercicios futuros.

Una vez elaborados los preceptivos índice de documentos y extracto de secretaría, e incorporado el texto definitivo del Proyecto, fue formulada la consulta, que tuvo entrada en el Consejo Jurídico en la fecha indicada.

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 ser un Proyecto de Decreto que desarrolla la Ley 3/2007, de 16 de marzo, de la Renta Básica de Inserción de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia (en adelante, Ley 3/2007).

**SEGUNDA.- Sobre el procedimiento.**

En términos generales se han cumplido los diferentes trámites que integran el procedimiento de elaboración de reglamentos, tal como los recoge el artículo 53 de la Ley 6/2004, de 28 diciembre, del Presidente y del Consejo de Gobierno, y se ha integrado el expediente con mayor rigor a raíz de los diferentes informes evacuados, especialmente del emitido por la Dirección de los Servicios Jurídicos. No por ello se deben dejar de advertir algunas particularidades de cierta relevancia, al margen de otros defectos menores, como la omisión del primer texto del Proyecto, que fue el informado favorablemente por los Consejos de Servicios Sociales y de Minorías Étnicas.

Entre otros requerimientos, el citado artículo 53 señala que el órgano directivo impulsor someterá el Proyecto que afecte a los derechos e intereses e legítimos de los ciudadanos al trámite de audiencia, bien directamente o a través de las organizaciones y asociaciones reconocidas por la Ley, que los agrupen o los representen y cuyos fines guarden relación directa con el objeto de la disposición, trámite del que cabe prescindir sólo si las organizaciones o asociaciones que agrupen o representen a los ciudadanos, hubieran participado por medio de informes o consultas en el proceso de elaboración. Añade el precepto en el apartado b) que *“la decisión sobre el procedimiento escogido para dar audiencia a los ciudadanos afectados deberá ser motivada por el órgano que acuerde la apertura de dicho trámite”*. Esta última circunstancia ha sido omitida en el procedimiento, de tal forma que se desconocen los motivos de la opción instructora elegida, aunque puede presumirse, en línea con lo destacado por la Dirección de los Servicios Jurídicos, que no se ha dado audiencia directamente a los interesados por haber participado las organizaciones representativas de los mismos en los Consejos de Servicios Sociales y de Minorías Étnicas, que tienen por función garantizar la participación de los distintos sectores sociales e institucionales del ámbito de los servicios sociales (art. 1 del Decreto 37/1987, de 28 mayo, y del Decreto 95/2004, de 24 de septiembre; también Dictamen 84/2006, de este Consejo Jurídico). No obstante, de ser así, hay que examinar la realidad de la participación, hecho que se desprende de los certificados correspondientes a las sesiones que se celebraron el 18 de diciembre de 2007, en las que los citados Consejos informaron favorablemente el asunto, en ambos casos fuera del orden del día, señalando uno de los miembros del Consejo de Minorías Étnicas que le hubiera gustado estudiar el reglamento con más tiempo. Se trata por tanto, según lo documentado, de una



participación de escasa intensidad, reducida al aspecto formal, porque lo que se ha producido es un mero conocimiento del contenido del Proyecto de reglamento, y difícilmente puede entenderse como informe de un órgano consultivo la “información” que facilita al mismo un Alto Cargo (STS, Sala 3ª, de 9 de marzo de 2010). En un caso así, la Sentencia 733/2005, de 27 de octubre, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de la Región de Murcia, consideró que el procedimiento carece de una parte sustancial de la opinión de los consultados, y constituye un vicio que puede aparejar la anulación de la norma.

Tanto la Dirección General de Administración Local como el CES han advertido que se debía consultar a los Ayuntamientos, opinión compartida por la Dirección de los Servicios Jurídicos, si bien ésta argumenta que la representación de aquéllos en los Consejos de Servicios Sociales y de Minorías Étnicas “podría” dar lugar a entender que han tenido oportunidad de pronunciarse sobre el Proyecto. Este argumento, sin embargo, debe considerarse descartado a la vista de que se aprecia la ausencia del preceptivo informe del Consejo Regional de Cooperación Local, creado por la Ley 9/1994, de 30 de diciembre. En efecto, su artículo 3.1,a) señala que es función del citado órgano consultivo la emisión de informes sobre los anteproyectos de ley y los proyectos de decreto reguladores de los distintos sectores de la acción pública de la Administración regional que afecten al ámbito de competencias de la Administración local. Resulta evidente que el Proyecto de Decreto a que se refiere este Dictamen regula un sector de la acción pública de la Administración regional que afecta al ámbito de competencias de la Administración local, las cuales ostentan atribuciones en la materia no sólo a través del artículo 25.2,k) de la Ley 7/1985, 2 de abril, de Bases de Régimen Local, sino también por atribución de la Ley regional 3/2003, de 10 de abril, de Servicios Sociales, y, por la asignación expresa que realiza la Ley 3/2007, a la que desarrolla este Proyecto (art. 47); en congruencia con ello, los artículos concordantes del Proyecto se refieren a las competencias que han de ejercitar las Corporaciones Locales en la instrucción de los procedimientos para el reconocimiento del derecho a la prestación, el seguimiento de la actividad de los beneficiarios y perceptores, y la gestión de las medidas de reinserción (arts. 40 y siguientes). En otro supuesto como este, la misma sentencia del TSJRM 733/2005, ya citada, consideró obligado solicitar el informe del Consejo Regional de Cooperación Local que, como dice la Exposición de Motivos de la Ley 9/94, también citada, es un órgano que pretende servir para crear un auténtico marco de entendimiento entre la Comunidad Autónoma y los municipios que en ella se comprenden, que evite disfuncionalidades y favorezca la cooperación y asistencia activas para el cumplimiento eficaz de sus tareas y que, según el artículo 1 de la Ley, es un órgano deliberante y consultivo de permanente colaboración entre la Administración de la Comunidad Autónoma y los entes locales de la región (en igual sentido, el Dictamen de este Consejo Jurídico 64/2002). Desde la perspectiva de la correcta interpretación del artículo 24.1 b), de la Ley estatal 50/1997, del

Gobierno, el anterior pronunciamiento ha sido confirmado por el TS en Sentencia de 20 de mayo de 2009, de su Sala de lo Contencioso-Administrativo. Advertida la ausencia del citado informe, hay que dejar constancia también de que las Corporaciones Locales no han podido expresar su opinión a través de los indicados Consejos de Servicios Sociales y de Minorías Étnicas de una forma suficientemente idónea como para entender cumplimentado el trámite de audiencia exigido por la citada Ley 9/1994 (En sentido similar las SSTS, Sala 3ª, de 8 de abril de 2003, de 9 de febrero y de 24 de noviembre de 2010).

En definitiva, como expresa la tan citada STSJ 733/2005, “ (...) para el ejercicio de la potestad reglamentaria, la Administración competente debe seguir el procedimiento legalmente establecido y (...) no puede dejar de consultar, cuando la Ley lo requiera, a los órganos correspondientes, puesto que la emisión de los informes legalmente preceptivos está ordenada a lograr el mayor acierto en la actividad administrativa”.

En cuanto a la memoria económica, a pesar de que se ha completado desde el punto de vista presupuestario ofreciendo una visión suficiente de lo proyectado, no ha terminado de dar pleno cumplimiento al mandato legal, que requiere una explicación sobre los costes a que dará lugar la norma. El artículo 53.1, párrafo final, distingue claramente entre la financiación de las medidas proyectadas (cobertura presupuestaria) y los costes de su aplicación para los órganos administrativos, no debiendo sustraerse dicha memoria a determinarlos, con independencia de los gastos que se originen, atendibles con los créditos ya consignados presupuestariamente.

**TERCERA.- Sobre el ajuste a la habilitación reglamentaria y la técnica normativa.**

I. La Ley 3/2007 establece en su Disposición final primera lo siguiente:

*“Se autoriza al Consejo de Gobierno para dictar cuantas disposiciones complementarias requiera el desarrollo de esta Ley. En el plazo de seis meses el Consejo de Gobierno elaborará el decreto por el que se desarrolle reglamentariamente el contenido de esta Ley”.*

Un abundante número de artículos de dicha Ley recoge concretas habilitaciones y remisiones al reglamento: 4.1; 6.2; 7.1, a), b), c), d); 7.2 y 3; 9.1 y 5; 10. 2 y 6; 11.2; 19; 20.2; 20.4; 33; 34.3; 36.4; 39.1; 41.3; 42.3; 45.1 y 48.

Se aprecia, por tanto, un amplio margen de desarrollo a la potestad reglamentaria, que cabe entender adecuadamente cumplido con el Proyecto sometido a Dictamen; puede observarse que responde de manera expresa a las remisiones recogidas en los artículos citados.

El inciso último de la citada Disposición final primera ordenó al Consejo de Gobierno que elaborara el reglamento en el plazo de 6 meses desde la entrada en vigor de la Ley, plazo que venció el 12 de enero de 2008, siendo necesario detenerse en examinar si el incumplimiento de tal plazo produce como efecto impedir el desarrollo reglamentario al que la Ley remite, privando al Consejo de Gobierno de la facultad expresamente conferida por haber caducado la habilitación.

De los términos en que está redactada la Disposición final primera en cuestión no parece que deba entenderse que el plazo concedido sea de caducidad, porque la verdadera habilitación para el desarrollo reglamentario se encuentra en el párrafo primero, siendo el segundo un deseo del legislador, específico y concreto, que no limita la facultad general previamente atribuida. En consecuencia, no deduciéndose otra cosa de la naturaleza del plazo, no cabe entender cancelada la potestad reglamentaria a pesar de no haberse respetado el plazo establecido (Dictamen del Consejo de Estado nº 49.214, de 8 de mayo de 1996, entre otros, y SSTS, Sala 3ª, de 12 de enero de 1990 y 18 de julio de 1991; también Dictamen de ese Consejo Jurídico 64/2002).

II. El Proyecto se compone de 87 artículos, 3 Disposiciones adicionales, 2 transitorias y 4 finales, y se estructura en 6 Títulos: el primero sobre disposiciones generales (arts. 1 y 2); el segundo relativo a la renta básica de inserción, con 8 capítulos y 44 artículos (del 3 al 47); el tercero, dedicado al reintegro, con 4 artículos; el cuarto se refiere al régimen sancionador, y tiene 2 capítulos y 5 artículos (del 52 al 56); el quinto, que regula las medidas de reinserción, tiene 4 capítulos y se contiene en los artículos 57 al 80; y el sexto, que tiene 7 artículos (del 81 al 87), regula los órganos de seguimiento y coordinación.

Han sido numerosas las ocasiones en las que el Consejo Jurídico ha formulado observaciones a propósito de la estructura y sistemática de los proyectos normativos consultados. Así, la Memoria del año 1998 y los Dictámenes que han tenido por objeto disposiciones de carácter general, contienen diversas consideraciones acerca de cuál debe ser la estructura de los Reglamentos en atención a su funcionalidad; la aprobación de una norma cualquiera que sea su rango -según se dijo en el Dictamen 25/1998- requiere una buena armonización con el ordenamiento en que se inserta, para lo cual debe emplearse en su redacción una adecuada técnica normativa como instrumento al servicio de la seguridad jurídica. En los reglamentos generales de ejecución de ley, como es el caso consultado, es conveniente, además, que su

estructura siga un orden lógico que respete, también, el orden propio de la Ley que se desarrolla. Un reglamento ejecutivo de una ley ha de reunir, a decir del Consejo de Estado (por todos, el Dictamen número 53.902, de 14 de diciembre de 1989) tres cualidades: ha de ser completo, claro y de fácil manejo.

A tales pautas responde el Proyecto sometido a Dictamen, cuyo contenido se estructura en títulos y capítulos (aunque también hubiera podido subdividirse en secciones el Capítulo III del Título V), y sigue, en general, el esquema trazado por la Ley 3/2007.

En este marco de adecuación del Proyecto a la finalidad conferida por la Ley a la que desarrolla, surgen, no obstante, algunas apreciaciones dignas de mención.

1) Concepción del Proyecto y reiteración de contenidos con rango de Ley. La necesidad, a veces, de dotar de plenitud a las regulaciones reglamentarias a la hora de desarrollar textos legales, propiciando que los reglamentos ofrezcan una regulación completa de la materia en cuestión, puede ser un objetivo deseable, pero no debe tal técnica de articulación, sin embargo, oscurecer el origen de los contenidos normativos confundiendo los de menor rango con los de superior, llevando, sin sentirlo, al riesgo de que posteriores reglamentos se entiendan legitimados para modificar preceptos que, en realidad, están amparados por el principio de congelación legal del rango (Dictamen 12/1998).

Algunas de esas reiteraciones del Proyecto se revelan innecesarias (art. 1.2, inciso final); otros preceptos del Proyecto contienen formulaciones de gran alcance, no innovativas, que no constituyen, en sentido estricto, desarrollo de ley, y, aunque pueden tener cierto sentido sistemático y pedagógico, no son propias de un reglamento ejecutivo (arts. 3, 1,2, y 3; art. 4.1, art.5); otros preceptos son reiteraciones legales, más o menos fidedignas, que no cumplen una finalidad suficiente como para considerarlas necesarias o imprescindibles en el texto (art. 2, equivalente al 2 de la Ley; art. 11.1, que es equivalente al 8.1 de la Ley; 11.2, que es igual al 8.2 de la Ley; 11.4, igual que 8.3 de la Ley; artículo 27.1y 2, igual que el artículo 13 de la Ley; 42, que es casi idéntico al 21 de la Ley; Disposición adicional segunda); otras reiteraciones, sin separarse plenamente del sentido legal, se apartan de la redacción, sin que se advierta la necesidad, y con el riesgo de que pueda interpretarse en un sentido distinto (art. 26.1, segundo guión, respecto al 10.2,b) de la Ley); también hay remisiones innecesarias a la Ley 3/2007, como la que realiza el artículo 52, y reiteraciones del contenido de preceptos legales que, en realidad, lo alteran, como la Disposición final primera, que, volviendo a establecer la habilitación que ya contiene igual Disposición de dicha Ley, la difiere a la entrada en vigor del reglamento. Semejante efecto se produce también en el

artículo 9, apartado 3, letra b), que matiza el requisito de la edad con la siguiente expresión: “*Ser mayor de 18 años y menor de 25 (...)*”, lo que no es un desarrollo acertado de la Ley 3/2007, cuyo artículo 7.1, párrafo 2, lo refiere así: “*Tener una edad comprendida entre 18 y 25 años (...)*”.

En otras ocasiones, sin embargo, la reiteración de contenidos de la ley provoca insuficiencias en el contenido reglamentario: así sucede con el artículo 25. 1 del Proyecto, que, para ser fiel al mandato de desarrollo, no debe limitarse a recoger el contenido del artículo 11.1 de la Ley 3/2007, sino que debería señalar criterios u orientaciones para que la concesión de la ayuda sea en un plazo u otro, dentro del límite de 12 meses establecido por el mencionado artículo de la Ley; el artículo 40.1 párrafo segundo, por su parte, debería contener una relación más o menos pormenorizada, aunque abierta, de los concretos documentos que sirvan para la justificación de los requisitos, puesto que ese desarrollo es el que requiere el artículo 20.4 de la Ley.

En conclusión, la depuración del contenido del Proyecto debería realizarse desde el prisma de ajustarlo a los necesarios contenidos innovativos de desarrollo de la Ley 3/2007 y, de considerar imprescindible para la comprensión del texto reiterar contenidos con rango de ley, la doctrina legal del Consejo de Estado aconseja que, mediante llamadas concretas, se deje advertencia en el texto del reglamento de cuáles son los contenidos legales volcados al mismo, para así facilitar su comprensión e interpretación, a la par de que se consigue también el objetivo de procurar una total regulación de la materia (Dictamen 12/1998, de este Consejo Jurídico).

Es cierto que en algunos reglamentos el cumplimiento estricto de la recomendación efectuada podría hacer farragoso el texto, por lo que una técnica alternativa sería la de la remisión a la Ley, limitándose los reglamentos a establecer las normas estrictamente de carácter subordinado, entendidas como aquellas que, sin reproducir preceptos legales, materialmente innovan el ordenamiento jurídico complementando las previsiones de aquélla. Ello permitiría reducir ampliamente el contenido y extensión de esta clase de proyectos (Dictamen 142/2008).

## 2) Extralimitaciones a la habilitación legal y a otras normas con rango de ley.

A) El art. 9.1, del Proyecto, introduce en su párrafo central una excepción no permitida por el artículo 7.1,a) de la Ley 3/2007, al cual desarrolla. Éste dispone que para ser titular de la Renta Básica de Inserción es necesario cumplir varios requisitos, entre los que se encuentra residir legalmente en territorio español y haberlo hecho el tiempo que se determine reglamentariamente, que “*no podrá ser inferior a cinco años*”. La remisión al reglamento para que realice el desarrollo tiene un claro límite temporal, 5 años, frente al que se alza el mencionado artículo 9.1 del Proyecto,

ya que exceptúa el periodo de 5 años en determinados casos, derogando así un requisito legal, para lo que no está habilitado. Cualquier alteración de ese límite legal requerirá, como es patente, que la norma modificante tenga rango de ley.

B) El artículo 51.6 del Proyecto establece un supuesto de generación de crédito en el presupuesto de gastos, destinado a la financiación de las prestaciones por renta básica de inserción. Las generaciones de crédito, como tipo de modificación presupuestaria, se regulan en el artículo 45 del texto refundido de la Ley de Hacienda (Decreto Legislativo 1/1999, de 2 de diciembre), quedando así congelado el rango para la regulación de nuevos casos, aunque es la Ley anual de Presupuestos Generales el instrumento normativo llamado a especificar estas situaciones. Es incuestionable que el rango de la normativa para regular nuevos supuestos no queda abierto al reglamento, por lo que el Proyecto habrá de ser rectificado.

C) El artículo 51.2 fija en 12 meses el plazo máximo para notificar la resolución en el procedimiento de reintegro. Al margen de las observaciones que sobre tal procedimiento se harán luego, conviene aquí señalar la falta de engarce de tal plazo con la legislación básica reguladora del procedimiento administrativo, contenida en el artículo 42.2 de la Ley 30/1992 de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, LPAC, que requiere norma con rango de ley para establecer plazos de resolución superiores a 6 meses, y que obliga al Proyecto a ajustarse a ello.

3) Extralimitaciones competenciales. El artículo 3.4 del Proyecto señala que la Renta Básica de Inserción *“tendrá carácter intransferible y no podrá ofrecerse en garantía de obligaciones, ser objeto de cesión, retención, embargo, compensación o descuento, de ninguna clase, salvo en los supuestos y con los límites establecidos en la legislación civil aplicable al respecto”*.

Atendiendo a los rasgos particulares de su configuración legal (satisfacción de las necesidades contempladas en el artículo 142 del Código civil para paliar las carencias de la unidad de convivencia en cuanto a necesidades básicas) la Renta Básica de Inserción podría calificarse de derecho personalísimo, innato y consustancial a la persona y, por ello, extrapatrimonial. Es congruente la consecuencia de que tenga ese carácter inalienable que lo hace estar fuera del comercio y de las posibilidades de ejecución por terceros. No obstante, es ésa una protección que tiene por sí, y que no está llamado a proporcionar el reglamento, por dos razones: la primera, por insuficiencia de rango, ya que el artículo 605.1º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, LEC establece que los bienes pueden ser declarados inembargables por *“alguna disposición legal”*; la segunda razón es por la falta de competencia estatutaria de la Comunidad Autónoma para regular la materia

civil y procesal. Así por ejemplo, la primera manifestación del precepto proyectado -declarar el carácter intransferible- incidiría en la regulación de los artículos 1.526 y siguientes del Código civil, referidos a la transmisión de créditos y demás derechos incorporales; es, por tanto, materia competencial civil que corresponde en exclusiva al Estado (art. 149.1, 8ª CE); la prohibición de embargo, por su parte, pertenece a la materia legislación procesal, que también es competencia del Estado (art. 149.1, 6ª CE). En todo caso, una declaración genérica de inembargabilidad no está exenta de límites constitucionales, en la medida de que puede suponer un sacrificio desproporcionado de derechos, como el derecho constitucional a la ejecución de las resoluciones judiciales firmes, que se encuentra inserto en el artículo 24.1 CE (STC 88/2009, de 20 de abril de 2009).

Como, por otra parte, la escasa cuantía de la prestación la debe hacer inembargable, por regla general, en aplicación de lo establecido por el artículo 607 LEC, el artículo 4.3 proyectado sería ineficaz, además de carecer de encaje en el ordenamiento regional.

### III. Coordinación con otras normas relacionadas.

#### 1) Con normativa tributaria.

El artículo 16.1 introduce el concepto de rendimientos netos “*previos*” en relación con la normativa del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (IRPF), pero tal concepto, matizado por ese adjetivo, no aparece en la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, reguladora de dicho impuesto, por lo que la redacción habrá de aclararse. Más allá de ello, interesa poner de relieve que el precepto tiene por objeto la determinación de los rendimientos y remite a la legislación fiscal reguladora del IRPF, la cual (art. 28), a su vez, reenvía al Impuesto de Sociedades, que, por su parte reenvía al resultado contable determinado de acuerdo con las normas previstas en el Código de Comercio (art. 10.3 del Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 marzo), que es tanto como aplicar el Plan General de Contabilidad. Ante la evidencia de que esta regla general no va a poderse poner en práctica en múltiples ocasiones, este artículo del Proyecto, en el párrafo siguiente, sustituye a la norma fiscal por una declaración responsable del interesado “*sobre los rendimientos netos*” obtenidos en el mes anterior a la solicitud. No obstante, se debe advertir que una de las características de la declaración responsable es que el interesado debe estar en condiciones de probar documentalmente lo que afirma (art. 71 bis, LPAC, aptdo. 1), efecto seguramente no pretendido por el precepto proyectado que, más bien, parece aspirar a que con la declaración del interesado se supla la prueba documental de hechos. Tal finalidad puede quedar fuera del régimen jurídico de la declaración responsable tal y como es regulada en la LPAC, pareciendo semejarse a

la referida en el artículo 130.1,c) de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público. Por ello, parece aconsejable modificar la denominación del acto del interesado eliminando el adjetivo “responsable”, dejándolo en simple declaración.

2) Con la Ley 1/2006, de 10 de abril, del Instituto Murciano de Acción Social. El artículo 46 repite lo establecido por el art. 17. 2 de dicha Ley, por lo que es innecesario. Son aquí trasladables, también, las observaciones realizadas sobre la improcedencia de reiterar en reglamentos normas con rango de ley.

3) Con el texto refundido de la Ley de Hacienda (Decreto Legislativo 1/1999, de 2 de diciembre). El artículo 51.7 (51.8 en el Proyecto, por un error de numeración) es una aclaración innecesaria.

#### **CUARTA.- Observaciones sobre el contenido.**

##### **I. Sobre la regulación del procedimiento para el reconocimiento del derecho.**

Teniendo en cuenta la realidad material a que se refiere, uno de los objetivos en la regulación del procedimiento ha de ser evitar la complejidad y extremar el impulso de oficio, desarrollando también las prácticas necesarias de información al ciudadano (art.35,g), LPAC), aspecto éste que no se contempla en el Proyecto. Al margen de ello, la regulación que se proyecta es coherente con el fin que persigue y responde a las previsiones de la Ley desarrollada, sin perjuicio de lo cual cabe observar lo que a continuación se expone.

1) En lo que se refiere a los actos de instrucción del artículo 78 LPAC (los necesarios para la determinación, conocimiento y comprobación de los datos en virtud de los cuales deba pronunciarse la resolución), el Proyecto establece un procedimiento bifronte entre los Centros de Servicios Sociales y el IMAS, a virtud de lo cual resulta un plazo de resolución, en los iniciados a instancia de parte, de al menos 4 meses, suma de lo establecido en el artículo 44.4 más en el 42.5, los cuales, a su vez, siguen miméticamente lo establecido en los artículos 21.4 y 23.2 de la Ley 3/2007. A tenor del artículo 42.2 LPAC el plazo máximo para resolver y notificar la resolución debe comprender la totalidad del procedimiento, y es el que tiene derecho a conocer el interesado (art. 42. 4, último párrafo, LPAC), por lo que el Proyecto debe establecer un plazo único total no superior a 6 meses, con independencia de las tramitaciones intermedias, cuyos plazos no deben tener relevancia trascendental para el solicitante.



2) El artículo 42.3, inciso final, contiene una referencia al artículo 71 LPAC que ha de entenderse en relación con los 40.1, 2º párrafo, y 9, también del Proyecto; de la concordancia entre ellos resulta que no presentar con la instancia de solicitud alguno de los documentos justificativos de que el interesado reúne los requisitos establecidos (art. 9), da lugar a que, previo apercibimiento, se le tenga por desistido de la instancia. Los documentos referidos son los acreditativos de la totalidad de los requisitos necesarios para declarar el derecho a la prestación, y comprenden un variado conjunto de circunstancias de muy diferente accesibilidad al documento probatorio, desde la simple edad del solicitante, hasta la condición de “*persona sin hogar*”, pasando por la prueba de hechos negativos, como carecer de recursos económicos.

Es cierto que el artículo 71 LPAC remite a la legislación reguladora de cada procedimiento para determinar los requisitos de la solicitud, y que admite que la omisión de alguno de éstos produzca el efecto del desistimiento, pero dicho artículo 71 está regulando la iniciación del procedimiento y, en rigor, se refiere a requisitos que lo permitan tener correctamente iniciado; ese sentido no encaja con el contenido del artículo 9 del Proyecto, denominado “requisitos de los titulares”, que regula los presupuestos fácticos y circunstancias que han de tenerse en cuenta para resolver sobre el fondo del asunto. Se da así una regulación reglamentaria sobre los efectos del mencionado artículo 71 no bien proporcionada, ya que la justificación de que se reúnen los requisitos para ser titular de la prestación es relevante para la resolución del procedimiento, al constituir elementos de juicio o conocimiento acerca de las circunstancias concurrentes en el supuesto, y la omisión documental de alguno de ellos no constituye, necesariamente, un defecto de la solicitud que impida continuar su tramitación sin su previa subsanación, que es el defecto al que pretende salir al paso el artículo 71 LPAC.

Por ello, este artículo 42.3, 2º párrafo, debe ser reconsiderado en el sentido de delimitar con precisión los datos o documentos imprescindibles para tener correctamente ejercitada la solicitud para tramitarla, a los que será aplicable, en su caso, el artículo 71 LPAC. Cuando el procedimiento se ha iniciado así a instancia de parte, a cuantas actuaciones posteriores requieran ser completadas por los interesados les será aplicable lo dispuesto en los párrafos 2 y 3 del artículo 76 de la misma LPAC, en cuanto constituirían la prueba de los requisitos para obtener un pronunciamiento favorable respecto de la pretensión (Dictámenes de este Consejo Jurídico 20/2000; 77 y 119/2006; 4 y 10/2008).

3) El artículo 44 establece una diferente competencia para resolver según que la propuesta sea estimatoria o desestimatoria: en el primer caso la atribución corresponde al Director Gerente del IMAS y en el segundo al Director General de Pensiones, Valoración y Programas de Inclusión.

Al margen de que la razón de esta diferencia ni está motivada ni se deduce de la regulación, ocurre que la distinción no tiene reflejo en el art. 46 a la hora de regular los recursos, puesto que recoge nada más que el de alzada ante el Presidente del Instituto, que corresponderá, en buena lógica, frente a las resoluciones del Director Gerente; pero como las atribuciones de éste son para los casos en que se estime la solicitud, no serán, con carácter general, objeto de recurso. Sin embargo, las resoluciones del Director General de Pensiones, Valoración y Programas de Inclusión, al ser desestimatorias, serán habitualmente objeto de recurso, y es cuando se regula aquí el de alzada ante el Presidente, “saltando” por encima del Director-Gerente. Aunque esto último está admitido por el artículo 17.2 de la Ley 1/2006, de 10 de abril, del Instituto Murciano de Acción Social, lo que carece de motivación es que procedimientos de una misma clase sean resueltos por diferente órgano, según que las propuestas de resolución sean estimatorias o no, ya que el régimen jurídico es el mismo y la “*ratio decidendi*” se extrae, en ambos casos, del mismo acervo aplicativo.

## II. Sobre la extinción del derecho y el reintegro de las cantidades indebidamente percibidas.

El artículo 16 de la Ley 3/2007 regula la extinción del derecho a la prestación sin prever ningún desarrollo reglamentario específico, ni el Proyecto, de manera directa, complementa dicha regulación. También la Ley, en el artículo 19, se refiere al reintegro de prestaciones indebidas, de la siguiente manera: “*En aquellos casos en que se compruebe la percepción indebida*” de la prestación se requerirá “*el reintegro de las prestaciones indebidamente percibidas, en las condiciones que reglamentariamente se determinen*”.

Correlativamente, el artículo 48 del Proyecto, en un aparente desarrollo de este artículo 19 de la Ley, habla del “reintegro de la prestación”, incluyendo unos supuestos que, en sentido estricto, constituyen causas de extinción del “derecho subjetivo a la prestación”(artículo 1 de la Ley 3/2007).

Entre uno y otro, Ley y Proyecto de reglamento, no hay una regulación armónica porque, aunque el sentido final que pretenden queda claro, la articulación técnica de los conceptos es confusa, ya que mezcla las causas de extinción de la prestación con su posible efecto, que es el reintegro de las cantidades indebidamente percibidas. A su vez, la extinción es susceptible de originarse en la invalidez del acto de concesión (art. 49.1 del Proyecto, en relación con el 62.1, f) LPAC) o en la pérdida de efectos de éste al ser revocado, bien por causas previstas en la propia Ley, bien por causas reconocidas en el propio acto, generalmente sobrevenidas (art. 49.3 y 4). Una vez extinguido el derecho por cualquiera de las causas y vías posibles, puede resultar que, según

la fecha de los efectos de la extinción, el titular o el beneficiario haya percibido cantidades indebidamente, hecho a partir del cual arranca el procedimiento para el reintegro de las citadas cantidades, según se desprende claramente del artículo 17.1 y del 17.2, segundo párrafo, ambos de la Ley 3/2007, y como expresa, también, el artículo 51.3 del Proyecto. A partir de ese momento la actuación administrativa tiene sentido recaudatorio.

En definitiva, el procedimiento específico para el reintegro de las cantidades indebidamente percibidas es un supuesto diferente al de la extinción de la prestación, y es ésta la regulada por el artículo 49 del Proyecto, mientras que el 50 lo que en realidad regula es el procedimiento para resolver sobre la extinción del derecho y el simultáneo o posterior reintegro. A partir de tales criterios procede ajustar las denominaciones y contenidos del Título III, cuyo contenido es la extinción y reintegro del derecho a la prestación; el artículo 48 trataría sobre la competencia, el 49 sobre las causas de extinción del derecho, el 50 sobre el procedimiento y el 51 sobre el contenido de la resolución.

### III. Sobre la habilitación reglamentaria al Consejero.

La Disposición final segunda del Proyecto (denominada habilitación normativa) autoriza al titular de la Consejería de Política Social, Mujer e Inmigración *“para dictar cuantas disposiciones complementarias sean necesarias para la aplicación y desarrollo del presente Decreto”*. Al respecto se debe recordar, como ya se ha hecho en otras ocasiones (por todos Dictamen 144/2005), que la entrada en vigor de la Ley 6/2004 supuso un cambio en el escenario normativo preexistente, al derogar la Ley 1/1988, de 7 de enero, del Presidente, del Consejo de Gobierno y de la Administración de la Región de Murcia. En lo que aquí interesa, los artículos 38 y 52.1 del texto legal 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”*. Ambos preceptos regulan una realidad única, el alcance de la potestad reglamentaria de los Consejeros, y, por tanto, deben ser interpretados conjuntamente.

La exigencia de atribución específica, que veta la posibilidad de un apoderamiento reglamentario general, sigue vigente, pero ahora ya no puede el Consejo de Gobierno efectuar una habilitación reglamentaria a los titulares de los Departamentos, pues por prescripción de la Ley 6/2004, aquélla sólo podrá efectuarla una Ley o norma de rango legal, no un Decreto. Cuestión

distinta es la potestad reglamentaria de los Consejeros en materias de ámbito interno de su Departamento, en las cuales no precisan de habilitación ninguna, pues la tienen reconocida *ex lege*, con el posible contenido que detalla el citado Dictamen 144/2005.

En la Disposición final segunda del Proyecto sometido a consulta, la habilitación al Consejero viene referida a cualesquiera disposiciones que fueran necesarias para el desarrollo del Decreto. La habilitación sería ociosa para regular materias de ámbito interno de su Departamento, pues los Consejeros ostentan, *ex lege* 6/2004, potestad para normar tales extremos. Para otros posibles contenidos, la habilitación rebasa ampliamente las posibilidades que al Decreto permite dicha Ley, al deferir potestad normativa general al Consejero, por lo que debe suprimirse en todo caso.

#### **QUINTA.- Precisiones al articulado.**

- Artículo 1.2, inciso final. La remisión a las Disposiciones transitorias es innecesaria, al tener éstas virtualidad por sí mismas.

- Artículo 2.2. Al margen de que su utilidad en el Proyecto no está acreditada, como ya se expuso antes, tiene en este apartado una remisión a un inexistente artículo 10.1.8.

- Artículo 9.3, b). Llama la atención su extensión excesiva; habría de segregarse en, al menos, dos.

-Artículo 20.2, párrafo segundo, contiene una definición general que debiera encabezar el precepto.

-Artículo 21, párrafo introductorio. El patrimonio debe estar comprendido por el conjunto de bienes y derechos de contenido económico de que sea titular la persona, y no sólo por los que le correspondan a título de propiedad.

- Artículo 26.3, segundo párrafo. Probablemente su sentido quedaría completo si después de *“iniciativa”* se añadiera *“...y sin necesidad de tramitar el procedimiento al que se refiere el párrafo anterior...”*, para identificar plenamente el supuesto; también debiera distinguirse con numeración en párrafo aparte.

- Artículo 28.2, Aunque distingue dos supuestos, el efecto que regula es el mismo (reanudación por el tiempo pendiente de percibir), por lo que se podrían unificar.

-Artículo 29.7. Para completar su sentido, después de 3 meses, debiera añadir *“desde la anterior notificación”*.

-Artículo 32.3. La cita de la Ley 3/2007 debería hacerse completa.

-Artículo 34.3, párrafo final. Emplea la fórmula y/o, cuando con la segunda conjunción de las citadas es suficiente. Esta observación es extensible a los demás artículos que utilizan esa combinación de conjunciones.

- Artículo 40.1, párrafo 2. La remisión que realiza al artículo 10 debe ser al 9.

- Artículo 40.3. Una más técnica expresión sería: “(...) se procederá a la incoación del correspondiente procedimiento (...)”.

- Artículo 41.1. El inciso final es reiteración del artículo 40.1, párrafo 2.

- Artículo 41.3. Contiene una norma adicional, que debe trasladarse a las disposiciones de dicha naturaleza.

- Artículo 42.2, inciso final. Debería mencionarse también a la Ley 3/2007.

- El artículo 44.2 debería especificar que el informe a que se refiere es realizado por el propio Servicio que realiza la propuesta posterior.

- Artículo 47. Su ubicación sistemática debe ser el Capítulo 1 del Título II, porque regula las prestaciones a las que la renta básica puede complementar.

- Artículo 50.2 inciso final. Debería decir que en la instrucción del procedimiento “se dará audiencia al interesado”; la garantía de ello es la legislación básica.

-Artículo 51.3. Debería decir: “La revocación *del derecho* a la prestación llevará aparejado el reintegro de las cantidades *indebidamente* percibidas (...)”.

- Artículo 52. Es una remisión innecesaria, por obvia.

-Artículo 53.1. Debiera decir: “para la incoación de los *procedimientos* (...)”.

- Artículo 57, párrafo final, y 59.2. Debe figurar la cita completa de la Ley 3/2007.

-Artículo 61.1, párrafo final. Debería comenzar: “*De forma excepcional y motivadamente...*”.

-Artículo 62. La regulación de las obligaciones de las partes indistintamente no parece ajustarse a la distinta posición y capacidad de cada una, por lo cual deberían deslindarse.

- Artículo 65.4. La cita de la Ley 3/2007 debería hacerse completa.

- Artículo 66.1, línea tercera. Debe decir “*el*” en lugar de “*un*”.

- Artículo 68.2. Por sus características, la relación de puestos de trabajo no es, probablemente, el instrumento idóneo para definir la composición de los equipos de coordinación, apoyo y seguimiento; su configuración se encuentra más próxima a una potestad de organización funcional que bien puede atribuirse al titular de la Consejería, con independencia de que los puestos de trabajo figuren en la correspondiente Relación.

- Artículo 69.2. En la segunda línea, después de “*y*” debe introducirse “*de*”.

- Artículos 81 y 84. La fijación del plazo en el que deben constituirse las comisiones debe ser objeto de disposición adicional.

- Artículo 86. La cita de la Ley 3/2007 debería hacerse completa.

- Los anexos han de numerarse.

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

### **CONCLUSIONES**

**PRIMERA.**- Cabe entender adecuadamente cumplidos con el Proyecto sometido a Dictamen los mandatos de desarrollo contenidos en la Ley 3/2007, de 16 de marzo, de la Renta Básica de Inserción de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, aunque el contenido de las resoluciones judiciales citadas en la Consideración Segunda hace aconsejable la subsanación de las carencias que allí se recogen.

**SEGUNDA.**- Son esenciales las observaciones expresadas en la Consideración Tercera, II, 2) y 3); la expresada en la Consideración Tercera, II, 1), párrafos finales, sobre la depuración del contenido del Proyecto; las expresadas en la Consideración Cuarta, I, 1) y 2); y en la Consideración Cuarta, II y III.

**TERCERA.**- Las restantes observaciones contribuyen a la mejora del Proyecto.

No obstante, V.E. resolverá.



**DICTAMEN 151/2010**

**Asunto** Resolución de contrato formalizado con la mercantil - - S.A., por los servicios de recogida de residuos sólidos urbanos y limpieza viaria en el municipio de Mula.

**Consultante** Ayuntamiento de Mula

**Fecha** 03/08/2010

**Extracto de Doctrina**

El incumplimiento previo de la Administración no habilita al contratista a incumplir sus obligaciones (entre otras Sentencias del Tribunal Supremo de 12 de julio de 1983, 2 de noviembre de 1983, 19 de junio de 1984), pues el interés público demanda el regular desenvolvimiento del contrato administrativo e impide la aplicación de la exceptio non adimpleti contractus, debido a que en el contrato se da una modulación del principio de reciprocidad entre las obligaciones bilaterales, que no tiene la misma trascendencia que en el contrato civil, pues mientras cualquier incumplimiento de las cláusulas del contrato autoriza a la Administración para acordar su resolución, los incumplimientos de la Administración sólo dan lugar a la resolución del mismo en los casos previstos en la legislación de contratos, previa petición del contratista.

Ahora bien este incumplimiento por parte de la Administración de su obligación de pago, especialmente grave por el riesgo que finalmente se ha materializado de que la prestación del servicio se interrumpiera, viéndose así desprotegido el interés público cuya consecución incumbe de especial manera al Ayuntamiento contratante, no deja de tener incidencia sobre los efectos propios de la resolución del contrato.

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** Con fecha 31 de agosto de 1994, el Ayuntamiento de Mula y la mercantil --, S.A. (x), formalizan contrato de gestión del servicio de recogida, transporte y vertido de los residuos sólidos urbanos, limpieza viaria y afines, del Municipio de Mula.

Según el antecedente II del citado contrato el Pliego de condiciones económico-administrativas (PCEA), así como el de condiciones técnicas (PCT), aprobados en sesión plenaria del Ayuntamiento celebrada el 17 de diciembre de 1993, se unen como anexo al contrato del que forman parte, los cuales recogen en su articulado, entre otros aspectos, los siguientes que se relacionan con el objeto de la consulta:

1) Derechos y deberes del contratista (artículo 15 del PCEA).

*“a) Serán obligaciones del contratista:*

*(...)*

*-No enajenar bienes afectos al concierto que hubieren de revertir al Ayuntamiento, ni gravarlos, salvo autorización expresa de la Corporación, debiendo mantener, en todo momento los citados bienes en buen estado de conservación y funcionamiento.*

*b) Serán derechos del contratista:*

*(...)*

*- Percibir la retribución correspondiente a la prestación de los servicios en la forma y cuantía que resulta de este Pliego y de la proposición aceptada”.*

2) Facultades del Ayuntamiento (artículo 16 PCEA).

Entre ellas: imponer al contratista las sanciones previstas en el PCEA, rescatar el concierto, suprimir el servicio, y declarar la caducidad del concierto.

3) Caducidad del concierto (artículo 19 PCEA). Procederá la declaración de caducidad, extinguiéndose con ello el concierto, entre otros supuestos, cuando el contratista haya incurrido en infracción gravísima de sus obligaciones esenciales. Indica que existe reiteración cuando el infractor hubiese sido sancionado más de dos veces en el transcurso de un año por la comisión de infracción grave de sus obligaciones esenciales. La reincidencia se producirá cuando el infractor hubiese sido sancionado más de dos veces en el transcurso de un semestre por la comisión de la misma infracción grave de sus obligaciones.

En el apartado 3 se establece que *“la declaración de caducidad se acordará por la Corporación y determinará el cese de la gestión del contratista, la incautación de los elementos de la empresa afectados al servicio, para asegurar la prestación del mismo, y la convocatoria de licitación para adjudicar nuevamente el concierto.*



*A este efecto, en el plazo de un mes desde que la caducidad hubiese sido ejecutada, la Corporación incoará expediente de justiprecio del concierto, sin modificar ninguna de las cláusulas de la misma y con intervención del titular caducado, que se decidirá en defecto de acuerdo por el Jurado Provincial de Expropiaciones y conforme al procedimiento de la Ley de Expropiación Forzosa.*

*Acordada la tasación o aprobada por el Jurado Provincial de Expropiaciones, la Corporación convocará en el plazo de un mes licitación sobre dicha base, para adjudicar nuevamente el concierto con arreglo al mismo Pliego de Condiciones que viniera rigiendo anteriormente y el producto de la licitación se entregará al contratista caducado.*

*Si la primera licitación quedare desierta, se convocará la segunda con baja del 25 % del precio de tasación, y si también quedare desierta, los bienes e instalaciones pasarán definitivamente a la Corporación sin pago de indemnización alguna.*

*Si la Corporación no desee continuar la gestión del servicio por concierto, abonará al titular caducado la indemnización que le correspondería en caso de rescate”.*

#### 4) Extinción del concierto (artículo 20 del PCEA).

*“Son causas de extinción del concierto:*

- El transcurso del plazo establecido en el presente Pliego.*
- La declaración de caducidad del concierto.*
- La resistencia del adjudicatario a la formulación del contrato.*
- La quiebra o suspensión de pagos del contratista, así como el no estar al corriente en el ingreso de las cuotas del Régimen General de la Seguridad Social, así como el de las retenciones del impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, del personal adscrito al concierto.*

*- Mutuo acuerdo de la Corporación y del contratista, siempre y cuando los motivos de la Administración Municipal obedezcan exclusivamente a razones de interés público y a su vez no existan causas para declarar la caducidad del concierto.*

*- El rescate del concierto por el Ayuntamiento, antes del transcurso del plazo filado, en cuyo caso, se establecerá la indemnización que corresponda según la legislación vigente. Con respecto al material móvil y las instalaciones fijas se estará a lo previsto en el supuesto de caducidad.*

*- La supresión del servicio por razones de interés público”.*

#### 5) Artículo 38 del PCT (Sanciones).

*“El Ayuntamiento por causa de infracción comprobada podrá imponer sanciones diarias de 5.000.- pesetas, por faltas leves, entendiéndose por tales las que impliquen negligencia o descuido y de 25.000.- pesetas, hasta 100.000.- pesetas por faltas graves comprendiéndose en éstas las reincidencias de faltas leves, la desobediencia reiteradas a las órdenes del Ayuntamiento y aquellas acciones u omisiones que alteren de modo notorio la regularidad de los servicios; así mismo la reincidencia en faltas graves podrá dar lugar a la rescisión del contrato y la consiguiente pérdida por parte del adjudicatario de la fianza definitiva depositada”.*

La duración del contrato es de 20 años y se fija un precio inicial para el período de tiempo comprendido desde la firma del contrato hasta el 31 de diciembre de 1994 de 71.420.467 pesetas. Se estipula una revisión de precios con aplicación del Índice de Precios al Consumo (IPC) para los años 1995 y 1996, a partir de ese momento la actualización del canon se llevará a cabo según IPC más dos puntos. La retribución anual por la realización de los servicios contratados se abonará mediante certificaciones trimestrales iguales a la cuarta parte de la misma.

En el acuerdo tercero del contrato la empresa adjudicataria asume el mantenimiento del camión marca Renault “—“ de propiedad municipal, quedando el mismo adscrito al Servicio de Recogida, al igual que el resto de equipos propios ofertados.

En el apartado 3.7. de la oferta económica se establece el plan de renovación del material en los siguientes términos:

*“Toda la maquinaria que se oferta es de nueva adquisición, y se amortizará en un periodo de 10 años. Una vez transcurrido este periodo se sustituirá por material y equipos de nueva adquisición, de similares características a los ofertados.*

*La maquinaria y equipos que son objeto de renovación, son los que se ofertan y aparecen valorados en el cap. 3 ‘Inversiones a realizar’.*

*El coste que dicha maquinaria tendrá dentro de 10 años, se supone superior al actual, por ello anualmente se repercutirá a la contrata la diferencia entre ambos costes. Esta diferencia de costes aparece reflejada en el estudio económico como fondo de reposición.*

*La maquinaria y equipos sustituidos, se emplearán como material de reserva”.*

**SEGUNDO.-** En sesión celebrada el 14 de septiembre de 2006 la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento adopta Acuerdo del que, a los efectos que nos ocupa, cabe destacar lo siguiente:

1º. Se reconoce que el contrato se está ejecutando desde el día 1 de septiembre de 1994 a plena satisfacción de la Corporación Local.

2º. A la fecha del Acuerdo se reconoce adeudar a la empresa contratista la cantidad de 1.152.101,34 euros, para cuya satisfacción se hace necesario, por problemas de tesorería, suscribir un convenio de aplazamiento y fraccionamiento de deuda, lo que se lleva a cabo en los términos que se señalan en el apartado primero de dicho Convenio (folio 1 del expediente).

3º. Para el supuesto de incumplimiento por parte del Ayuntamiento éste tendría que abonar una cantidad fija del 5% en concepto de penalización de la cantidad adeudada en ese momento, más el interés legal de dinero incrementado en 7 puntos en concepto de intereses de demora, calculados hasta la fecha efectiva de pago.

**TERCERO.-** Con fecha 30 de junio de 2008, la mercantil dirige escrito al Ayuntamiento haciendo constar que no sólo los acuerdos alcanzados en el Convenio no se han cumplido, sino que además se han impagado facturas posteriores de tal forma que, a la fecha del escrito, la deuda vencida, exigible y líquida asciende a 1.568.767,63 euros, que ha devengado intereses de demora por la cantidad de 125.444,02 euros, penalización por 235.403,07 euros y costes financieros de 92.633,46 euros, lo que hace un total de 2.022.248,18 euros.

Finaliza su escrito señalando lo siguiente:

*“Es precisamente por el incumplimiento de las obligaciones de pago por parte del Ayuntamiento de Mula y por la intervención y decisión personal de los funcionarios intervinientes por lo que, por medio de la presente, que sirve de preaviso, les notificamos de forma fehaciente:*

1. *El incumplimiento de pago y la mora correspondiente.*
2. *El derecho a una indemnización por los costes de cobro y pago de las penalizaciones acordadas.*
3. *La posibilidad de suspensión o terminación del servicio, Y les requerimos:*
  - a) *El pago de la deuda y sus intereses.*
  - b) *El pago de las indemnizaciones y penalizaciones que proceden.*

c) *La información personal de los funcionarios que no han dado cumplimiento de las obligaciones de pago de deuda y servicios*”.

**CUARTO.-** El día 8 de septiembre de 2008 x. envía un nuevo escrito al Ayuntamiento en el que se hace constar que la pasividad municipal ante el requerimiento de pago formulado el día 30 de junio de 2008, les lleva a requerir formalmente lo siguiente:

*“1. El pago de lo adeudado, más intereses especiales de demora y perjuicios, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 99 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. El importe asciende a la fecha presente a 2.089.103,66 euros (1.661.186,10 euros de deuda vencida, más 230.544,88 euros de intereses devengados y 197.372,68 euros de penalización). A dicha cantidad debe serle añadida la de 241.347,23 euros de servicios prestados, facturados y pendientes de pago.*

*2. Tengan por notificado, en tiempo y forma, que, conforme a lo dispuesto en los apartados 5 y 6 del artículo 99, de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, a partir del 1 de Noviembre de 2008, procederemos a la suspensión del cumplimiento del contrato, circunstancia que queda notificada con más de un mes de antelación.*

*De no quedar solventada la situación, y constatada la demora de la Corporación en el cumplimiento de sus obligaciones en más de ocho meses, habremos de resolver el contrato y solicitar judicialmente el resarcimiento de los perjuicios que como consecuencia de ello se originen a --, S.A. (x)”.*

**QUINTO.-** Con fecha 20 de octubre de 2008, el Alcalde del Ayuntamiento se dirige a la mercantil instándola a que demore la suspensión de la ejecución del contrato tres meses, plazo que considera indispensable para que la Corporación Local pueda asumir la prestación del servicio. Añade que para el supuesto de aceptar dicha demora *“este Ayuntamiento está dispuesto, previa negociación con ustedes, a reducir la deuda existente por la prestación del servicio de recogida de basuras y limpieza viaria”.*

**SEXTO.-** El 5 de noviembre de 2008 el Concejal Delegado de Presidencia requiere a PILSA para que *“en el improrrogable plazo de 48 horas, pongan a disposición del Excmo. Ayuntamiento de Mula los medios mecánicos necesarios para la correcta prestación del Servicio de Recogida de Residuos Sólidos Urbanos y Limpieza Viaria”.* Igualmente le hace constar que si el requerimiento no es atendido el Ayuntamiento *“se verá obligado a la adquisición de todos aquellos medios*

*mecánicos necesarios que resulten precisos, repercutiendo posteriormente en x., con cargo a las cantidades adeudadas, todos los gastos que puedan derivarse de esta actuación”.*

**SÉPTIMO.-** Ante este requerimiento la contratista presenta otro escrito en el que afirma su exclusiva titularidad sobre los medios mecánicos utilizados en la prestación del servicio, sin que en el contrato se contemple la transmisión de la propiedad de los mismos a la finalización del contrato, circunstancia esta última que, en cualquier caso, tampoco se ha producido, puesto que la relación contractual se encuentra suspendida por incumplimiento del Ayuntamiento de la obligación de pago del precio. Termina afirmando que constituye un abuso de derecho no pagar lo que se debe y pretender hacer suyo unos bienes que no ha adquirido.

Estas afirmaciones son rebatidas por el Ayuntamiento mediante escrito que, fechado el siguiente día 2 de diciembre, se hace llegar a la contratista, en el que se contienen, en síntesis, los siguientes argumentos:

1º. Los equipos y bienes materiales ofertados por la contratista quedan adscritos al servicio de recogida, por venir así previsto en la cláusula tercera del contrato.

2º. Todos los vehículos y demás bienes materiales incluidos en la oferta presentada por x. están afectos al servicio, sin que puedan ser enajenados sin la previa autorización expresa del Ayuntamiento, a cuyo favor se producirá una reversión de dichos bienes a la finalización del contrato tal como se establece la cláusula 15 del PCEA.

3º. La suspensión de la ejecución del contrato no supone que el servicio de recogida de basura y limpieza viaria deje de prestarse, a cuyo efecto la contratista viene obligada a mantener los bienes afectos a dicha prestación.

Finaliza concediendo a la mercantil un plazo de 48 horas para que ponga a disposición del Ayuntamiento dichos bienes.

**OCTAVO.-** Figura en el expediente escrito de la contratista fechado el 5 de diciembre de 2008, por el que, con carácter previo a la vía judicial, formula reclamación de pago de la cantidad de 1.167.435,22 euros que le adeuda la Corporación Local, a la que habría que adicionar la que se derivaría en conceptos de costes financieros y penalizaciones.

También aparece otro escrito de 2 de marzo de 2009 mediante el que se formulan alegaciones contra una Resolución del Ayuntamiento de 3 de febrero de 2009 (la misma no figura entre la documentación que integra el expediente), en la que, al parecer, se aplicaba la cantidad de 599.986,48 euros, abonada por el Ayuntamiento, a distintas facturas de las que se adeudaba a x.

**NOVENO.-** La Junta de Gobierno del Ayuntamiento, en sesión celebrada el 16 de junio de 2009, adoptó los siguientes acuerdos:

*“1.º Iniciar expediente sancionador a x. por incumplimiento del contrato suscrito para la contratación en régimen de concierto de los servicios generales de Recogida, Transporte y Vertido de los Residuos Sólidos Urbanos; Limpieza Viaria y afines, del municipio de Mula, en concreto, por no poner a disposición del Ayuntamiento los medios materiales afectos a la prestación del servicio, durante el tiempo que media la interrupción del servicio por la suspensión temporal del mismo.*

*2.º Dicho incumplimiento, en caso de verificarse, puede dar lugar a la comisión de una conducta susceptible de ser calificada como infracción grave, pudiéndose imponer diariamente una sanción diaria de 25.000 ptas. Hasta 100.000 ptas. y, en su caso, la rescisión del contrato”.*

Recibida la notificación del anterior Acuerdo la mercantil x., el 7 de julio de 2009, formula alegaciones que pueden resumirse así:

1º. Es el Ayuntamiento el que ha incumplido sus obligaciones contractuales y las derivadas del posterior convenio suscrito para normalizar el pago de las facturas emitidas y no satisfechas, postura en la que persiste.

2º. La suspensión del contrato impide a la Administración formular requerimiento alguno de actividades a desarrollar por la concesionaria.

3º. En el contrato no aparece disposición alguna que determine la transmisión de la propiedad de los medios mecánicos necesarios para la correcta prestación del servicio en caso de su terminación a favor del Ayuntamiento.

4º. Niega perjuicio económico para el Ayuntamiento por haber tenido que contratar la prestación del servicio o haberlo prestado directamente, puesto que el coste que ello pueda suponerle coincidiría con el que tendría que abonar a x. en el supuesto de que hubiese continuado la ejecución del contrato.

5º. Que el único bien propiedad del Ayuntamiento es el camión matrícula “—”, que fue dado de baja por la Corporación Local hace más de cinco años. Todos los demás medios utilizados en la prestación del servicio son propiedad de x. y permanecerán adscritos al servicio mientras éste se preste.

**DÉCIMO.-** Caducado el expediente sancionador, mediante nuevo Acuerdo adoptado por la Junta de Gobierno Local el día 16 de febrero de 2010, se incoa otro al considerar que la mercantil ha incumplido el contrato al *“no poner a disposición del Ayuntamiento los medios materiales afectos a la prestación del servicio, durante el tiempo que media la interrupción del servicio por suspensión temporal del mismo”*.

Recibida la notificación del anterior Acuerdo x. formula alegaciones en el siguiente sentido:

1º. Suspendida legalmente la ejecución del contrato no es posible requerir a la contratista para que entregue los medios materiales utilizados en la prestación del servicio. Esta postura constituye un abuso por parte de la Administración que incumple reiteradamente su obligación de pago, pero exige el cumplimiento de una prestación que no viene establecida en el contrato.

2º. Falta de tipicidad de la infracción que se imputa a x., puesto que en el contrato no viene reflejada la transmisión a favor del Ayuntamiento de la propiedad de los medios afectos al servicio una vez finalizado el contrato.

3º. Caducado el primer expediente sancionador la incoación de un segundo por los mismos hechos constituye una vulneración del principio *non bis in idem*.

**UNDÉCIMO.-** Con fecha 23 de abril de 2010 se emite informe por los Servicios Técnicos Municipales en el que se concluye del siguiente modo:

*“PRIMERA.- Incumplimiento por parte de la empresa contratista de no disponer de todo el material necesario para la prestación del Servicio según su oferta.*

*Como hemos comentado anteriormente, en el Capítulo 3, apartado 3.4 de la oferta presentada por el contratista, se especificaba el Plan de amortizaciones por Servicios, en el que literalmente se decía:*

*‘Toda la maquinaria será de nueva adquisición, amortizándose en un periodo de 10 años. Al cabo de este periodo se sustituirá por maquinaria nueva’.*

*Asimismo, en ese mismo Capítulo, en el apartado 3.7, se establecía el Plan de renovación del material propuesto por el contratista, en el se indicaba lo siguiente:*

*‘Toda la maquinaria que se oferta es de nueva adquisición, y se amortizará en un período de 10 años. Una vez transcurrido este periodo se sustituirá por material y equipos de nueva adquisición, de similares características a los ofertados.*

*La maquinaria y equipos que son objeto de renovación, son los que se ofertan y aparecen valorados en el cap. 3 ‘Inversiones a realizar’.*

*El coste que dicha maquinaria tendrá dentro de 10 años, se supone superior al actual, por ello anualmente se repercutirá a la contrata la diferencia entre ambos costes. Esta diferencia de costes aparece refleja en el estudio económico como fondo de reposición.*

*La maquinaria y equipos sustituidos se emplearán como material de reserva’.*

*Por tanto, de acuerdo con la oferta presentada por el contratista, este se comprometía a la renovación del material y equipos ofertados una vez amortizados- fijando el plazo de amortización en 10 años-, cargando dentro del precio del servicio desde el primer año un fondo de reposición para afrontar el mayor coste que tendría la nueva maquinaria dentro de diez años.*

*Sin embargo, tal y como hemos podido comprobar en la parte de los antecedentes, en el momento de la suspensión del contrato en noviembre de 2008 - trascurridos 14 años desde la formalización del contrato-, el contratista venía prestando el Servicio, prácticamente, con la misma maquinaria con la que se inició el Servicio y, en cualquier caso, totalmente amortizada, a excepción de un Motocarro Marca PIAGIO que fue adquirido en octubre de 2005.*

*En consecuencia, el contratista ha venido prestando el Servicio con una maquinaria claramente en decadencia, con las consecuencias que ello conlleva para el Servicio (mayor número de averías, mayor coste en repuestos...), cuando, según su oferta, la práctica totalidad de la maquinaria debería haber sido renovada en el año 2004.*



*Por ello, de acuerdo con la cláusula 38 del PPT que rigió la licitación y que forma parte integrante del contrato, que tipifica como faltas graves ‘aquellas acciones u omisiones que alteren de un modo notorio la regularidad de los Servicios’, la falta de disposición de la maquinaria y equipos nuevos a los que se comprometió según su oferta, sería constitutivo de falta grave.*

*SEGUNDO.- Sobre la no puesta a disposición del Ayuntamiento de los medios materiales adscritos al Servicio.*

*A pesar de los requerimientos efectuados por el Ayuntamiento a x. para que pusiera a su disposición la maquinaria adscrita al Servicio, la empresa desatendió dicho requerimiento, entendiéndose que dicha maquinaria es propiedad de la empresa hasta el momento de la finalización del contrato.*

*Sin embargo, tanto en el pliego de condiciones como en el contrato suscrito, se establece que la maquinaria con la que se presta el Servicio, está adscrita al mismo para asegurar la adecuada prestación del Servicio, tal y como se deduce de lo dispuesto en las cláusulas que señalamos a continuación:*

*- La Cláusula TERCERA del referido contrato pone de manifiesto que los equipos y bienes materiales ofertados por la empresa adjudicataria quedan adscritos al Servicio de Recogida.*

*Asimismo, la Cláusula DECIMOQUINTA del Pliego de Condiciones, que rigió la licitación y forma parte integrante del contrato suscrito, recoge entre las OBLIGACIONES DEL ADJUDICATARIO no enajenar bienes afectos al concierto que hubieran de revertir al Ayuntamiento, ni gravarlos, salvo autorización expresa de la Corporación, debiendo mantener, en todo momento los citados bienes en buen estado de conservación y funcionamiento.*

*Además de lo dispuesto en el contrato y pliego que rigió la licitación, el artículo 4º del R.D. 1372/1986, de 13 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales, señala que ‘Son bienes de servicio público los destinados directamente al cumplimiento de fines públicos de responsabilidad de las Entidades Locales, tales como (...) y, en general, cualesquiera otros bienes directamente destinados a la prestación de servicios públicos administrativos’.*

*Por tanto, a la vista de lo expuesto, no cabe duda que los equipos y la maquinaria ofertada por el contratista, son bienes adscritos al Servicio y, por tanto, de titularidad municipal, teniendo,*

únicamente, el contratista sobre dichos bienes, un derecho de abono, en su caso, de las mensualidades pendientes de amortización, lo que no implica, en ningún caso, que dicha maquinaria sea de su propiedad.

Sin embargo, abundando más sobre el asunto, es preciso subrayar que, en el presente caso, la maquinaria reclamada por el Ayuntamiento, estaba totalmente amortizada con cargo al Servicio, no habiendo ni siquiera un derecho de cobro a favor del contratista en concepto de amortización pendiente, salvo en el caso de uno de los equipos.

En consecuencia, de acuerdo con lo establecido en el contrato y los pliegos de condiciones que rigieron la licitación, la no puesta a disposición del Ayuntamiento por parte de x. de los equipos y la maquinaria adscrita al Servicio, es constitutivo de una falta grave, dado que ha tenido como consecuencia que se altere de un modo notorio la regularidad de los Servicios.

**TERCERO.-** Indemnización por daños y perjuicios como consecuencia de la no puesta a disposición del Ayuntamiento de los equipos y maquinaria adscritos al Servicio y correcciones en plantilla.

Tal y como venimos comentando reiteradamente a lo largo del presente informe, están adscritos al Servicio los equipos y maquinaria con la que el contratista venía prestando el Servicio antes de la suspensión del contrato y, por tanto, dicha maquinaria es de titularidad municipal.

Por ello, la negativa del contratista de poner a disposición del Ayuntamiento dicha maquinaria, ha supuesto un grave perjuicio para el Ayuntamiento que, para asegurar la continuidad del Servicio, ha tenido que alquilar los equipos y la maquinaria con la que prestar el Servicio durante el lapso de tiempo que media desde la suspensión.

Por tanto, dado que los medios materiales adscritos al Servicio son de titularidad municipal, el contratista deberá abonar al Ayuntamiento, en concepto de indemnización por daños y perjuicios, la cantidad de 552.234,92 euros, que es el coste que se ha visto obligado a asumir el Ayuntamiento desde la suspensión del contrato (...).”

**DUODÉCIMO.-** El 27 de abril la Junta de Gobierno Local adopta Acuerdo mediante el que se formula Pliego de Cargos al considerar que la contratista ha llevado a cabo las siguientes actuaciones constitutivas de infracciones graves:

1.ª Incumplimiento de la obligación de disponer, en el momento de la suspensión del contrato, de todos los equipos y maquinaria necesarios para la prestación del Servicio, según la oferta presentada por el contratista.

2.ª Incumplimiento de la obligación de poner a disposición de la Administración titular del Servicio la totalidad de los medios materiales adscritos al Servicio.

Asimismo se acuerda, con amparo en lo previsto en el artículo 49.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (LPAC), ampliar el plazo para resolver y notificar el expediente en un mes y medio a contar desde el 16 de mayo de 2010.

**DECIMOTERCERO.-** El anterior Acuerdo es notificado a x., Director General del Grupo x., único socio de la mercantil x. como se acredita con copia de la información facilitada por el Registro Mercantil de Madrid, obrante al folio 86 del expediente.

**DECIMOCUARTO.-** El día 1 de junio de 2010 el Pleno de la Corporación Local adoptó Acuerdo en el que, considerando que las alegaciones formuladas por la empresa contratista en el expediente sancionador seguido contra ella no desvirtuaban los cargos que se le imputaban, adoptó los siguientes acuerdos:

*“1.º Desestimar las alegaciones formuladas por la mercantil x. frente a la Resolución de fecha 16 de febrero de 2010, por la que se acuerda incoar expediente sancionador al citado contratista.*

*2.º Resolver el contrato de fecha 31 de agosto de 1994 en régimen de concierto de los servicios genera de Recogida, Transporte y Vertido de los Residuos Sólidos Urbanos; Limpieza Viaria y afines, del municipio de Mula.*

*3.º Incautar la garantía definitiva depositada por el contratista en el Ayuntamiento por importe de 42.924,56 euros, sin perjuicio de la obligación de indemnizar los daños y perjuicios producidos como consecuencia del incumplimiento por el contratista de sus obligaciones contractuales.*

*4.º Dar traslado de la presente propuesta al Consejo Jurídico de la Región de Murcia, al haberse formulado oposición por parte del contratista, con el fin de que por dicho Órgano*

*Consultivo, con carácter urgente, se emita dictamen y, a la vista del mismo, se resuelva lo que proceda.*

*5.º Suspender la tramitación del presente procedimiento hasta que se evacue el informe preceptivo por parte del Consejo Jurídico de la Región de Murcia.*

*6.º Notificar la presente resolución al contratista, haciéndole saber que contra dicho acuerdo no cabe formular alegaciones”.*

No consta acreditado en el expediente la notificación de este Acuerdo a la empresa contratista.

**DECIMOQUINTO.-** Con fecha 2 de junio de 2010, el Alcalde-Presidente de la Corporación solicita la emisión de Dictamen del Consejo Jurídico, el cual, a la vista de la documentación obrante en el expediente, en su sesión del día 16 de junio de 2010 adoptó el Acuerdo 4/2010 en el que, en relación con el Acuerdo plenario sobre el que se solicita el Dictamen, se hacía constar lo siguiente:

*“En el Acuerdo del Pleno adoptado en sesión celebrada el día 1 de junio de 2010, se resuelve el contrato de referencia, de forma que no procedería ya la emisión de Dictamen con carácter preceptivo, que habría de ser previa a la adopción del acto en cuestión y sobre una propuesta de finalización del procedimiento. Tampoco consta claramente la intención resolutoria del contrato al inicio del expediente por el Ayuntamiento, pues en la audiencia otorgada al contratista con ocasión de los Acuerdos adoptados por la Junta de Gobierno Local en sesiones celebradas los días 16 de febrero y 27 de abril de 2010, la resolución contractual se presentaba como una posibilidad aparejada a la reincidencia en la comisión de faltas graves.*

*Por tanto, de pretender la emisión del Dictamen exigido por la legislación básica de contratos y por el artículo 12.7 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia, han de subsanarse las carencias advertidas en la formulación de la consulta”.*

Asimismo se hacía constar que no se habían incorporado al expediente copia compulsada de una serie de documentos que resultaban precisos para la emisión, en su caso, del correspondiente Dictamen.

**DECIMOSEXTO.-** Recibido el Acuerdo antes citado el Ayuntamiento lleva a cabo las siguientes actuaciones:

1. El Pleno de la Corporación Local en sesión celebrada el 29 de junio procede a subsanar las deficiencias puestas de manifiesto por este Órgano Consultivo, aunque hace constar que, a su juicio, una correcta interpretación de lo acordado en su día permitía entender que lo que se sometía a Dictamen no era la resolución del contrato sino su propuesta.

2. En cuanto a la intención resolutoria del contrato al inicio del expediente se señala que, con independencia de la denominación empleada, resultaba claro que el expediente incoado se dirigía a la resolución del contrato y así lo entendió x. que en su escrito de alegaciones se opone a ello por entender que se había producido un incumplimiento previo de sus obligaciones por parte del Ayuntamiento.

Se acompaña copia compulsada de los documentos que se indicaban en el citado Acuerdo, entre los que figura el informe jurídico evacuado en relación con el expediente sancionador seguido contra x., en el que se señala la procedencia de desestimar las alegaciones formuladas por la mercantil con base en los siguientes argumentos jurídicos:

1.º La notificación del inicio del expediente sancionador no se encuentra viciada de nulidad, ya que la empresa recibió la notificación y formuló alegaciones, sin que se haya producido indefensión alguna.

2.º La resolución del contrato resulta procedente puesto que se ha producido, por parte de x., un incumplimiento de obligaciones contractuales esenciales.

3.º Los medios materiales cuya entrega requirió el Ayuntamiento en su día tienen la naturaleza de bienes de dominio público (cláusula tercera del contrato y artículo 4 del Real Decreto 1372/1986, de 13 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales) y, por lo tanto, son de titularidad pública, afectos a la prestación de un servicio público. Además dichos bienes se adquirieron por la mercantil como contratista adjudicatario de la concesión y, por tanto, se amortizan con cargo al servicio.

4.º La infracción que se imputa a la empresa contratista se encuentra tipificada en la cláusula 38 del Pliego de Prescripciones Técnicas.

5.º No se ha producido prescripción de la infracción, puesto que al tener el carácter de grave aún no ha transcurrido el plazo legal de dos años para que dicho instituto operase.

6.º No procede estimar conculcado el principio *non bis in idem* puesto que el primer expediente sancionador fue archivado por caducidad, sin que se llegara a imponer sanción alguna.

Se añade al no formular la empresa alegación contra el Pliego de Cargos que se le notificó ni haber propuesto prueba alguna que desvirtuase los incumplimientos que se le imputaban, debe considerarse probada la existencia de dicho incumplimiento en los términos que se recogían en el citado Pliego.

El informe finaliza con la propuesta de adoptar Acuerdo por el que se desestimen las alegaciones de x., se resuelva el contrato, se incaute la garantía definitiva y se dé traslado del expediente al Consejo Jurídico.

El Acuerdo Plenario y la documentación anexa tienen entrada en este Consejo Jurídico el día 30 de junio de 2010.

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 la resolución de los contratos administrativos cuando se formule oposición por parte del contratista, de acuerdo con lo establecido en el artículo 12.7 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia, en relación con lo dispuesto en el artículo 195.3, a) de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP).

#### **SEGUNDA.- Competencia, régimen jurídico aplicable y procedimiento.**

##### **I. Competencia.**

Adjudicado el contrato que nos ocupa por el Pleno del Ayuntamiento (conforme a la atribución competencial que en esta materia efectuaba el artículo 22.2,m) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local, hoy recogida en los apartados 1 y 2 de la

Disposición Adicional segunda LCSP), la resolución de aquél corresponde también al Pleno (artículo 207.1 LCSP y 109.1 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, en lo sucesivo RGCAP). La propuesta de resolución de contrato sometida a Dictamen de este Órgano Consultivo, adoptada por el Pleno de la Corporación Local, se ajusta a las normas competenciales citadas.

No cabe, sin embargo, afirmar tal circunstancia en lo que se refiere al acuerdo de incoación del expediente resolutorio, pues, si bien es cierto que los preceptos antes indicados no determinan el órgano competente para dicha incoación, ha de entenderse, como ha señalado el Consejo Consultivo de Andalucía en su Dictamen 140/1997, de 30 de octubre, que esta facultad corresponde a los mismos órganos que tienen atribuida la competencia para resolver el contrato, en este caso el Pleno y no la Junta de Gobierno Local (Acuerdo de 16 de febrero de 2010), salvo que actuase habilitada por aquélla circunstancia que no consta acreditada en el expediente.

## II. Régimen jurídico.

Como quiera que el contrato al que afecta el expediente de resolución fue adjudicado el 30 de junio de 1994, su régimen jurídico queda conformado por las disposiciones contenidas en el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales de 17 de junio de 1955 (RSCL) y las del Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales, de 9 de enero de 1953, (derogado por la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas), cuya remisión a la normativa estatal (Disposición Adicional Segunda) obliga, en este caso, a tomar en consideración la regulación sustantiva contenida en la Ley de Contratos del Estado (Texto articulado aprobado por Decreto 923/1965, de 8 de abril, en lo sucesivo, LCE) y en el Reglamento General de Contratación del Estado, aprobado por Decreto 3410/1975, de 25 de noviembre, (en adelante, RGCE)). Idéntica remisión efectuaba el entonces vigente artículo 112 del Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local. Supletoriamente resultan de aplicación las demás normas del Derecho administrativo y, en defecto de éstas, las normas del Derecho privado (art. 4.1.<sup>a</sup> LCE).

Por otra parte, deben tenerse en cuenta las estipulaciones contenidas en el PCEA, que incluye los pactos y condiciones definidoras de los derechos y de las obligaciones que asumen las partes en el contrato, constituyendo por ello la ley del mismo y vinculando por igual a la Administración y al contratista, en cuanto no se opongan a lo dispuesto en la normativa mencionada.

En cambio, y de acuerdo con reiterada doctrina del Consejo de Estado (entre otros, Dictámenes números 1767/2005, 2315/2004, 2314/2004, 2382/2003, 142/2003, 8/2003, 1598/2002, 527/2000 y 3437/99), la determinación de la Ley aplicable al procedimiento de resolución del contrato y a la competencia del órgano que debe acordarla se rige por criterios diferentes, distinguiendo a efectos de régimen transitorio entre aspectos materiales y procedimentales y aplicando a estos últimos la norma bajo cuya vigencia se inicia el procedimiento en cuestión. En particular, este procedimiento de resolución del contrato se incoó el 16 de febrero de 2010, y por consiguiente está sometido en sus aspectos procedimentales y de competencia tanto a la LCSP como al vigente Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (RGCAP), en lo que no se oponga a la citada Ley.

El anterior sistema de fuentes nos sitúa en el ámbito normativo dentro del cual debe analizarse la procedencia o no de la resolución del contrato. Y dentro de ese marco se aprecia como premisa fundamental que, en cuanto el contrato a que se refiere la consulta tiene por objeto la gestión de un servicio público, la posición de las partes contratantes y el contenido de derechos y obligaciones correspondientes a cada una de ellas presentan especiales características, justificadas por la satisfacción de una necesidad de interés público subyacente en el contrato. Son, precisamente, la protección e inalterabilidad de ese fin de interés público las que explican las modulaciones del régimen de estos contratos respecto de las reglas comunes de la contratación en general, justificando en el seno de una relación bilateral la existencia de importantes potestades administrativas unilaterales de dirección y policía así como las prerrogativas administrativas para decidir por sí misma la resolución del contrato, del *ius interpretationis* y de la *potestas variandi* sobre el objeto del contrato, poderes que se integran en el llamado privilegio de la decisión ejecutoria, cuyo efecto para el contratista no es otro que la sujeción a dicha potestad y el correlativo desplazamiento de la carga impugnatoria frente a los acuerdos administrativos dictados en ejercicio de aquélla (arts. 18 y 19 LCE, artículo 59 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 artículo 194 LCSP).

### III. Cuestiones procedimentales.

#### A) Sobre el procedimiento de resolución contractual.



El artículo 207 LCSP establece que la resolución del contrato se acordará por el órgano de contratación, de oficio o a instancia del contratista, en su caso, siguiendo el procedimiento que en las normas de desarrollo de la Ley se establezca. Al no haberse dictado en dichas normas el *iter* procedimental a seguir será, con observancia de las reglas establecidas en el artículo 195 LCSP, el previsto en el artículo 109 RGCAP que sujeta la resolución del contrato al cumplimiento de los siguientes requisitos:

- a) Audiencia del contratista por plazo de diez días naturales.
- b) Audiencia del avalista o asegurador si se propone la incautación de la fianza.
- c) Informe del Servicio Jurídico salvo en los supuestos de resolución por falta de constitución de la garantía definitiva y por demora en la ejecución del contrato.
- d) Dictamen del Consejo de Estado u Órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva, cuando se formule oposición por parte del contratista.

El expediente acredita el cumplimiento del trámite consignado en la letra a). Atendida la causa de resolución esgrimida en la propuesta sometida a consulta (incumplimiento de condiciones esenciales del contrato), resulta preceptivo el informe del Servicio Jurídico al que hace referencia el apartado b), que ha de entenderse cumplimentado con el informe visado por la Secretaría de la Corporación, pues han de tenerse en cuenta las reglas de la Disposición Adicional segunda de la LCSP sobre normas específicas de contratación en las Entidades Locales, la cual prevé, en su apartado 8, que los informes que la Ley asigna a los servicios jurídicos se evacuarán por el Secretario o por el órgano que tenga atribuida la función de asesoramiento jurídico de la Corporación. Por otra parte, la emisión del presente Dictamen persigue hacer efectivo el requisito de la letra d). Sin embargo, se constata que propuesta la incautación de la fianza no se ha otorgado el correspondiente trámite de audiencia al avalista previsto en el apartado b), omisión que habrá de subsanarse con carácter previo a la resolución del contrato si es que ésta finalmente se adoptase.

B) Sobre el régimen sancionador previsto en el contrato y procedimiento a seguir para hacerlo efectivo.

El régimen sancionador previsto en el contrato tiene naturaleza contractual o convencional. En los artículos 3 LCE, 4 TRLCAP y 25 LCSP se establece el principio de libertad de pactos en materia de contratación administrativa, siempre que no sean contrarios al interés público, al ordenamiento jurídico o a los principios de buena administración. En virtud de este principio se introdujo el régimen sancionador recogido en la cláusula 38 PCT. El contratista, al concurrir al

concurso y al firmar el contrato, aceptó que se le aplicase ese régimen sancionador, que resulta así plenamente vinculante para él.

El contrato, sin embargo, no preveía el procedimiento a seguir para aplicar las sanciones, aunque dejaba patente la necesidad de conceder audiencia previa al contratista para que alegase lo que a su defensa conviniese. Ante esa falta de previsión contractual el Ayuntamiento ha seguido en términos generales lo previsto en la LPAC y en el Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionador, aprobado por Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto.

Pues bien, esta opción, como ha declarado reiteradamente el Consejo de Estado (entre otros, en su Dictamen 829/1997) y este Consejo Jurídico (por todos, Dictamen 35/2004), no resulta correcta, pues, como indican las SSTs, Sala 3.<sup>a</sup>, de 30 de octubre de 1995 y 6 de marzo de 1997, *“cuando la conducta sancionadora se produce en el seno del contrato y el efecto que de ella se deriva se encuentra previsto en el pliego de condiciones, no se está ante una sanción, en sentido estricto, por lo que no es procedente aplicar a su imposición el procedimiento sancionador legalmente establecido al efecto”*. Teniendo en cuenta que, como apunta la segunda de las sentencias citadas, la imposición de esta clase de penalidades se incluye dentro de las *“facultades de coerción sobre los contratistas para una correcta ejecución del contrato”*, no es extraño que el artículo 1.3, segundo párrafo, del citado Real Decreto excluya su aplicación, incluso supletoria, a los supuestos en que la Administración ejercite potestades disciplinarias sobre los que están vinculados con ella por una relación contractual. Así pues, la potestad sancionadora dimanante de un contrato administrativo es un supuesto de potestad disciplinaria sobre el contratista que ha de ejercitarse, en principio, conforme a lo dispuesto en los artículos antes mencionados, relativos a las prerrogativas administrativas de dirección y control del contrato, encaminadas a procurar su adecuado cumplimiento.

En cualquier caso, como afirma el Consejo de Estado en el Dictamen antes citado, la aplicación del procedimiento sancionador no supone una ilegalidad que pudiera acarrear la nulidad del procedimiento, *“es más, aunque hipotéticamente se aceptara una nulidad formal de procedimiento (...) los trámites esenciales deberían conservarse (artículo 66, Ley 30/1992) y entenderlos convertidos (artículo 65, Ley 30/1992) en los propios de un procedimiento normal de resolución de contrato en el que el contratista había tenido cumplido conocimiento -al margen de que se utilizara un cauce sancionador- de las causas de resolución y habría podido alegar sin limitación material ni formal alguna sobre ellas en, a menos, cinco ocasiones”*.

C) Sobre la ampliación del plazo para resolver y notificar el expediente sancionador.

Como se ha recogido en los Antecedentes del presente Dictamen la Junta de Gobierno Local, mediante Acuerdo adoptado el 27 de abril de 2010, procedió a ampliar el plazo para resolver y notificar el expediente sancionador incoado a x., basándose para ello en lo dispuesto en el artículo 49 LPAC, cuyo apartado 1 prevé que *“la Administración, salvo precepto en contrario, podrá conceder de oficio o a petición de los interesados una ampliación de los plazos establecidos, que no exceda de la mitad de los mismos, si las circunstancias lo aconsejan y con ello no se perjudican derechos de tercero”*.

La LPAC trata de la ampliación de los plazos en dos sitios distintos: artículo 42 y artículo 49; y aunque ambos preceptos se refieran a prórroga de plazos, se trata de cuestiones distintas, pues en el 42.6 lo que se alarga es el tiempo total de duración del procedimiento, mientras en el 49.1 lo que se amplía es el plazo de un trámite determinado.

Según lo anterior resulta evidente que la ampliación que llevó a cabo el Ayuntamiento debió basarse en el artículo 42.6, cuyo tenor literal dispone lo siguiente:

*“Cuando el número de las solicitudes formuladas o las personas afectadas pudieran suponer un incumplimiento del plazo máximo de resolución, el órgano competente para resolver, a propuesta razonada del órgano instructor, o el superior jerárquico del órgano competente para resolver, a propuesta de éste, podrán habilitar los medios personales y materiales para cumplir con el despacho adecuado y en plazo.*

*Excepcionalmente, podrá acordarse la ampliación del plazo máximo de resolución y notificación mediante motivación clara de las circunstancias concurrentes y sólo una vez agotados todos los medios a disposición posibles.*

*De acordarse, finalmente, la ampliación del plazo máximo, éste no podrá ser superior al establecido para la tramitación del procedimiento.*

*Contra el acuerdo que resuelva sobre la ampliación de plazos, que deberá ser notificado a los interesados, no cabrá recurso alguno”*.

Los plazos se establecen para ser cumplidos y esta regla resulta válida tanto para los interesados como para la Administración, de ahí que la LPAC configure un ejercicio excepcional de esta potestad que se justifica en la propia inalterabilidad de los plazos, cuyo fundamento último se

encuentra en el principio de seguridad jurídica, cuyo sentido se ve reforzado si se trata de la ampliación del plazo de duración total del procedimiento. Ello explica que sólo se permita la ampliación cuando exista una imposibilidad material de resolver y notificar los procedimientos motivada por el elevado número de solicitudes formuladas o de personas afectadas, circunstancias que no concurren en el supuesto que nos ocupa.

Partiendo de que estos son los dos únicos casos contemplados por el legislador, la Administración no puede decidir de forma unilateral la ampliación de los plazos ante la concurrencia de cualquiera de estos supuestos, es preciso, con carácter previo, haber agotado todos los medios personales y materiales disponibles y aun así esa ampliación no resultaría idónea en el seno de procedimientos sancionadores o en los que se ejercen potestades exorbitantes susceptibles de producir efectos gravosos para los interesados (categoría esta última en la que encaja el procedimiento de resolución contractual). En este sentido se manifiesta la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja de 25 de enero de 2002 al afirmar que *“la excepcional medida de ampliación del plazo máximo de resolución sólo está legalmente contemplada para procedimientos iniciados a instancia de parte o susceptibles de producir efectos favorables a los interesados y siempre que en ellos exista un gran número de solicitudes o resulte afectado un elevado número de personas. Por el contrario, en los procedimientos iniciados de oficio en los que la Administración ejercite potestades sancionadoras o susceptibles, en general, de producir efectos desfavorables o de gravamen, la norma específica del artículo 44 de la Ley 30/92, no sólo no contempla la posibilidad de aquella excepcional medida ampliatoria, sino que terminantemente ordena la caducidad y el archivo del expediente para el supuesto de haber vencido el plazo máximo establecido sin haberse dictado y notificado la resolución expresa procedente. Y no debe perderse de vista que la ampliación de oficio de los plazos legalmente establecidos, que autoriza con carácter general el artículo 49 de la propia Ley 30/92, tiene siempre como límite el que con tal medida no se perjudiquen derechos de tercero. Precepto que lleva a igual conclusión de que en los procedimientos sancionadores o susceptibles de efectos desfavorables o de gravamen no está autorizada la ampliación del plazo legal máximo de resolución”*.

En definitiva, el presupuesto legal de referencia, dado su carácter de excepción obliga a interpretarlo en sentido estricto, no siendo susceptible de extensión analógica a casos no contemplados en la norma, pues como ha expresado el Tribunal Supremo en Sentencia de 26 de febrero de 1992 en la aplicación de excepciones no es lícito interpretaciones extensivas o analógicas (doctrina ínsita en el artículo 4.2 del Código civil), y excepcional es el supuesto de ampliación del plazo máximo de resolución de los procedimientos administrativos, como así lo

llama la norma que lo autoriza; razón por lo que sólo cabrá esta medida, y en su caso, para los concretos presupuestos que la propia norma señala.

El TS ha tenido ocasión de pronunciarse respecto de concretos expedientes en los que se había ampliado el plazo para resolver y notificar al amparo de lo dispuesto en el artículo 42.6. Así, en Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de 10 de julio de 2008, se afirma que la ampliación de plazo que se llevó a cabo en el expediente objeto del litigio resultaba justificada atendiendo *“a la necesidad de contrastar una muy abundante información relativa a múltiples líneas telefónicas (‘correspondientes a más de cien denunciantes’) y a la evidente complejidad del expediente. Y es que tanto la primera como la segunda resolución ampliatoria de los plazos están sobradamente justificadas, sin que las razones para ello se deban limitar en este caso al ‘número de solicitudes formuladas o del número de personas afectadas’, motivos determinantes más bien de un incremento en la habilitación de medios personales y materiales para su despacho”*. Asimismo, en Sentencia de la misma Sala de 18 de septiembre de 2009, al analizar el citado artículo 42.6, dice que *“la Ley prevé, en consecuencia que ante la acumulación de un número excesivo de asuntos a resolver se habiliten los medios personales y materiales necesarios para resolver en plazo dichos asuntos. Y que, excepcionalmente, ‘agotados todos los medios a disposición posibles’ (...) en el caso de autos la razón para la aplicación de la ampliación del plazo está claramente determinada, el número de expedientes -cuantificándose incluso los del año, a los que había que sumar los de años anteriores todavía en tramitación-, y la necesidad de recabar informes externos, cuya mayor o menor rapidez de tramitación no depende directamente del órgano que ha de resolver. Y, en cuanto a la utilización de otros medios, es verdad que, como la Sala de instancia señala, la Orden no especifica si se pudo arbitrar o no algún otro medio extraordinario -tan sólo se afirma que “se consideran agotados todos los medios a disposición posibles”-, y solamente a posteriori se ha aducido la imposibilidad de trasladar personal a la unidad administrativa afectada. Sin embargo, tampoco la empresa solicitante de la licencia sugiere ninguna otra posibilidad de medios extraordinarios para el puntual cumplimiento del plazo ordinario para resolver. Por otra parte, debe también admitirse que si la Administración ha de hacer frente a una excesiva acumulación de expedientes de cualquier género tiene que enfocar el cumplimiento regular de los plazos de una manera global respecto a todos ellos, por encima de las incidencias de cada expediente en concreto, por lo que la ampliación del plazo se presenta como una respuesta extraordinaria razonable para el conjunto de tales expedientes”*.

No existiendo una analogía clara entre los supuestos de hecho contemplados en estas sentencias (elevado número de personas afectadas -más de cien denunciantes- en la primera y excesiva acumulación de expedientes en la segunda) y las concretas circunstancias que según el

Ayuntamiento concurren en el presente expediente *“cuantía y complejidad (que) ha exigido un informe completo y minucioso que se ha dilatado en el tiempo”*, se hace preciso valorar el riesgo jurídico de una eventual declaración judicial de caducidad lo que, a juicio de este Órgano Consultivo, aconseja plantearse la conveniencia de que dicha declaración se lleve a cabo en vía administrativa, iniciando un nuevo expediente, posibilidad que se ve avalada por el hecho de que no consten debidamente acreditadas en el expediente razones de urgencia para la resolución del contrato, pues el servicio se está prestando directamente por la Corporación Local. De aceptarse esta sugerencia se ha de tener en cuenta que en aplicación del principio general de conservación de actos y trámites que consagra el artículo 66 LPAC, no será necesario que el nuevo expediente que se incoe con dicho objeto sea tramitado íntegramente, sino que se podrán dar por reproducidos todos los informes y propuestas de resolución ya emitidos con anterioridad, debiendo practicarse, respecto del acuerdo del inicio del nuevo expediente, el trámite de audiencia al contratista, en aras a no causarle indefensión, y al avalista al haberlo omitido en el actual.

Por otro lado, el órgano competente para decidir la ampliación es el competente para resolver el procedimiento que, en este caso, lo es, como se dice en el apartado I de la presente Consideración, el Pleno de la Corporación Local. Esta regla competencial no se respeta en el acuerdo de ampliación que se adoptó por la Junta de Gobierno Local, sin que conste que lo hiciese por delegación del Pleno.

D) Sobre la suspensión del plazo para resolver y notificar la resolución.

En el mismo Acuerdo plenario por el que se propone resolver el contrato se decide suspender el cómputo del plazo con ocasión de recabar el presente Dictamen, amparándose para ello, aunque no se diga expresamente, en el artículo 42.5,c) LPAC. Esta posibilidad ha sido admitida por el Consejo Jurídico en anteriores Dictámenes (por todos, el 90/2009). No obstante, advertíamos en otro algo más reciente (el 181/2009), que, 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, fuera 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), la efectividad de la suspensión del citado plazo de caducidad parece razonable referirla 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 fijarse 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). Será preciso, pues, acreditar que la petición de Dictamen y consiguiente suspensión del plazo son comunicadas al interesado, no para demorar la eficacia de la suspensión acordada a la fecha en que se notifiquen tales acuerdos, como se razona en nuestro Dictamen 181/2009, pero sí a 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), como exige el artículo 42.5,c) LPAC, al establecer que tanto la petición del informe como su recepción, deberán comunicarse al interesado, lo que no aparece documentado en el presente expediente.

**TERCERA.- Sobre la suspensión en la ejecución del contrato.**

En el supuesto de que la Administración se demore en el pago del precio el contratista puede disponer la suspensión de la ejecución del contrato (artículos 99.5 del derogado TRLCAP y 200.5 de la vigente LCSP). Ahora bien, si con la regulación vigente desde la Ley 13/1995 la suspensión no precisa de un acto administrativo previo, de manera que basta con el preaviso de un mes impuesto legalmente, en el régimen jurídico aplicable al contrato cuya resolución se dictamina, el contratista, en caso de impago por más de seis meses, *“podrá solicitar de la Administración la declaración de suspensión temporal”* (artículo 144 RGCE). Se exige, pues, un acuerdo por parte de la Administración para que se produzca dicha suspensión temporal, acuerdo que, en el supuesto que nos ocupa, no se ha producido de forma expresa, aunque cabe entender que sí lo ha sido de forma tácita dado que llegada la fecha anunciada por el contratista para el comienzo de dicha suspensión la Corporación Local dirige escrito a la contratista en el siguiente sentido: *“...teniendo en cuenta que todos los medios mecánicos necesarios para la correcta prestación del Servicio se encuentran adscritos al mismo, y por ello, han de ser puestos a disposición de la Administración titular del Servicio, desde el mismo momento en que se produce la suspensión del contrato, y con el fin de evitar los graves perjuicios derivados de la interrupción en la prestación de un servicio esencial para los vecinos de Mula, por medio de la presente se les requiere formalmente para que, en el improrrogable plazo de 48 horas, pongan a disposición del Excmo. Ayuntamiento de Mula los medios mecánicos necesarios para la correcta prestación del Servicio de Recogida de Residuos Sólidos Urbanos y Limpieza Viaria”*.

Sin perjuicio de lo anterior, cabe formular las siguientes consideraciones en relación con el supuesto que nos ocupa:

1.<sup>a</sup> El contrato que se pretende resolver tienen por objeto la gestión de un servicio público lo que conlleva que la posición de las partes y el contenido de derechos y obligaciones correspondientes a cada una de ellas presenten especiales características, justificadas por la satisfacción de una necesidad de interés público subyacente en el contrato. Esta peculiar configuración del contrato de gestión del servicio público que exige una continuidad en su prestación justifica que la suspensión como tal no se contemple en las particulares disposiciones contenidas en la LCE y en su Reglamento en relación con el citado contrato, sin que tampoco dicha posibilidad se prevea en el TRLCAP y en la LCSP, si bien en dichos textos legales se configura una causa de resolución por demora superior a seis meses por parte de la Administración en la entrega al contratista de la contraprestación o de los medios auxiliares a que se obligó según el contrato (artículos 73 LCE, 167,a) TRLCAP y 262,a) LCSP).

Es básico en el régimen del servicio público que su prestación a los usuarios se efectúe con la continuidad requerida, para satisfacer la necesidad que con el mismo se atiende. A este principio se ha referido el Tribunal Supremo en numerosas sentencias, así, entre otras, la de 22 de febrero de 1982 en la que afirma que *“la continuidad en la prestación del servicio es la nota esencial de todo servicio público y, por lo tanto, un principio inmanente en la naturaleza de la institución”*.

2.<sup>a</sup> La paralización en la ejecución del contrato con motivo del impago por la Administración de las certificaciones o facturas, no impide que ésta, a pesar de encontrarse en una situación de incumplimiento (demora en el pago del precio), pueda incoar un expediente de resolución de contrato por culpa del contratista cuando éste haya incurrido a su vez en causa de resolución.

#### **CUARTA.- Incumplimientos contractuales alegados por la Administración.**

Tal como viene afirmando este Órgano Consultivo en numerosos Dictámenes (por todo, el 104/2008) la potestad resolutoria conferida a la Administración en relación a los contratos sometidos al Derecho Administrativo se enmarca dentro del ámbito de las denominadas prerrogativas, previstas en el artículo 194 LCSP y concebidas por la doctrina como facultades exorbitantes, cuyo ejercicio no se produce, con carácter general, de una manera automática, sino cuando lo exija el interés público implícito en cada relación contractual, fundándose así en el servicio objetivo a los intereses generales que el artículo 103 de la Constitución proclama de la actuación administrativa.

La existencia de estas prerrogativas no es incompatible con la noción de contrato configurada en el ámbito civil, al contemplar el propio Código Civil en su artículo 1.258 que la



buena fe, el uso o la ley pueden imponer a las partes contratantes obligaciones que, aun no estando expresamente pactadas, deriven de la naturaleza de su contenido.

En este sentido, resulta conveniente recordar algunos pronunciamientos del Tribunal Supremo que conforman una jurisprudencia que ha de tenerse en cuenta para dar respuesta a la cuestión planteada en el presente Dictamen.

Así, entre otras, la Sala 3ª del TS en su Sentencia de 16 de mayo de 1997, señala lo siguiente:

*“En cualquier tipo de contratación -artículo 1225 del Código Civil- y específicamente en la contratación administrativa –artículos 3 de la Ley de Contratos del Estado y 4 de su Reglamento-, los contratos han de cumplirse con sujeción a lo pactado, siempre bajo la cobertura jurídica de los principios de buena fe, equidad y mantenimiento del equilibrio económico entre las prestaciones, lo que obliga a una ponderación idónea a las circunstancias concurrentes en cada caso, en función de las desviaciones que se produjeran respecto a lo estrictamente convenido, ponderación que debe tener su máxima expresión cuando tales desviaciones devienen reales incumplimientos, generadores de una acción resolutoria contractual, habiéndose de precisar al efecto, que - Sentencia del Tribunal Supremo de 25 noviembre 1985- para el éxito de dicha acción es preciso que la parte que la ejercite haya cumplido las obligaciones que le incumbían. (...)*

*Tal como tiene declarado la jurisprudencia de este Tribunal -Sentencias de 23 de febrero 1979, 16 octubre 1984, 11 de marzo 1985, etc.- el principio de conservación de los contratos válidamente celebrados restringe su posible resolución a los supuestos en que se potencie una voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento o se produzca un hecho obstativo que lo impida de forma definitiva, siendo, en todo caso, el incumplimiento capaz de justificar la resolución contractual únicamente el que afecta a las obligaciones principales y no el que sólo incide en las accesorias o complementarias”.*

De todo ello ha de extraerse la conclusión de que, si bien el incumplimiento de la Administración de sus obligaciones de pago no legitima al contratista para incumplir las suyas, tampoco es admisible que cualquier incumplimiento de éste pueda ser considerado suficiente para que la Administración resuelva, por tal causa, el vínculo contractual de que se trate; habrá de estarse a las circunstancias del caso concreto para ponderar el carácter principal o accesorio de las obligaciones incumplidas por el contratista y el alcance obstativo o no de tales incumplimientos en relación con el objeto y fines del contrato. Y todo ello con respeto al principio de buena fe

contractual y la necesidad de que el ejercicio de la potestad resolutoria guarde la debida proporcionalidad entre la tutela del interés público y los derechos de los particulares. En este sentido el Consejo de Estado ha señalado: *"En último término, la facultad de resolución constituye de suyo una consecuencia tan grave que obliga a estimarla aplicable tan sólo a los casos más graves de incumplimiento, pues resultaría notoriamente desproporcionado e injusto que cualquier incumplimiento, aun mínimo, supusiera tal resolución, ya que ésta constituye una opción que la Administración ha de ejercer siempre con obligada medida"* (Dictamen 41.941, de 1 de marzo de 1979).

Partiendo de lo anterior, es necesario delimitar con precisión los incumplimientos que sirven de base a la pretensión resolutoria municipal, aunque, al calificar la Administración de esenciales dichos incumplimientos resulta adecuado abordar, con carácter previo, qué puede entenderse por incumplimiento esencial. 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 de abril de 1987 y 14 de noviembre de 2000). 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 de mayo de 1997). A los efectos de apreciar un incumplimiento bastante para la resolución contractual, lo determinante debe ser que afecte a la prestación principal del contrato y que se exteriorice a través de una inobservancia total o esencial de dicha prestación (STS, Sala 3ª, de 1 de octubre de 1999).

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, corresponde al Ayuntamiento justificar tal calificación en cada uno los incumplimientos que imputa al contratista, los cuales se procede a analizar a continuación:

1. En lo que respecta al *"incumplimiento por parte del contratista de la obligación de disponer de todos los equipos y maquinarias necesarios para la prestación del Servicio según su oferta presentada"*, debe destacarse que dicha obligación no viene establecida ni en el contrato ni en los pliegos, sino que se trata de una mejora de la empresa, formulada en su oferta, en concreto, en el apartado 3.7, en el que se establece un plan de renovación del material en los siguientes términos:

*“Toda la maquinaria que se oferta es de nueva adquisición, y se amortizará en un periodo de 10 años. Una vez transcurrido este periodo se sustituirá por material y equipos de nueva adquisición, de similares características a los ofertados”.*

No obstante el contratista viene obligado a cumplir dicha previsión debido a que el artículo 11 del PCEA recoge como contenido del contrato la oferta del adjudicatario. Sólo resta determinar si el incumplimiento tiene la suficiente entidad para justificar la drástica medida que supone una resolución contractual, y en este sentido cabe señalar que el Ayuntamiento no ha acreditado que la falta de renovación del material y equipos haya afectado al cumplimiento de la obligación principal del contrato, cuyo incumplimiento puede conllevar las correspondientes medidas sancionadoras, pero no justifica la resolución del contrato.

2. Distinta consideración merece sin embargo la segunda de las causas de resolución esgrimida por el Ayuntamiento, basada en el incumplimiento por parte de x. de la obligación establecida en la cláusula tercera del contrato, en virtud de la cual venía obligada a mantener adscritos al servicio de recogida los equipos propios ofertados.

Antes de entrar en esta cuestión, hay que analizar, siquiera sea brevemente la afirmación que se contiene en la propuesta de resolución mediante la que se anuda la adscripción de los medios materiales ofertados por el contratista a la prestación del servicio con la titularidad municipal de aquéllos: *“incumplimiento de la obligación de x. de poner a disposición del Ayuntamiento todos los medios materiales adscritos al Servicio y, por tanto, de titularidad municipal”*. Esta titularidad se pretende justificar en el contenido del artículo 4 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales, aprobado por Real Decreto 1372/1986, de 13 de junio, precepto que, en realidad, se limita a determinar qué bienes de los que conforman el patrimonio de las Entidades Locales tienen la naturaleza de bienes de servicio público, pero partiendo que tanto éstos como los que tengan el carácter de patrimoniales han de ser de titularidad de la Corporación Local. La adscripción de un bien a la prestación de un servicio no genera por sí misma la traslación de su titularidad a favor de la Administración que lo sea del servicio, circunstancia que viene a admitir el Ayuntamiento de Mula cuando recoge en el artículo 19.3 del PCEA que la declaración de caducidad del contrato determinará el cese de la gestión del contratista y la incautación de los elementos de la empresa afectos al servicio, para asegurar la continuidad en su prestación.

Ahora bien, el contratista a pesar de conservar la propiedad de los medios materiales ofertados venía obligado a mantener su afectación a la prestación del servicio, porque dicha

afectación determina la vinculación de aquéllos a un régimen jurídico que les otorga una especial protección frente a pretensiones de terceros e, incluso, de sus titulares.

En efecto, cuando se trata de bienes de la Administración, de los que ésta es titular propietaria, los mismos se califican como demaniales, o de dominio público, lo que comporta un régimen peculiar, que los excluye del tráfico jurídico *inter privatos*, ya que son inalienables, imprescriptibles e inembargables.

Si, por el contrario, se trata de otros bienes también afectos al servicio, pero que no son propiedad de la Administración, sino del contratista, o incluso de bienes cuya titularidad pertenece a un tercero (afectaciones *a non domino*), la doctrina admite que, aunque la Administración no ostenta un derecho de propiedad, ni en consecuencia se trata de bienes demaniales, es titular de un derecho real administrativo, *in re aliena*, que le faculta para mantenerlos en su destino público frente a cualquiera, incluso su propietario.

La afectación de estos bienes a la prestación del servicio público, determina que también sean indisponibles, por exigencia de la continuidad del servicio y para garantizar asimismo, cuando proceda, la reversión de los mismos a la Administración. De ahí la prohibición de que el contratista enajene los bienes afectos al servicio que hayan de revertir a la Entidad local, ni tampoco gravarlos, a no ser que la Corporación lo autorice expresamente, conforme determina el artículo 128.1.4ª RSCL y se recoge expresamente en el artículo 15 del PCEA del contrato cuya pretensión resolutoria es objeto del presente Dictamen.

De lo expuesto se constata el incumplimiento por parte del contratista de una obligación que le venía impuesta tanto por la normativa aplicable al tipo de contrato suscrito como por el contenido del contrato y de los pliegos, obligación que, además, ha de ser calificada de esencial, pues de su cumplimiento dependía la continuidad de la prestación del servicio, sin que resulte de recibo la postura de x. que pretende justificar tal incumplimiento en el previo de la Administración, es decir, se apoya en la *exceptio non adimpleti contractus*, olvidando que nos encontramos ante un contrato administrativo que no consiente que la contratista pueda oponerse, por este cauce, a la facultad resolutoria de la Administración. Los incumplimientos de la Administración sólo dan lugar a la resolución en los casos previstos en la legislación de contratos, incumbiendo en tal supuesto al contratista la solicitud de la resolución, sin que éste pueda llegar al extremo de incumplir so pretexto de la omisión o el retraso por el órgano de contratación en el cumplimiento de la que le era propia.

Por otro lado, cabe señalar que la obligación de mantener la adscripción de medios a la prestación del servicio lo es sin perjuicio del derecho que el contratista tendría a ser compensado económicamente por ello, tal como se desprende no sólo de la interdicción de la figura del enriquecimiento injusto sino de la interpretación analógica del artículo 19 del PCEA transcrito en el Antecedente primero del presente Dictamen.

**QUINTA.- Incumplimiento del Ayuntamiento de su obligación de pago del precio del contrato.**

Como se ha visto el incumplimiento en que se basa la Administración para proponer la resolución del contrato concurre, pero de los antecedentes fácticos del expediente remitido a este Órgano Consultivo resulta que se han dado en la vida del contrato otras circunstancias que denotan un grave incumplimiento por parte de la Administración contratante consistente en la falta de pago del precio del contrato por cantidades elevadas y durante un período muy dilatado de tiempo.

Tal como se afirma en la anterior Consideración dicha situación deudora de la Administración no exonera al contratista del cumplimiento de sus obligaciones, pues como ha puesto de manifiesto la jurisprudencia, el incumplimiento previo de la Administración no habilita al contratista a incumplir sus obligaciones (entre otras Sentencias del Tribunal Supremo de 12 de julio de 1983, 2 de noviembre de 1983, 19 de junio de 1984), pues el interés público demanda el regular desenvolvimiento del contrato administrativo e impide la aplicación de la *exceptio non adimpleti contractus*, debido a que en el contrato se da una modulación del principio de reciprocidad entre las obligaciones bilaterales, que no tiene la misma trascendencia que en el contrato civil, pues mientras cualquier incumplimiento de las cláusulas del contrato autoriza a la Administración para acordar su resolución, los incumplimientos de la Administración sólo dan lugar a la resolución del mismo en los casos previstos en la legislación de contratos, previa petición del contratista.

Ahora bien este incumplimiento por parte de la Administración de su obligación de pago, especialmente grave por el riesgo que finalmente se ha materializado de que la prestación del servicio se interrumpiera, viéndose así desprotegido el interés público cuya consecución incumbe de especial manera al Ayuntamiento contratante, no deja de tener incidencia sobre los efectos propios de la resolución del contrato.

El principio pacíficamente admitido en Derecho privado que no puede admitirse que el daño sufrido por una persona corra a cargo exclusivamente del agente cuando la misma ha contribuido

también a su producción, es plenamente aplicable al ámbito de la contratación administrativa, en donde al incumplimiento culpable del contratista puede sumarse, sin duda, el de la propia Administración contratante, dando así lugar a una concurrencia de culpas.

Las normas sobre contratación administrativa no contemplan de modo expreso estos supuestos de concurrencia de incumplimientos ni, por lo tanto, regulan las consecuencias que pudieran tener sobre los efectos propios de la resolución. Sin embargo, tanto el Consejo de Estado como el Tribunal Supremo han venido pronunciándose sobre concretos supuestos de concurrencia dando lugar a un cuerpo doctrinal y jurisprudencial que vienen a reconocer la procedencia de moderar los efectos de dicha resolución.

En este sentido el Tribunal Supremo ha mantenido siempre la necesidad de ponderar las consecuencias de la resolución de los contratos cuando su incumplimiento no es solo imputable al contratista, aunque en su jurisprudencia parecen coexistir dos corrientes distintas. Una primera que, ante la concurrencia de incumplimientos, niega que el contrato pueda resolverse por causa imputable al contratista porque, para que ello sea posible, es necesario un incumplimiento de las obligaciones contractuales exclusivamente debidas a la empresa y un correlativo cumplimiento de las suyas por parte de la Administración (Sentencia de 22 de julio de 1987); postura defendida también en Sentencia de 14 de diciembre de 2001 (RJ 2002/1434, en la que se considera acreditado que el contratista ha incumplido el plazo estipulado para la ejecución de las obras, pero se advierte *“una grave demora por parte del Ayuntamiento en el pago de las certificaciones de obra, reiteradamente reclamado por aquel y a cuyas reclamaciones hizo oídos sordos el Ayuntamiento, como explica la Sentencia de instancia, que dejó de cumplir su recíproca obligación de pago”*. En estas circunstancias, *“obvia resulta la improcedencia de declarar la resolución del contrato”* que no puede considerarse un efecto *“automáticamente procedente ante el incumplimiento o retraso en la ejecución de las obras”*. Y una segunda corriente que, por el contrario, estima que el incumplimiento de la Administración no impide la resolución del contrato por culpa del contratista, si bien *“no debe dar lugar ni a la pérdida de la fianza ni a indemnización de daños y perjuicios a la Administración, cuando la culpa de la empresa contratista queda compensada por la propia culpa de la Administración contratante”* (Sentencia de 14 de junio de 2002).

Por su parte el Consejo de Estado afirma en su Dictamen 42716/1979 *“la procedencia de que no se lleve a cabo la pérdida de la fianza, ya que al configurar la misma como una cláusula penal que no sustituye a la indemnización de daños y perjuicios (art. 53, 1º LCE), no puede enmarcarse en la línea de solución procedente en este, dado además que tal pérdida está prevista*

*para los supuestos en que no concorra culpa relevante por parte de la Administración, según reiterada doctrina de este Consejo”. O, en el Dictamen de 22 de febrero de 1979 (expediente 42000) en el que al considerar que, al haberse producido un incumplimiento del contrato imputable sustancialmente a ambas partes, la resolución no debe dar lugar ni a pérdida de la fianza ni a indemnización de daños y perjuicios a la Administración, ya que la culpa del contratista queda sobradamente compensada por la de la Administración, que, a su vez, debería indemnizar al contratista. En sentido similar en un Dictamen más reciente, concretamente el 3204/2001, de 14 de febrero, en el que declara procedente la propuesta de resolución de un contrato ante el hecho acreditado del incumplimiento del contratista, si bien estima que “*dado que en este caso la culpabilidad en la demora está muy compartida lo razonable y equitativo, a juicio de este Consejo, es que acuerde la resolución del contrato sin pérdida de la fianza*”.*

Lo anterior resulta de aplicación, con carácter general, cuando, junto con el incumplimiento del contratista, puede apreciarse el de la Administración, pero hay que tener en cuenta que estos últimos pueden ser de muy distinta naturaleza e intensidad y, por lo tanto, tener consecuencias distintas. En el supuesto que nos ocupa está claro que dicho incumplimiento ha causado al contratista un daño de naturaleza económica por el que la Administración ha de responder. En este sentido se ha pronunciado el Consejo de Estado entre otros en sus Dictámenes 1438/2001, de 31 de mayo, y 2517/2002, de 3 de octubre, en los que afirma que la resolución del contrato debe ponderarse conforme a las normas y principios ordenadores de la culpa contractual. De igual modo lo ha hecho el Tribunal Supremo que en su Sentencia de 22 de julio de 1987 alude expresamente al derecho del contratista a ser indemnizado, con fundamento en las normas establecidas en el Código civil, por los perjuicios que la Administración le cause en su actuación. En conclusión, la Administración ha de responder de los daños que con su incumplimiento cause al contratista porque ésta es la solución que procede en aplicación de las reglas que determinan la responsabilidad de las partes en el ámbito de las relaciones contractuales.

Atendiendo las anteriores circunstancias en relación a la incidencia del proceder de la Administración en la relación contractual, a cuya vista resulta difícil apreciar la sola y exclusiva culpabilidad del contratista, aunque sí una conducta suficientemente relevante para acordar la resolución del contrato, procede declarar dicha resolución, pero sin incautación de la fianza y con la apertura de un expediente contradictorio para determinar el alcance de las indemnizaciones por daños y perjuicios que corresponda hacer efectivas a cada una de las partes incumplidoras, determinando la compensación que resulte pertinente.

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

## **CONCLUSIONES**

**PRIMERA.**- En el supuesto de que la petición de Dictamen a este Consejo Jurídico no se hubiese comunicado al interesado el procedimiento estaría caducado en los términos que se señalan en la Consideración Segunda, III, (apartado D) *in fine*).

**SEGUNDA.**- Aunque hubiese operado la suspensión prevista en el artículo 42.5,c) LPAC, se sugiere al Ayuntamiento consultante la conveniencia de declarar la caducidad del procedimiento e iniciar un nuevo expediente, tal como se indica en la Consideración Segunda, III, c).

**TERCERA.**- Procede la resolución del contrato en los términos que se señalan en la Consideración Cuarta, sin incautación de la fianza debido a que la pérdida de la garantía está prevista para los supuestos en que no concurra culpa relevante por parte de la Administración, como se dice en la consideración Quinta.

**CUARTA.**- Procede, asimismo, la apertura de un expediente contradictorio para determinar el alcance de las indemnizaciones por daños y perjuicios que corresponda hacer efectivas a cada una de las partes, determinando la compensación que resulte pertinente.

No obstante, V.S resolverá.





## DICTAMEN 152/2010

**Asunto** Revisión de oficio del Acuerdo de Consejo de Gobierno de 7 de marzo de 2003, por el que se estima el recurso de alzada interpuesto por x, en nombre y representación de - -, S.L., contra la Orden de 31 de enero de 2001, de la Consejería de Obras Públicas y Ordenación del Territorio, por la que se aprobó definitivamente la revisión del Plan General de Ordenación Urbana de Murcia.

**Consultante** Consejera de Presidencia y Administración Pública

**Fecha** 30/08/2010

### Extracto de Doctrina

En la interpretación dada al apartado f) del artículo 62.1 LPAC, ha tenido ocasión de destacar este Consejo Jurídico que la causa descrita de nulidad será aplicable cuando se trate del incumplimiento de un requisito esencial para la adquisición de derechos o facultades, no cuando se incumpla cualquier requisito, aunque sea exigible para la validez del acto, sobre la base de la interpretación restrictiva que ha de hacerse de la nulidad de pleno derecho, siendo el procedimiento de lesividad la regla y la revisión de oficio la excepción. En este sentido, el Consejo de Estado ha distinguido entre requisitos necesarios y esenciales, y sólo el incumplimiento de estos últimos vicia de nulidad de pleno derecho al acto administrativo,

### ANTECEDENTES

**PRIMERO.-** Por Orden del titular de la Consejería de Obras Públicas y Ordenación del Territorio de 31 de enero de 2001, se aprobó definitivamente la Revisión del Plan General Municipal de Ordenación del término de Murcia (PGMO en lo sucesivo), a reserva de la subsanación de deficiencias e incorporación de las determinaciones que se indicaron, siendo objeto de publicación, conjuntamente con la normativa del Plan, en el Boletín Oficial de la Región de Murcia (BORM) de 14 de febrero de 2001. Del documento refundido del Plan se tomó conocimiento por el titular de la misma Consejería el 5 de marzo de 2002 (BORM de 3 de abril de 2002).

Frente al acuerdo de aprobación definitiva, se indicó a los alegantes la procedencia de interponer recurso de alzada ante el Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma, previo al recurso contencioso administrativo, al amparo de lo previsto en la Disposición final primera de la Ley 10/1995, de 24 de abril, de distribución de competencias en materia de urbanismo entre los

órganos de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, vigente en aquel momento (fue derogada por la Ley 1/2001, de 24 de abril, del Suelo de la Región de Murcia, LSRM en lo sucesivo).

**SEGUNDO.-** Por Acuerdo de Consejo de Gobierno de 30 de marzo de 2001, publicado en el BORM de 18 de mayo de 2001, se designa para su clasificación como ZEPA el Monte El Valle y Sierras de Altaona y Escalona, entre otras zonas, en cumplimiento de la Directiva sobre las Aves, que afecta a los terrenos de la mercantil recurrente.

**TERCERO.-** El 20 de abril de 2001, x., en representación de "--, S.L.", interpuso recurso de alzada ante el Consejo de Gobierno en el que solicitaba que se reclasificara la finca rústica de su propiedad (partido de Sucina), sita entre la carretera MU-301 y el límite de la Comunidad Valenciana (568 hectáreas, aproximadamente), pasando de suelo no urbanizable de protección de la naturaleza y usos forestales (NF) a suelo urbanizable sin sectorizar, zona SB (Bordes Serranos con aptitud turística), por los siguientes motivos:

1ª) Si la razón fundamental para clasificar sus terrenos, pertenecientes a la unidad ambiental núm. 29 del Plan, como suelo no urbanizable se encuentra en su inclusión en el catálogo de las áreas de protección de aves importantes para la Comunidad Europea (futura zona de especial protección para las aves del Monte El Valle y Sierras de Altaona y Escalona), carece de sentido tal clasificación, pues se encuentra pendiente de aprobación la Zona de Especial Protección de Aves (ZEPA en lo sucesivo), sin que tampoco se haya otorgado un trámite de audiencia previo a su declaración. También sostiene que no se ha desarrollado en nuestro derecho interno la protección de estas zonas, mediante la transposición de la Directiva 79/409/ CEE del Consejo, de 2 de abril de 1979, relativa a la conservación de las aves silvestres (Directiva sobre las Aves en lo sucesivo), hoy derogada por el artículo 18 de la Directiva 147/2009, de 30 de noviembre, del Parlamento Europeo y del Consejo, que codifica la anterior con las modificaciones posteriores.

2ª) Sostiene que la unidad ambiental núm. 29 tiene por definición las características de los Bordes Serranos, cuya normativa también permite preservar todos los valores dignos de protección.

3ª) Demanda el mismo tratamiento dado por el PGMO a otras unidades ambientales de igual o superior valor, que han sido clasificadas como suelo urbanizable.

**CUARTO.-** Otorgado un trámite de audiencia al Ayuntamiento de Murcia sobre el recurso de alzada presentado por la mercantil “--, S.L.”, se remite por aquél un informe del Servicio de Planeamiento Urbanístico de la Gerencia de Urbanismo en el que se propone desestimarlo, manteniendo la clasificación de suelo no urbanizable de protección de la naturaleza y usos forestales (NF), pues el interés ambiental de los terrenos ha sido puesto de relieve suficientemente por los estudios complementarios a la Evaluación de Impacto Ambiental (EIA) del PGMO y que tiene también su reflejo en la inclusión de tal espacio en la ZEPA.

En igual sentido se pronuncia el informe del Servicio de Urbanismo de la Dirección General competente en la materia, de 15 de octubre de 2002, en el que se señala:

*“El terreno al que se hace alusión en el recurso presenta unas características que lo hacen merecedor de la calificación recibida, zona de protección de la naturaleza y usos forestales, N.F. Estos suelos se caracterizan por los mayores valores ambientales -existentes o razonablemente recuperables - del término municipal de Murcia, en razón de sus beneficios a la población residente; y otros suelos cuyas características o riesgos ambientales aconsejan su clasificación como no urbanizables.*

*A su vez la delimitación de una ZEPA dentro del ámbito en cuestión, viene a añadir mayor valor ambiental a la zona.*

#### **CONCLUSIÓN:**

*No se aprecian argumentos desde el punto de vista técnico que lleven a reconsiderar la ordenación del Plan General aprobada definitivamente”.*

Tampoco el informe del Subdirector General de Vivienda, Arquitectura y Urbanismo, de 17 de octubre de 2002, advierte motivos jurídicos en el recurso para proceder a su estimación.

**QUINTO.-** Por el contrario, la Dirección de los Servicios Jurídicos de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, en su informe de 28 de enero de 2003, considera que ha de ser estimado el recurso interpuesto por la mercantil, modificando las determinaciones del Plan General, y aceptando la clasificación de los terrenos como suelo urbanizable sin sectorizar, extendiendo la zona SB (Bordes Serranos) al ámbito entre la carretera MU-301 y el límite de la Comunidad Valenciana. La razón esgrimida es que los informes evacuados por el Ayuntamiento de Murcia y el centro directivo competente no justifican la clasificación de suelo no urbanizable, cuando los

critérios previstos en el artículo 9 de la Ley estatal 6/1998, de 13 de abril, de Régimen del Suelo y Valoraciones (entonces aplicable), configuran a esta actividad clasificatoria como reglada (no discrecional), y el único argumento indicado por el informe técnico de la Corporación Municipal ha sido el de la expectativa para la declaración de ZEPA, sin que se justifique, por el contrario, la diferente realidad física respecto a otras unidades ambientales análogas, clasificadas como suelo urbanizable (SB).

Concluye el informe señalando que el cambio de clasificación que se propone, es sin perjuicio de las modificaciones que quepa realizar cuando se apruebe la ZEPA.

**SEXTO.-** Previa propuesta de la Secretaria General de la Consejería de Presidencia, de 18 de febrero de 2003, el Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma, en su sesión de 7 de marzo de 2003, acuerda estimar el recurso interpuesto por la mercantil, de acuerdo con el informe de la Dirección de los Servicios Jurídicos ya indicado. No consta que el referido acuerdo haya sido objeto de publicación en el BORM para su entrada en vigor.

**SÉPTIMO.-** El 17 de octubre de 2003 (registro de entrada), el Alcalde de Murcia interpone recurso extraordinario de revisión frente al Acuerdo de 7 de marzo de 2003, al considerar que con la estimación del mismo y la consiguiente clasificación de los terrenos como suelo urbanizable se ha incurrido en un manifiesto error de hecho que deriva del propio expediente (artículo 118.1,1ª de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, LPAC), concretamente del Estudio de Impacto Ambiental y de los estudios complementarios del PGMO.

Describe que el valor ambiental de la unidad 29 (noroeste de Sucina) del PGMO, donde se sitúa la finca de la mercantil reclamante, es mayor que el resto de las unidades ambientales citadas, señalando a este respecto:

*“Bajo estas premisas el estudio de impacto ambiental ha valorado acertadamente con un mayor nivel la unidad ambiental 29 frente al resto de unidades citadas. En concreto se la ha incluido dentro de las unidades de mayor valor ambiental del municipio junto a la 13, 25 y 07, justificado por la superficie existente en ella de matorrales y matorrales con pino, tanto desde el punto de vista botánico como faunístico y por la superficie de cultivos de secano, en este caso por la importancia para la fauna. La abundancia y elevada diversidad de especies de aves presente, en su mayor parte rapaces y esteparias, unido a elevadas densidades de especies presa de alto valor cinegético son los principales valores ambientales de esta zona”.*

De otra parte, destaca la importancia ornitológica de la unidad ambiental núm. 29, que ha motivado que se haya incluido casi en su totalidad en la ZEPA del Monte El Valle y Sierras de Altaona y Escalona, que ya no es una expectativa, como dice el acuerdo recurrido, sino que se ha convertido en una realidad, en tanto fue designada por el Acuerdo del Consejo de Gobierno de 30 de marzo de 2001, siendo de aplicación a partir de ese momento las medidas de prevención previstas en las Directivas sobre las Aves y sobre los Hábitats (esta última la Directiva 1992/43/CEE, de 21 de mayo, de conservación de los hábitats naturales y de la fauna y flora silvestres) para la red ecológica europea de zonas especiales de conservación, denominada "Red Natura 2000"; tales normas no han sido tenidas en cuenta para su consideración como suelo no urbanizable, según señala el recurso municipal. Éste concluye en lo siguiente:

a) Está claramente justificada la clasificación como suelo no urbanizable.

b) Resulta patente la falta de fundamento del Acuerdo del Consejo de Gobierno para refutar las razones contenidas en el PGMO para clasificar como suelo no urbanizable los terrenos objeto de recurso.

c) Se deriva el error de hecho de la documentación obrante en el expediente.

d) En el caso de no estimarse el recurso, la decisión adoptada tendría las siguientes consecuencias: alteración de la Red Natura 2000 (ámbito europeo), transformación urbanística de los terrenos con pérdida de valores medioambientales, expulsión de las aves que tienen su hábitat en la citada unidad ambiental, y desaparición de uno de los últimos reductos para su supervivencia en el sur de Europa con el riesgo más que cierto de su extinción.

**OCTAVO.-** La Dirección de los Servicios Jurídicos emite informe el 27 de noviembre de 2003, en el que se propone inadmitir a trámite el recurso extraordinario de revisión interpuesto por el Ayuntamiento de Murcia, puesto que el planteamiento de la impugnación municipal se ciñe a un nuevo debate jurídico sobre la procedencia o no de la clasificación cuestionada, por lo que pretende poner de manifiesto un error de derecho y no de hecho que se desprenda de los documentos obrantes en los mismos. Sostiene que la mera designación inicial de la ZEPA no condiciona, ni limita, ni hace incompatibles determinados usos urbanísticos, ni determina por ello *ope legis* la clasificación del suelo como no urbanizable. Afirma que será el instrumento normativo en el que se materialice la designación de la ZEPA el que otorgue la sustantividad y el alcance de la protección y, por ende, determine la incompatibilidad de determinados usos en su ámbito, sin

perjuicio de reconocer la eficacia de su designación desde el punto de vista de la adopción de medidas preventivas.

Por Acuerdo de Consejo de Gobierno de 12 de diciembre de 2003, se resuelve inadmitir el recurso extraordinario de revisión por las razones antedichas.

**NOVENO.-** Interpuesto por el Ayuntamiento de Murcia recurso contencioso administrativo contra la inadmisión del recurso extraordinario de revisión (Procedimiento Ordinario 254/2004), en la formalización de la demanda dicha Corporación solicita la nulidad de los acuerdos del Consejo de Gobierno de 7 de marzo y 12 de diciembre de 2003, pretensión a la que sorprendentemente no se opone la Dirección de los Servicios Jurídicos, sino, por el contrario, insta la propuesta de allanamiento al recurso municipal por parte del Servicio Jurídico de la Secretaría de Presidencia y la informa favorablemente (folios 168 a 175), al sostener ahora que la declaración de la ZEPA ya no es provisional, como se reconocía en la Revisión del Plan General, al haber sido ya aprobada por el Acuerdo de Consejo de Gobierno de 30 de marzo de 2001, ni tampoco tiene tal carácter la protección ambiental que de la misma se desprende, por lo que en este momento se coincide con la posición municipal de mantener la clasificación de suelo no urbanizable de la totalidad de la unidad ambiental núm. 29 (folios 168 a 175).

El allanamiento de la Administración regional, aquietándose a la demanda municipal, fue acordado por el Consejo de Gobierno, en su sesión de 24 de febrero de 2006.

**DÉCIMO.-** La Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Región de Murcia, mediante Sentencia de 19 de febrero de 2010 (núm. 140/2010), desestima el recurso contencioso administrativo interpuesto por el Ayuntamiento de Murcia contra el Acuerdo del Consejo de Gobierno de 12 de diciembre de 2003, por el que se inadmite el recurso extraordinario de revisión formulado contra el acuerdo anterior de 7 de marzo de 2003, considerando el carácter inequívocamente jurídico de la controversia, y no los hechos en sí mismos, sin que advierta ningún error de hecho que resulte de los documentos obrantes en el expediente. De otra parte, tampoco tiene en cuenta el allanamiento de la Administración demandada, al considerar que es meramente formal, pues se basa en circunstancias que ya fueron oportunamente valoradas, produciéndose con ello un auténtico fraude procesal, puesto que viene a dejar sin efecto un acto firme en el que se han reconocido las pretensiones de la mercantil.

En dicha resolución judicial se indica que no se entra a considerar el fondo del Acuerdo del Consejo de Gobierno de 7 de marzo de 2003, pues para ello hubiera requerido la previa audiencia del tercero interesado y el Dictamen de este Órgano Consultivo (artículo 119.1 LPAC).

Igualmente, resulta de interés destacar que en el Fundamento de Derecho Octavo de la Sentencia núm. 140/2010, se cita una resolución anterior (Sentencia núm. 423/2007), recaída en el recurso contencioso administrativo núm. 671/2001, interpuesto también por la mercantil contra la aprobación definitiva del PGMO, en la que se declara conforme a derecho la clasificación dada a sus terrenos por el Plan General (suelo no urbanizable NF) y que la consideración de los mismos como SB (Bordes Serranos con aptitud turística) resulta incompatible con los valores ambientales existentes en la zona; no obstante, aclara que no pueden ser tenidos en cuenta los fundamentos jurídicos de esta última Sentencia, al no entrar en las consideraciones de fondo planteadas.

**UNDÉCIMO.-** Previo informe de una Asesora Jurídica, con el visto bueno del Vicesecretario, ambos de la Consejería de Presidencia y Administraciones Públicas, y a propuesta de la titular del mismo departamento, el Consejo de Gobierno, en su sesión de 26 de marzo de 2010, acuerda iniciar el procedimiento de revisión de oficio del Acuerdo del mismo órgano de 7 de marzo de 2003, por el que se estimó el recurso de alzada interpuesto por la mercantil "--, S.L." contra el acuerdo de aprobación definitiva del PGMO, por haberse incurrido en el vicio de nulidad de pleno derecho previsto en el artículo 62.1,f) LPAC, siendo notificada tal decisión al Ayuntamiento de Murcia y a las mercantiles "--, S.L." y "--, S.L.".

**DUODÉCIMO.-** Recabado el informe de la Consejería de Agricultura y Agua, es cumplimentado por el Secretario General el 21 de abril de 2010 (folio 217), acompañando, entre otros, los informes del Servicio de Protección y Conservación de la Naturaleza de 10 de febrero de 2005 (folios 230 a 242) y del Servicio de Ordenación y Gestión de los Recursos Naturales de 14 de diciembre de 2006 (243 a 245), ambos de la Dirección General del Medio Natural; el primero de ellos destaca la valoración ambiental de los terrenos, como una zona de las más valiosas del término municipal de Murcia y del sureste ibérico, con una notable trascendencia comunitaria en la conservación de ciertas aves, y que la gestión y conservación de este espacio pasa necesariamente por la preservación de la estructura y composición del paisaje y de los usos tradicionales de la finca, y no por la implantación de un proyecto urbanístico que degrade los valores naturales de la ZEPA y que supone un incumplimiento de la normativa regional, nacional y europea (folio 240) con unos impactos previsibles.

**DECIMOTERCERO.-** Entre la documentación remitida por el departamento competente en materia de medio ambiente, figura la Declaración de Impacto Ambiental (DIA) favorable al PGM (folios 266 a 282), teniendo en cuenta la protección de la unidad ambiental núm. 29 por el Proyecto de Revisión del Plan General. Entre los informes de los órganos entonces consultados, figura el evacuado por el Servicio de Ordenación de los Espacios Naturales y Vida Silvestre, de 25 de marzo de 1999 (folio 265), en el que se hace referencia a que “entre los espacios naturales de alto valor ecológico protegidos por el Plan General se encuentra el Área de Protección de la Fauna Silvestre de las Sierras de Escalona y Altaona, según las indicaciones de la Dirección General del Medio Natural” (folio 265). En el anexo de prescripciones técnicas de la DIA se tuvo en cuenta la aplicación del Real Decreto 1997/1995, de 7 de diciembre, por el que se establecen medidas para contribuir a garantizar la biodiversidad mediante la conservación de los hábitats naturales y de la flora y fauna (apartado 1.A,4).

**DECIMOCUARTO.-** La Consejería de Obras Públicas y Ordenación del Territorio remite un informe del Servicio Jurídico del centro directivo competente de 5 de mayo de 2010 (folios 304 a 311), en el que entiende que la clasificación de los terrenos como suelo no urbanizable, NF, tal y como fue realizada por el Ayuntamiento de Murcia, era un acto debido y fundamentado, incidiendo la jurisprudencia reciente en esta línea, citando varios pronunciamientos judiciales.

En relación con el vicio de nulidad alegado, sostiene que al haberse modificado una disposición administrativa, como es un Plan General, a través del recurso de alzada estimado, debería estudiarse si la causa de nulidad de pleno derecho que concurre en el presente caso sería la prevista en el artículo 62.2 LPAC. También que ha de resolver el órgano instructor del procedimiento la existencia o no de responsabilidad patrimonial al amparo de lo previsto en el artículo 102.4 LPAC.

**DECIMOQUINTO.-** Otorgado un trámite de audiencia a la mercantil “--, S.L.”, su representante presenta un escrito de alegaciones el 28 de mayo de 2010 en el que expone que con este procedimiento de revisión de oficio la Administración regional se está extralimitando, sin tener en cuenta los límites a la facultad revisora previstos en el artículo 106 LPAC, a la vista del tiempo transcurrido desde que se adoptó el acuerdo que se pretende revisar y su propia actuación, dado que la ZEPA se encontraba ya aprobada cuando se estimó su recurso de alzada, y que los informes de la Dirección de los Servicios Jurídicos han insistido reiteradamente en que la designación de la ZEPA no determina *per se* la clasificación como no urbanizable de los terrenos. También destaca que la calificación SB del Plan General permite la conservación de los valores naturales, que éstos se han mantenido gracias a la labor desarrollada por la sociedad familiar



propietaria y que la Administración, pese al tiempo transcurrido, no ha elaborado el Plan de Gestión.

Asimismo manifiesta su discrepancia sobre el vicio alegado (artículo 62.1.f LPAC), entendiéndolo, a efectos meramente dialécticos, que podría encuadrarse en un vicio de anulabilidad, no de nulidad de pleno derecho. También señala que no consta el Dictamen de este Consejo Jurídico.

Finalmente, acompaña los informes del arquitecto x., de 4 de julio de 2006 (que se encuentra sin suscribir en el expediente) y de la firma "--, S.L.", que respaldan sus alegaciones, según refiere, y que fueron en su día aportados al recurso contencioso administrativo núm. 254/2004.

**DECIMOSEXTO.-** Otorgado un trámite de audiencia al Ayuntamiento, presenta un informe de la Directora de los Servicios Jurídicos (folios 375 a 381) en el que sostiene que el acuerdo objeto de revisión es nulo de pleno derecho al infringir los artículos 137, 140 y 9.3 de la Constitución Española (CE), así como los artículos 9.1 de la Ley 6/1998 y 65 de la Ley regional 1/2001, entonces vigente (ahora sustituida por el RD Legislativo 1/2005, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Suelo de la Región de Murcia, TRLSRM).

En el informe se mantiene que la clasificación como suelo no urbanizable es directa por los últimos preceptos citados, al imponerlo así un instrumento de protección de medio ambiente como es la ZEPA, que obliga a preservar el terreno de su urbanización. Por las infracciones legales advertidas postula el vicio de nulidad de pleno derecho previsto en el artículo 62.1.f) LPAC, por ser un acto expreso que permite adquirir un derecho (derecho a transformar urbanísticamente el suelo) al titular de la clasificación, careciendo dicha finca de los requisitos esenciales para su adquisición, pues la protección ambiental derivada de la ZEPA impide adquirir los derechos de los suelos urbanizables por la falta de concurrencia de los requisitos objetivos para su clasificación como urbanizables, por excluir expresamente la transformación del suelo.

También considera la posible nulidad prevista en el artículo 62.2 LPAC, puesto que el acto supone la incorporación al planeamiento urbanístico general de una determinación, teniendo este último carácter normativo.

Desde otra perspectiva, en el aludido informe se sostiene que el acuerdo cuya revisión se insta conculca el principio constitucional de la autonomía municipal (artículos 137 y 140 CE), al

invadir las competencias municipales en materia de urbanismo, conforme a la jurisprudencia que cita.

Por último, en el informe municipal se hace referencia a que de existir responsabilidad patrimonial derivada de la revisión de oficio, ésta correspondería a la Administración regional.

**DECIMOSEPTIMO.-** La propuesta de resolución, de 7 de junio de 2010, del Vicesecretario de la Consejería de Presidencia y Administración Pública, después de analizar la naturaleza de la actuación que se revisa (acto administrativo y no disposición administrativa conforme a la sentencia núm. 140/2010 TSJ Murcia) y los criterios legales para la clasificación de suelo no urbanizable de especial protección, sostiene que concurre la causa de nulidad prevista en el artículo 62.1,f) LPAC, al no respetar las previsiones de los artículos 9.1 de la Ley 6/1998 y 65.1 LSRM en vigor en aquel momento y al determinar una clasificación del suelo que otorga a su titular un derecho a urbanizar y a edificar, cuando la finca no reúne los requisitos esenciales para tal adquisición. También postula que no se está en presencia de ninguno de los supuestos generadores de indemnización previstos en el artículo 35 de la Ley del Suelo estatal (Texto Refundido aprobado por RD Legislativo 2/2008, de 20 de junio).

Del mismo día es el informe favorable del Servicio Jurídico de la Consejería consultante a la propuesta elevada.

**DECIMOCTAVO.-** La Dirección de los Servicios Jurídicos de la Comunidad Autónoma, el 10 de junio de 2010, informa favorablemente la propuesta de declaración de nulidad de pleno derecho del Acuerdo de 7 de marzo de 2003, en atención a los siguientes razonamientos:

1. Sobre la naturaleza del acto que se revisa, el informe del citado centro directivo participa del criterio de que se trata de un acto administrativo firme en vía administrativa, por el que se categorizan determinados terrenos incorporando a su estatuto jurídico unas determinadas facultades urbanísticas que no pudieron serle atribuidas, de forma notoria, teniendo en cuenta la protección específica ambiental a la que están sujetos, y con quiebra, por ello, grave y evidente, como recuerda el informe emitido con ocasión del allanamiento, de la legislación urbanística, en concreto del régimen previsto en la Ley 6/1998 entonces aplicable. El hecho de que el citado acto no haya sido objeto de publicación no le otorga la necesaria eficacia para su incorporación al Plan General ya con el carácter de disposición de carácter general.

2. Desde el inicio los terrenos están afectados por la protección ambiental incompatible con su transformación urbanística, por lo que no reúnen los requisitos esenciales desde su vertiente negativa (ausencia de la referida protección ambiental) que les permitan acceder a las facultades y derechos que, en orden al desarrollo urbanístico, determina la clasificación SB (Bordes Serranos). Además, de estas facultades no se disponía anteriormente.
3. En relación con la petición de la mercantil sobre el alegato, en términos de defensa, de un vicio de anulabilidad (artículo 63 LPAC), no comparte el centro directivo tal criterio a la vista de la especial gravedad de la infracción de la legislación urbanística que se ha cometido, por lo que considera plenamente justificada la vía del artículo 62.1,f) LPAC. Ni tampoco considera aplicables los límites a la facultad revisora que suscita la mercantil, pues aun teniendo en cuenta el tiempo transcurrido desde la adopción del acuerdo, ya sea en sede administrativa o en sede judicial el acto ha sido objeto de recursos e impugnación, sin que haya adquirido eficacia alguna mediante su incorporación al PGMO como consecuencia de la falta de publicación del mismo, por lo que no cabe inferir la consolidación de situaciones jurídicas.
4. Por último, se comparte el criterio de la propuesta sobre el no reconocimiento de los presupuestos determinantes de la responsabilidad patrimonial en materia de urbanismo.

**DECIMONOVENO.-** Con fecha 11 de junio de 2010 la titular de la Consejería de Presidencia y Administraciones Públicas acuerda suspender el plazo para resolver y notificar el procedimiento de revisión de oficio entre el tiempo que media la petición de Dictamen a este Consejo Jurídico y la recepción del mismo, decisión que ha sido notificada a los interesados.

**VIGÉSIMO.-** El mismo día 11 (registro de entrada) se recaba 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.**

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 el 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.

Asimismo el artículo 232.1, segundo párrafo, 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, obrando la audiencia a las mercantiles interesadas, Ayuntamiento de Murcia y Consejerías con competencias en materias de medio ambiente y urbanismo.

Respecto al órgano competente para la resolución del presente procedimiento, el artículo 22, apartado 27, de la Ley 6/2004, de 28 de diciembre, del Estatuto del Presidente y del Consejo de Gobierno de la Región de Murcia atribuye a éste la revisión de oficio de las disposiciones y los actos nulos del citado Órgano y de los Consejeros. En igual sentido, el artículo 33 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.

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 de oficio, el transcurso de los tres meses desde su inicio sin dictarse resolución produce la caducidad del mismo, según el artículo 102.5 LPAC, si bien se ha adoptado por el órgano consultante la suspensión del plazo máximo para resolver y notificar la resolución, conforme al artículo 42.5, c) LPAC. Por ello, incoado el procedimiento de revisión de oficio por Acuerdo del Consejo de Gobierno de 26 de marzo de 2010 y adoptada la suspensión el 11 de junio siguiente, el órgano competente dispone de 15 días naturales para acordar y notificar el acuerdo pertinente en el presente procedimiento tras la recepción de nuestro Dictamen, que igualmente habrá de ser comunicada a los interesados, según detalla el precepto indicado.

**TERCERA.- Naturaleza de los planes urbanísticos y alcance del recurso administrativo previsto en la normativa regional contra los actos de aprobación definitiva. Contenido reglamentario del Acuerdo objeto de revisión de oficio, en cuanto la reclasificación del suelo acordada por el mismo implica una modificación del PGMO de Murcia: consecuencias.**

Los instrumentos de planeamiento tienen la naturaleza de auténticas normas jurídicas, de carácter reglamentario, en cuanto están subordinadas a la ley de la que traen causa. Así lo han destacado numerosas Sentencias del Tribunal Supremo (por todas, Sentencia de la Sala 3ª, de 14 de diciembre de 2009), y la doctrina de este Consejo Jurídico (Memoria correspondiente al año 2004, página 44), puesto que los planes determinan la futura utilización del suelo, establecen limitaciones, se articulan jerárquicamente, tienen vigencia indefinida, pueden ser objeto de impugnación directa o indirecta y, para su entrada en vigor, sus normas deben ser objeto de publicación íntegra (artículo 70.2 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases de Régimen Local, en lo sucesivo LBRL), características todas ellas predicables del PGMO de Murcia.

También el Tribunal Constitucional, en su Sentencia 56/1986, de 13 de mayo, destaca que los planes urbanísticos forman parte del ordenamiento jurídico, al que están sujetos todos los poderes públicos (artículo 9.1 de la Constitución).

De otra parte, el procedimiento de aprobación de los PGMO se caracteriza por ser complejo y bifásico (una fase municipal a la que sigue en el tiempo otra autonómica), integrado por una serie de actos concatenados, que comienza con la aprobación inicial del Plan, precedida de la exposición pública del avance para la presentación de sugerencias, le sigue en el tiempo la petición de informes a los distintos organismos con competencias sectoriales y un trámite de información pública para la presentación de alegaciones por parte de cualquier interesado; tras el estudio de éstas y de los informes evacuados, procede la aprobación provisional del Plan General por parte del Pleno municipal (salvo que por haber introducido modificaciones sustanciales, se deba someter a una nueva información pública), tras lo cual se remite a la Administración regional para su aprobación definitiva por el órgano competente, previo informe preceptivo del órgano colegiado consultivo autonómico en la materia. Dicho procedimiento ha sido descrito por la doctrina jurisprudencial, concretamente por la STS, de la Sala 3ª, de 24 de marzo de 2009, del siguiente modo:

*“el planeamiento urbanístico no surge a la vida jurídica en virtud de un solo acto, sino que su formación integra una vasta y compleja operación administrativa que culmina con la aprobación*

*definitiva por el órgano competente para dispensarla y de la que son elementos, algunos de ellos insoslayables (...)*”.

La tramitación arriba indicada fue la seguida, en su día, por el PGM de Murcia, de acuerdo con la normativa entonces aplicable, constituida por la Ley regional 10/1995, y completada con el derecho estatal supletorio (Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1976 y Reglamento de Planeamiento de 1978, que lo desarrolla). Actualmente el procedimiento de aprobación de los planes generales se encuentra regulado en los artículos 135 y 136 TRLSRM (en igual sentido en la precedente LSRM). Al procedimiento descrito con anterioridad se yuxtapone el trámite de la Evaluación de Impacto Ambiental, exigible respecto a aquel Plan por aplicación de lo establecido en la Disposición adicional séptima de la Ley regional 10/1995, apartado 2, que culminó, después de las consultas preceptivas, con la Declaración de Impacto Ambiental (DIA) del órgano ambiental competente de la Administración regional, con anterioridad a la aprobación definitiva del PGM.

En principio, acorde con su naturaleza de disposición de carácter general del PGM señalada anteriormente, su aprobación definitiva no sería susceptible de recurso administrativo, a tenor de lo previsto en el artículo 107.3 LPAC:

*“Contra las disposiciones administrativas de carácter general no cabrá recurso alguno en vía administrativa”.*

Sin embargo, la Ley regional 10/1995, aplicable cuando se aprobó el PGM, establecía la posibilidad de un recurso administrativo contra el acto de aprobación definitiva ante el Consejo de Gobierno (Disposición adicional primera), que fue el indicado a los alegantes, entre ellos a la mercantil interesada.

Esta antinomia entre la normativa básica y la regional ha sido resuelta por el Tribunal Supremo en supuestos análogos de la forma que seguidamente se expone. Así, en la Sentencia de la Sala 3ª, de 28 de mayo de 2010, se determina con claridad el alcance del artículo 107.3 LPAC en los supuestos de aprobación de los instrumentos de ordenación, concluyendo:

a) Con carácter general, las disposiciones generales no pueden ser objeto de impugnación en vía administrativa, debiendo acudir directamente a la jurisdicción contencioso-administrativa, en los términos establecidos por la normativa básica estatal. Por el contrario, sí se permite su impugnación indirecta, también en vía administrativa, cuando se recurre su aplicación en un acto administrativo, como refleja también el segundo párrafo del artículo 107.3 LPAC.

b) Como excepción a lo señalado, teniendo en cuenta la peculiaridad de los Planes Generales como normas reglamentarias, cuyo nacimiento se produce mediante un acto administrativo de aprobación, puede impugnarse en vía administrativa los vicios específicos de que adolezca el acto de aprobación (defectos formales propios y singulares de este acto), pero cuando la impugnación se dirige a alterar el contenido del plan aprobado y sus concretas determinaciones, como concurre en el caso examinado por la sentencia arriba indicada, en el que por cierto también se impugnaba un cambio de clasificación de suelo, el órgano jurisdiccional deja sentado que en tal caso, puesto que se cuestiona la legalidad de las determinaciones urbanísticas, compete su conocimiento a la jurisdicción contencioso administrativo, ante la que ha de impugnarse directamente el Plan.

c) Citando a una sentencia anterior del mismo Tribunal y Sala, de 11 de diciembre de 2009, el fallo comentado por su aplicación al presente caso, añade que la solución contraria podría comportar una quiebra de la seguridad jurídica y una burla de las garantías propias del procedimiento de elaboración de este tipo de disposiciones. Más aún: *“Piénsese que una vez aprobada y publicada una disposición general, se podría alterar su contenido, mediante la introducción de modificaciones de cualquier tipo -sustanciales o no-, sin audiencia de los interesados. Se podría llegar incluso a una completa transformación de la norma, sin sujeción a los trámites propios de elaboración de estas disposiciones, de manera que no fuera reconocible la norma publicada en relación con la norma finalmente aprobada, ante la eventual estimación de una cadena de recursos administrativos interpuestos por los interesados”*. En igual sentido se citan otros pronunciamientos previos del mismo Tribunal Supremo y Sala, de 19 de diciembre de 2007, de 19 de marzo de 2008 y de 30 de septiembre de 2009. En la última de las citadas se señala:

*“Dijimos entonces, y repetimos ahora, que el artículo 107.3 de la Ley 30/1992, en el que se dispone que contra las disposiciones de carácter general no cabrá recurso en vía administrativa, es un precepto estatal básico que no puede ser contradicho por la legislación autonómica, ni siquiera en aquellas materias que, como el urbanismo, son de exclusiva competencia de ésta, pues en ellas la Comunidad Autónoma puede normar aspectos procedimentales y de régimen jurídico, pero sin infringir las normas básicas del Estado (...) Los preceptos de la legislación urbanística catalana en los que se regula el procedimiento de aprobación de los planes deben ser interpretados concordadamente con el citado artículo 107.3 de la Ley 30/92, pues si cabe una normal interpretación armonizadora debe aceptarse (...) Esta interpretación armonizadora es la siguiente:*

*El acuerdo de aprobación definitiva de un Plan de Urbanismo tiene un aspecto de acto administrativo (el acuerdo en sí adoptado por la Comisión, con sus requisitos de procedimiento, de quórum, etc.) y otro aspecto de disposición de carácter general (el propio Plan de Urbanismo que se aprueba). Pues bien, la exigencia de agotamiento de la vía administrativa que impone el derecho autonómico de Cataluña (...) es conforme a derecho en cuanto se impugne en el aspecto que tiene de acto administrativo, pero no en cuanto se impugne la disposición misma, pues en este último caso el artículo 107.3 de la Ley 30/92 prohíbe la alzada”.*

Dicha doctrina, en relación con el régimen de impugnación prioritario previsto en el artículo 107.3 LPAC en relación con los planes, han sido acogida, entre otras, por la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Región de Murcia, Sala de lo Contencioso Administrativo, de 15 de junio de 2007 (núm. 423/2007), en el sentido de desestimar la inadmisión del recurso contencioso administrativo por no haber agotado la vía administrativa previa, en relación con la aprobación del PGMO de Murcia.

De lo expuesto se colige fácilmente (sin perjuicio de las consideraciones posteriores sobre las infracciones detectadas) que el Acuerdo del Consejo de Gobierno de 7 de marzo de 2003 se extralimitó, a tenor de la doctrina jurisprudencial citada, al estimar el recurso de alzada interpuesto por la mercantil, no por defectos formales y singulares propios del acto de aprobación definitiva, sino que alteró uno de los elementos integrantes del Plan General, modificando la clasificación de suelo de 568 Has. propiedad de la recurrente, afectando, por tanto, a las determinaciones del PGMO de Murcia. Téngase en cuenta que entre las determinaciones generales de los Planes Generales, se encuentra la clasificación del suelo en los distintos tipos y categorías definidos en la Ley, usos globales, cuantificando sus superficies y porcentajes en relación con la superficie total del municipio (artículo 98,a TRLSRM). Del mismo modo, como exigencia de las determinaciones particulares propias del suelo no urbanizable, el citado Texto Refundido mandata a los Planes Generales para que delimiten las áreas así clasificadas, de conformidad con los criterios recogidos en la Ley del suelo regional (artículo 100,a). En igual sentido en el derecho estatal supletorio aplicable durante la tramitación del PGMO de Murcia.

A partir de lo anterior, es obligado concluir que el contenido del Acuerdo objeto de revisión, modificador del PGMO de Murcia, determina su naturaleza jurídica, y, en la medida en que tal contenido consiste en una modificación de la clasificación urbanística del terreno en cuestión, estamos ante una auténtica disposición administrativa de carácter general, pues la modificación del planeamiento establecida en dicho Acuerdo tiene la naturaleza de disposición normativa reglamentaria que la jurisprudencia otorga a los instrumentos de planeamiento urbanístico como



es, en el caso, el citado PGMO de Murcia, con independencia de que haya entrado o no en vigor dicha modificación, pues al parecer no ha sido objeto de publicación.

Sin perjuicio de que el Acuerdo de aprobación definitiva del PGMO de Murcia fuera susceptible de recurso de alzada (pero, como se ha dicho antes, sólo para aducir en el mismo vicios propios de la parte de acto administrativo que tienen estos acuerdos, pero no para impugnar su contenido modificadorio del plan urbanístico, que tiene naturaleza de norma reglamentaria no recurrible en vía administrativa), la consecuencia de todo ello es que el análisis de la validez del Acuerdo de que se trata, en los aspectos que se plantean en el procedimiento de revisión de oficio, ha de partir de la consideración de tal Acuerdo como norma reglamentaria, en cuanto contiene una modificación del PGMO de Murcia que tiene igual naturaleza. Ello tiene importantes consecuencias en orden a la determinación y calificación de los vicios jurídicos que se advierten en dicha disposición (modificación) y que seguidamente se expondrán. Es decir, que los motivos de nulidad a considerar serán los propios de las disposiciones administrativas de carácter general (art. 62.2 LPAC), sin perjuicio de aquellos en los que haya podido incurrir el Acuerdo estimatorio del recurso, en su aspecto de acto administrativo (artículo 62.1 LPAC), también destacado por la jurisprudencia citada.

A tal efecto, el presente procedimiento es un cauce plenamente adecuado para revisar los eventuales vicios de nulidad radical de la referida disposición administrativa, pues el artículo 102.2 LPAC permite la revisión de oficio de las mismas “*en los supuestos previstos en el artículo 62.2*”, precepto que, a su vez, establece que “*serán nulas de pleno derecho las disposiciones administrativas que vulneren la Constitución, las leyes, u otras disposiciones administrativas de rango superior...*”.

Y, como veremos seguidamente, el Acuerdo objeto de revisión de oficio vulnera diversos preceptos de la legislación ambiental y urbanística, tanto de carácter procedimental (trámites que deberían haber precedido a la modificación del planeamiento irregularmente aprobada por dicho Acuerdo, y que fueron omitidos al procederse a tal modificación por el cauce de la estimación del recurso de alzada) como sustantivos (improcedencia de la reclasificación acordada, dado el valor ecológico de los terrenos), determinando con ello su nulidad de pleno derecho.

**CUARTA.- La consideración urbanística de los terrenos en el PGMO de Murcia. La incidencia de la normativa sectorial medio ambiental en los criterios de clasificación de suelo del instrumento de planeamiento general.**

La finca de la mercantil, sita en el partido de Sucina, se encontraba clasificada por el Plan General anterior como suelo no urbanizable, zona 12 rural, cuya normativa se transcribe en el Fundamento de Derecho Primero de la Sentencia núm. 423/2007, ya citada, de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Región de Murcia.

La Revisión del PGM, tanto en las versiones objeto de aprobación inicial provisional, como definitiva, clasifica los terrenos como suelo no urbanizable, con la calificación NF (de Protección de la Naturaleza y Usos Forestales); previo a la aprobación definitiva del Plan obtuvo la DIA favorable a efectos ambientales, teniendo en cuenta que conforme al Estudio de Impacto Ambiental la unidad ambiental 29 (donde se incluye la finca propiedad de la mercantil) es una de las zonas más valiosas del término municipal de Murcia y del Sureste Ibérico, con una notable trascendencia comunitaria en la conservación de ciertas especies de aves de interés comunitario (folio 232).

El Acuerdo objeto de revisión, que modificaba directamente la clasificación de los terrenos de suelo no urbanizable NF a suelo urbanizable sin sectorizar SB (Bordes Serranos con aptitud turística), posibilitando así la ejecución de una urbanización de uso residencial, que ocuparía más de 350 Has. de las 545 que posee la finca (folio 236), conforme a la documentación presentada al año siguiente por la mercantil promotora ante la Consejería competente en materia de medio ambiente (folio 234), se basó en un error a la hora de interpretar la normativa urbanística y sectorial aplicable, que posteriormente se intentó solucionar mediante la propuesta de allanamiento a la pretensión municipal (recurso contencioso administrativo núm. 254/2004) y que finalmente se ha reconocido en la sustanciación del presente procedimiento de revisión de oficio, según se infiere del informe de la Dirección de los Servicios Jurídicos de la Comunidad Autónoma, de 10 de junio de 2010.

1. En cuanto a la normativa urbanística.

A este respecto conviene centrarse en los criterios previstos en el artículo 9 de la Ley 6/1998, que se detallan seguidamente, para la clasificación de suelo no urbanizable, puesto que la citada norma se encontraba en vigor durante la tramitación de la Revisión del PGM. Posteriormente tales criterios fueron desarrollados por el artículo 65 LSRM, también vigente cuando se resolvió el recurso de alzada (hoy 65 TRLSRM).

Según el citado artículo 9 de la Ley 6/1998:

*“Tendrán la condición de suelo no urbanizable, a los efectos de esta Ley, los terrenos en que concurren alguna de las circunstancias siguientes:*

*1ª) Que deban incluirse en esta clase de suelo por estar sometidos a algún régimen especial de protección incompatible con su transformación de acuerdo con los planes de ordenación territorial o la legislación sectorial, en razón de sus valores paisajísticos, históricos, arqueológicos, científicos, ambientales o culturales (...)*

*2ª) Que el planeamiento general considere necesario preservar por los valores a que se ha hecho en el punto anterior (...) así como aquellos otros que considere inadecuados para su desarrollo urbano.”*

El último inciso de la circunstancia 2ª) fue objeto de supresión por el Real Decreto-Ley 4/2000, de 23 de junio, y reestablecido y completado por la Ley 10/2003, de 20 de mayo, con la finalidad reconocida en la primera disposición de poner límites al margen de discrecionalidad de las Administraciones para clasificar suelo no urbanizable.

Sin embargo, aunque la circunstancia 2ª del artículo 9 de la Ley 6/1998, con cualquiera de las redacciones, ha sido interpretada por la jurisprudencia en el sentido de que otorga un margen de discrecionalidad a la Administración autora del planeamiento para clasificar suelo no urbanizable a fin de excluirlo del proceso urbanizador, siempre sujeto al control jurisdiccional, las cosas son distintas cuando concurren las circunstancias o están presentes valores que hacen procedente y preceptiva la clasificación del terreno como suelo no urbanizable. El caso más claro, aunque no es el único, es el de los terrenos sujetos a algún régimen de especial protección conforme a lo previsto en el artículo 9.1ª) de la Ley 6/1998, de manera que esta decisión inicial del planificador de clasificar la unidad ambiental núm. 29, en la que se insertan los terrenos de la mercantil, como suelo no urbanizable protegido es una decisión reglada, impuesta legalmente cuando concurren los valores que relaciona el precepto citado, pues en el mismo se dispone que *“tendrán la condición de suelo no urbanizable (...)*”. Así ha sido reconocida por la STS, Sala 3ª, de 25 de marzo de 2010, que confirma otra anterior del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de 29 de septiembre de 2006 anulatoria de la clasificación de un sector como suelo urbanizable en los límites de una ZEPA, en la que el Tribunal Supremo establece: *“el planificador, al tiempo de clasificar suelo no urbanizable, por tanto, no se encuentra ante el dilema de clasificar la zona como suelo no urbanizable protegido o suelo no urbanizable común, sino que no existe elección alguna porque si concurren los valores paisajísticos forzosamente ha de clasificarse el suelo afectado como no urbanizable de especial protección”*.

Más aún, la referida Sentencia de 25 de marzo de 2010 profundiza en tales criterios, considerando que las normas jurídicas no pueden interpretarse en el sentido de que el planificador disponga de una opción entre dos decisiones igualmente justas cuando se enfrenta a esta cuestión de clasificar un suelo, o no, como no urbanizable protegido, sino que tal clasificación es reglada, obligada, tanto si el suelo de que se trata está incluido en el ámbito de aplicación de normas o legislación específica que lo sometan a un régimen de protección incompatible con su transformación urbanística como si, pese a no estarlo, concurren en él, y con el grado de intensidad requerido, los valores a los que sucesivamente se han ido refiriendo aquellos artículos. En este punto tanto el informe jurídico previo, como la propuesta que sustenta el Acuerdo estimatorio del recurso de alzada interpuesto por la mercantil, incurren en un error de interpretación, al contraerse sus argumentos esencialmente en el carácter provisional de la ZEPA y en la falta de motivación de los criterios de clasificación en los informes técnicos emitidos al recurso de alzada, que fueron bastantes sucintos, desconociendo, por el contrario, los valores que habían sido tenidos en cuenta en el Estudio de Impacto Ambiental (folio 233), sustentando la DIA favorable al PGM respectivo al tratamiento de la unidad ambiental 29, valores que en ningún caso pueden conceptuarse de provisionales, y como si el Plan General no pudiera clasificar suelo no urbanizable protegido (artículo 9.2ª de la Ley 6/1998), con independencia, todo ello, del estado en que se encontrara la declaración de la ZEPA. Además, la mera designación como ZEPA pone en juego una serie de medidas preventivas, como ha reconocido la jurisprudencia comunitaria, a la que posteriormente se hará referencia.

Los valores presentes en los terrenos propiedad de la mercantil "--, S.L." han sido ampliamente reconocidos por la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Región de Murcia, núm. 423/2007, ya citada, que desestima el recurso contencioso administrativo interpuesto también por la misma mercantil y otros contra la aprobación definitiva del PGM, en la que se analiza de forma pormenorizada las alegaciones realizadas por la mercantil interesada en este procedimiento de revisión de oficio (Fundamento de Derecho Séptimo), que concluye en el alto valor ambiental de la zona que es incompatible con su transformación urbanística. De hecho, los informes periciales aportados por la mercantil acompañando el escrito de alegaciones, se centran fundamentalmente y a la postre en la diferente clasificación urbanística que se ha otorgado a la unidad ambiental núm. 29 frente a otras, también afectadas por ZEPAS, si bien este alegato *per se* no permite cuestionar la otorgada a la finca propiedad de la mercantil; otro aspecto diferente es que quepa discutir la asignada por el PGM a esas otras unidades ambientales, lo que trasciende del objeto del presente procedimiento de revisión de oficio, al que debe contraerse este Órgano Consultivo.

En igual sentido que el expresado, la Sentencia del mismo Tribunal y Sala núm. 1115/2008, de 26 de diciembre, que reitera que al ser suelos incompatibles con la transformación urbanística no cabe otra clasificación a la vista del artículo 65 LSRM (suelo no urbanizable).

## 2. Sobre la normativa ambiental aplicable.

La Directiva sobre las Aves estableció que los Estados miembros adoptarían todas las medidas necesarias para mantener las especies contempladas en su ámbito y preservar sus hábitats, mediante la creación de zonas de protección y su ordenación en el interior y exterior de las mismas (artículos 2 y 3). Consecuencia de ello, es la obligación de los Estados miembros de clasificar zonas de protección especial de conservación y de adoptar las medidas para evitar el deterioro de los hábitats, así como las perturbaciones que afecten a las aves (artículo 4, apartado 1 y 3).

Complementariamente, la Directiva sobre los Hábitats creó una red ecológica europea de zonas especiales de conservación (Red Natura 2000), en la que se incluyen las zonas de protección especiales designadas conforme a la Directiva sobre las Aves, ya citada. Respecto a estas zonas los Estados miembros deben fijar las medidas de conservación necesarias (artículo 6) y las apropiadas medidas reglamentarias, administrativas o contractuales.

El Real Decreto 1997/1995, de 7 de diciembre, que incorpora esta última Directiva al ordenamiento interno, establece respecto a las zonas especiales de conservación, entre las que se incluyen las ZEPAS que hayan sido declaradas por las Comunidades Autónomas, que éstas adoptarán las medidas apropiadas para evitar el deterioro de los hábitats naturales y de especies, así como las alteraciones que repercutan en las especies que hayan motivado la designación de las zonas (artículos 3.2 y 6).

Por Acuerdo de Consejo de Gobierno de 30 de marzo de 2001, publicado en el BORM de 18 de mayo del mismo año, se designa como ZEPA el Monte El Valle y las Sierras de Altaona y Escalona, que afecta a la finca propiedad de la mercantil; por tanto, cuando se estima el recurso de alzada, modificando la clasificación de los terrenos de suelo no urbanizable a urbanizable SB (Bordes Serranos), ya se encontraba designada por la Administración regional como zona especial de protección para su integración en la Red Natura 2000, cumpliendo con ello una obligación impuesta por el derecho comunitario; si bien este último dato de la fecha de su designación no consta entre los presupuestos fácticos del Acuerdo que se proyecta revisar, en el que se alude de

forma reiterada a la ZEPA no aprobada, sin embargo, en el informe evacuado por la Dirección de los Servicios Jurídicos de 27 de noviembre de 2003, sobre la inadmisión del recurso extraordinario de revisión interpuesto por el Ayuntamiento de Murcia, se admite expresamente que tal designación no era desconocida por el Acuerdo de Consejo de Gobierno de 7 de marzo de 2003 (lo que hace aún más difícil entender la estimación del recurso), de lo que se infiere también que otra cuestión jurídica a abordar en el presente Dictamen serán los efectos que se producen desde la designación por la Comunidad Autónoma de la ZEPA, cuestión que más adelante se analizará.

Interpuesto por la mercantil “--, S.L.” recurso contencioso administrativo contra el Acuerdo del Consejo de Gobierno de 30 de marzo de 2001, por el que se designaba la ZEPA, fue desestimado por las Sentencias de 23 de octubre de 2003 de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Región de Murcia y de 20 de mayo de 2008 de la misma Sala del Tribunal Supremo.

Tampoco conviene omitir el dato de que las Sierras de Altaona y Escalona habían sido declaradas *ex lege* “área de protección de la fauna silvestre” por la Ley 7/1995, de 21 de abril, de la Fauna Silvestre de la Región de Murcia (modificada por la Ley 7/2003, de 12 de noviembre), cuya área de dispersión afectaba a la finca propiedad de la mercantil, según el informe del Servicio de Protección y Conservación de la Naturaleza (folio 240).

En relación con la tesis que sustenta el acuerdo objeto de revisión, según aclara el informe de la Dirección de los Servicios Jurídicos de 27 de noviembre de 2003, al señalar que “*la mera designación de una zona como ZEPA no condiciona, limita ni hace incompatible en su ámbito determinados usos urbanísticos ni determina por ello ope legis la clasificación del suelo como no urbanizable*”, sin perjuicio de la eficacia de su designación en orden a la adopción de medidas preventivas de protección que garanticen la eficacia en el cumplimiento de los objetivos de la ZEPA, caben realizar las siguientes observaciones:

1ª) Ciertamente, no procede establecer una conversión automática entre la designación de una ZEPA y la clasificación de todo su ámbito como suelo no urbanizable de protección específica, entre otras razones porque puede darse la circunstancia de que, dentro de sus límites, puedan existir pequeños núcleos de población que tengan la consideración de suelos urbanos por la realidad fáctica (así ocurre en el ámbito de los parques regionales); por el contrario, dicha clasificación de suelo no urbanizable sí viene condicionada (cualquiera que sea la fase en la que se encuentre la ZEPA), cuando concurren valores que hagan incompatible su transformación urbanística y, sobre todo, como afirma el informe de la Directora de los Servicios Jurídicos del

Ayuntamiento de Murcia, si la presencia de los valores tenidos en cuenta en la formulación del PGMO han conducido precisamente a la designación de tal figura ambiental.

También ha sido entendido así por la STS, Sala 3ª, de 25 de marzo de 2010, ya citada, que expresa a este respecto:

*“Por tanto, no se dice en la sentencia (...) que la inclusión de los terrenos en el ámbito de la ZEPA determina por sí misma y de forma automática la clasificación del terreno como suelo no urbanizable, sino que, aquella inclusión, junto con los demás datos y factores que la propia sentencia deja señalados, viene a poner de manifiesto la concurrencia de unos valores que el legislador ha querido preservar, tanto en la normativa estatal básica como en la autonómica”.*

2ª) El PGMO de Murcia, en función de tales valores, ha establecido la clasificación y calificación adecuada, conforme ha reconocido la Sentencia núm. 423/2007, ya citada, que permite el régimen de usos previstos en el artículo 7.11.2 del Plan General (folio 149), sin perjuicio de que posteriormente se apruebe un plan de gestión específico para la ZEPA, en el caso de que se considere necesario, en tanto el RD 1997/1995 establece también la posibilidad de incluir el régimen de protección en otros planes (artículo 6.1).

3ª) Las Comunidades Autónomas tienen la obligación de adoptar las medidas de protección adecuadas para las ZEPAS que figuren en las listas nacionales remitidas a la Comisión de las Comunidades Europeas, antes de que incluso ésta confeccione sus listas. Así se deduce sin ninguna duda de la jurisprudencia comunitaria, citando en tal sentido la Sentencia del Tribunal de Justicia, Sala 2ª, de 14 de septiembre de 2006, que resuelve la cuestión prejudicial sobre la interpretación de la Directiva sobre los Hábitats, en la que declara que el régimen de protección apropiado aplicable a los lugares incluidos en una lista remitida a la Comisión exige que los estados miembros no autoricen intervenciones que puedan alterar significativamente las características ecológicas de tales lugares, teniendo la obligación de adoptar todas las medidas necesarias para evitar intervenciones que puedan alterar significativamente las características ecológicas de los lugares protegidos.

En consecuencia, como afirma el Tribunal Supremo, Sala 3ª, en su sentencia de 11 de mayo de 2009, *“la elaboración de las listas por las Comunidades Autónomas no es algo inocuo, algo que no produzca efectos jurídicos y materiales; no es una mera propuesta neutra, sino un acto administrativo que habilita y obliga a la Comunidad Autónoma a adoptar “medidas de protección adecuadas” para los lugares incluidos; se trata de un acto que, siendo una propuesta, pone una*

*condición necesaria y suficiente para crear en la Comunidad Autónoma la obligación de adoptar medidas de protección adecuadas”.*

Cabe preguntarse por ello: ¿acaso entre las medidas adecuadas de protección no se encuentran el otorgamiento de una clasificación y calificación adecuada, conforme al artículo 9 de la Ley 6/1998 entonces aplicable, acorde con los valores que se tratan de proteger en los terrenos, que sustentaron su designación como ZEPA por parte de la Comunidad Autónoma, valores que fueron tenidos en cuenta con anterioridad por el PGMO, a través del Estudio de Impacto Ambiental del citado Plan, que obtuvo un DIA favorable?

El que la protección derivara de la circunstancia 1ª) o 2ª) del artículo 9 de la Ley 6/1998 (protección específica por la legislación sectorial o protegido por el planeamiento), puede resultar a la postre indiferente, pues lo importante es que los terrenos debían ser preservados en el PGMO del proceso urbanizador por los valores reconocidos, otorgándole una clasificación que ha sido reconocida como adecuada por el Tribunal Superior de Justicia de la Región de Murcia.

Invertir el proceso, reclasificando primero para permitir su transformación urbanística y desclasificar después cuando dicha ZEPA fuera aprobada (se desconoce a qué trámite se hacía referencia, pues ya había sido designada por la Administración regional), como parece sugerir algún informe, ignorando hasta tanto los valores tenidos en cuenta por el PGMO, carece totalmente de sentido y va en contra de la jurisprudencia comunitaria y de las obligaciones que incumben a los estados miembros desde su inclusión en las listas nacionales.

**QUINTA.- Sobre los vicios de nulidad de pleno derecho en los que incurre el Acuerdo que se revisa.**

Desde la dualidad de aspectos del Acuerdo estimatorio del recurso de alzada objeto de revisión, puestos de manifiesto por la jurisprudencia citada en la Consideración Tercera, se analizan seguidamente las infracciones detectadas.

I. Desde la vertiente de acto administrativo:

La propuesta elevada considera que el Acuerdo del Consejo de Gobierno de 7 de marzo de 2003, estimatorio del recurso de alzada interpuesto por la mercantil --, S.L, incurre en la causa de nulidad de pleno derecho prevista en el artículo 62.1.f) LPAC:



*“Los actos expresos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición”.*

Entiende de aplicación tal motivo, desde el aspecto de acto administrativo al que se ha aludido en la Consideración Tercera, según ha reconocido la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia núm. 140/2010, que desestima el recurso contencioso administrativo interpuesto por el Ayuntamiento contra la inadmisión del recurso extraordinario de revisión (Fundamento de Derecho Cuarto):

*“Esta alegación no puede tener acogida, pues lo que se impugnó por el Ayuntamiento es el Acuerdo de 7 de marzo de 2003. Es evidente que este Acuerdo no es una disposición de carácter general, sino un acto administrativo, aunque del mismo se derive la modificación de un instrumento de planeamiento”.*

Desde esta vertiente, la propuesta de nulidad del Acuerdo por la causa prevista en el artículo 62.1,f) LPAC, que es informada favorablemente por la Dirección de los Servicios Jurídicos, al igual que por la Directora de los Servicios Jurídicos del Ayuntamiento, justifica la concurrencia de los requisitos arriba expresados: que dicho acto estimatorio del recurso vulnera el ordenamiento jurídico (artículos 9 de la Ley 6/1998 y 65 LSRM), al determinar una clasificación de suelo que, como presupuesto mismo de la definición de las condiciones básicas del derecho de propiedad urbana, supone la adquisición por el titular de la finca de un derecho a urbanizar y a edificar, cuando la finca no reúne los requisitos esenciales para tal adquisición, por los valores que la hacen incompatible con su transformación urbanística.

Este Consejo Jurídico, en la interpretación dada al apartado f) del artículo 62.1 LPAC, ha tenido ocasión de destacar (por todos, Dictamen 168/06) que la causa descrita de nulidad será aplicable cuando se trate del incumplimiento de un requisito esencial para la adquisición de derechos o facultades, no cuando se incumpla cualquier requisito, aunque sea exigible para la validez del acto, sobre la base de la interpretación restrictiva que ha de hacerse de la nulidad de pleno derecho, siendo el procedimiento de lesividad la regla y la revisión de oficio la excepción. En este sentido, el Consejo de Estado ha distinguido entre requisitos necesarios y esenciales, y sólo el incumplimiento de estos últimos vicia de nulidad de pleno derecho al acto administrativo, como detalla en su Dictamen núm. 3491/1999, del que reproducimos, por su interés, el siguiente párrafo:

*“El vicio de nulidad invocado en última instancia es interpretado de modo muy estricto por el Consejo de Estado (dictámenes...) entendiendo que para su apreciación requiere, no sólo que se produzca un acto atributivo de derechos que se adquieren en virtud del mismo, y que dicho acto sea contrario al ordenamiento jurídico, sino también que falten los requisitos esenciales para su adquisición, es decir los presupuestos inherentes a la estructura definitoria del acto”.*

Así pues, desde esta vertiente de acto que se ha extralimitado en su contenido, al no contraerse a los defectos propios del acuerdo de aprobación definitiva conforme a la jurisprudencia citada en la Consideración Tercera, este Órgano Consultivo considera que resulta admisible tal motivo de nulidad propuesto por el órgano instructor, en tanto mediante el Acuerdo de 7 de marzo de 2003 estimatorio del recurso de alzada, se atribuye a la mercantil el derecho a la transformación del suelo, inherente a los suelos urbanizables (artículo 78 LSRM) -aunque no el derecho a edificar que presupone la aprobación de otros instrumentos específicos de ordenación y gestión-, cuando la finca carece de los requisitos objetivos para ello por los valores ambientales considerados en el PGMO, que abocan a su preservación y conservación, incompatibles con su transformación, como ha reconocido la Sentencia núm. 423/2007 del Tribunal Superior de Justicia de la Región de Murcia, ya citada. De otra parte, no cabe ignorar algún pronunciamiento judicial (STS, Sala 3ª, de 28 de mayo de 2010), que también ha considerado -desde la perspectiva de prohibición del recurso de alzada contra las disposiciones de carácter general- la incompetencia del órgano para dictar, mediante la resolución de un recurso administrativo previo, una modificación de las determinaciones del instrumento de planeamiento (artículo 62.1,b LPAC).

Si bien conviene aclarar que tal incompetencia no es, en ningún caso, confundible con el alcance de las competencias autonómicas en el acto de aprobación definitiva de un Plan, por cuanto la potestad de planeamiento es de titularidad compartida entre los Ayuntamientos y las Comunidades Autónomas, teniendo éstas competencias para introducir en el Plan aprobado provisionalmente por el Ayuntamiento modificaciones sobre cuestiones de legalidad y oportunidad supramunicipal, conforme a la consolidada doctrina jurisprudencial (desde la STS, Sala 3ª, de 13 de julio de 1990), que se ejercitan con mayor intensidad en el suelo no urbanizable que, de acuerdo con la legislación estatal, ha de ser preservado y en el que inciden diversas legislaciones sectoriales (Dictamen 45/2000 de este Consejo Jurídico).

## II. Desde la vertiente de disposición general de la modificación introducida al PGMO.

Sin perjuicio de lo anterior, en congruencia con lo señalado en la Consideración Tercera de este Dictamen, sobre el alcance del recurso administrativo contra el acto de aprobación definitiva

del PGMO, y con la naturaleza de disposición administrativa de la modificación que contiene el Acuerdo que se revisa, este Órgano Consultivo considera aplicable la causa de nulidad de pleno derecho prevista en el artículo 62.2 LPAC porque el Acuerdo vulnera los siguientes preceptos:

A. Infracción de la normativa ambiental en sus determinaciones procedimentales.

1. El artículo 6.3 del Real Decreto 1997/1995, que incorpora literalmente lo señalado por el artículo 6.3 de la Directiva sobre los Hábitats, exige que *“cualquier plan o proyecto que, sin tener relación directa con la gestión del lugar o sin ser necesario para la misma, pueda afectar de forma apreciable a los citados lugares, ya sea individualmente o en combinación con otros planes o proyectos, se someterá a una adecuada evaluación de sus repercusiones en el lugar (...) teniendo en cuenta los objetivos de conservación de dicho lugar. A la vista de las conclusiones de la evaluación de las repercusiones en el lugar y supeditado a lo dispuesto en el artículo 4 de este artículo, sólo manifestarán su conformidad con dicho plan o proyecto tras haberse asegurado de que no causará perjuicio a la integridad del lugar en cuestión y, si procede, tras haberlo sometido a información pública”*.

Pues bien, el cambio de clasificación derivado del Acuerdo estimatorio del recurso, con la consiguiente posibilidad de transformar urbanísticamente la finca propiedad de la mercantil al ser clasificada como suelo urbanizable, hubiera requerido previamente que se sometiera tal propuesta a una adecuada evaluación de sus repercusiones en el lugar, como exige el precepto estatal citado y el derecho comunitario, puesto que la EIA realizada al PGMO partía de la consideración de tales terrenos como suelo no urbanizable de protección.

Sin embargo, en el caso que nos ocupa ni se realizó dicha evaluación previa a la estimación del recurso con el consiguiente cambio de clasificación que comportaba, ni se recabó el informe de la Consejería que tenía asignadas en aquel momento las competencias en medio ambiente, como órgano ambiental competente, a tenor de lo dispuesto en el artículo 9 de la Ley regional 1/1995 entonces en vigor, teniendo asignadas específicamente las competencias en la gestión de la red natura la Dirección General del Medio Natural (hoy Dirección General del Patrimonio Natural y Biodiversidad).

Dicha exigencia de evaluación previa de las repercusiones para la toma de decisión prevista en el artículo 6.3 de la Directiva sobre los Hábitats ha sido también recogida por la jurisprudencia comunitaria (por todas, Sentencia del Tribunal de Justicia de 20 de septiembre de 2007, núm. C-304/2005), en el sentido de indicar: *“Esta disposición establece un procedimiento de evaluación*

*destinado a garantizar, con la ayuda de un control previo, que únicamente se autorice un plan o proyecto que, sin tener relación directa con la gestión del lugar o sin ser necesario para la misma, pueda afectar de forma apreciable a este último (...)*”.

Con mayor razón aún si dichos terrenos se encontraban igualmente afectados por el área de protección de la fauna declarada por la Ley 7/1995, y, por tanto, formaba parte de un área de sensibilidad ecológica, sujeta a los artículos 38 a 42 de la Ley 1/1995.

Conviene destacar que si en lugar de estimar tal reclasificación vía recurso de alzada en el año 2003, se hubiera tramitado una modificación del PGMO en aquel momento, conteniendo tal cambio de clasificación de suelo no urbanizable protegido a suelo urbanizable sin sectorizar SB de los terrenos afectados por una ZEPA ya designada, esta modificación hubiera sido sometida de forma inexcusable al trámite de evaluación de impacto ambiental, por exigencias tanto de la normativa urbanística, como de la ambiental regional aplicable entonces (Disposición adicional segunda, 1,c LSRM), teniendo en cuenta también las exigencias de la normativa básica vigente en aquel momento (Anexo I, grupo 9, apartados a y c.3º de la Ley 6/2001, de 8 de mayo que modificó el Real Decreto Legislativo 1302/1986).

La trascendencia de la falta de evaluación de las repercusiones medioambientales en la planificación y su consideración como requisito esencial ha sido puesta de manifiesto, entre otras, por la STS, Sala 3ª, de 15 de marzo de 2006, en el sentido de destacar su carácter de acto previo e imprescindible, que no resulta convalidable.

En igual sentido, la Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias núm. 1651/2009, de 11 de noviembre.

2. En la alteración de la clasificación de la finca propiedad de la mercantil (568 Has.), que formaba parte de la unidad ambiental núm. 29 de mayor amplitud, se ha omitido también el trámite de información pública para que pudieran participar otros interesados pertenecientes, por ejemplo, a la misma unidad ambiental, según recoge también el artículo 6.3 del RD. 1997/1995, pues aunque pudiera considerarse (desde la perspectiva de la aplicación de la legislación urbanística) el carácter no sustancial de tal modificación respecto al conjunto del Plan, sin embargo sí lo era el contenido del Acuerdo contemplado de forma aislada, puesto que tenía como única finalidad la estimación del recurso y el cambio de clasificación de la finca en cuestión. En tal sentido, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Región de Murcia, Sala de lo Contencioso Administrativo, de 29 de septiembre de 2000, consideró que el cambio introducido en el acto de

aprobación definitiva de una modificación, que afectaba al cambio de categoría en suelo urbanizable de una finca de inferior extensión que la indicada, era capaz de generar, en razón de su específica funcionalidad y trascendencia, no sólo un nuevo pronunciamiento municipal, sino también y previamente a ello una nueva información pública. En efecto, dicho pronunciamiento municipal se hace aún más necesario en el presente caso, en tanto suponía alterar una de las determinaciones del PGMO aprobado provisionalmente, ratificadas por el titular de la Consejería en la aprobación definitiva, mediante la Orden de 31 de enero de 2001.

En definitiva, la omisión de la evaluación de las repercusiones de tal propuesta reclasificatoria, en los términos exigidos por el artículo 6.3 de la Directiva sobre los Hábitats, más los otros defectos procedimentales advertidos, como la falta de petición de informe de la Dirección General competente en la gestión de la Red Natura 2000, así como la omisión del trámite de información pública y del pronunciamiento del órgano municipal competente, representan para este Consejo la vulneración de los preceptos ambientales de referencia, determinando la nulidad radical de la disposición administrativa de que se trata.

#### B. Vulneración de la normativa ambiental sustantiva y urbanística.

Como se razonó extensamente en la Consideración Cuarta, a la que aquí nos remitimos en evitación de reiteraciones, el Acuerdo objeto de revisión vulneró los artículos 9.1 de la Ley 6/1998 y 65.1 LSRM y las disposiciones comunitarias y estatales ambientales allí citadas, al asignar a los terrenos en cuestión una clasificación urbanística (suelo urbanizable) que, según los indicados preceptos legales, no podía tener. En igual sentido, el informe de la Dirección de los Servicios Jurídicos, de 10 de junio de 2010, que viene a afirmar que los terrenos, al estar afectados por la protección ambiental incompatible con el desarrollo urbanístico, no reúnen los requisitos esenciales en su vertiente negativa (ausencia de la referida protección ambiental), que le permitan acceder a las facultades y derechos que en orden al desarrollo urbanístico determina la clasificación de suelo urbanizable SB.

Finalmente, en lo que se refiere a la no aplicación de los límites de las facultades de revisión, se coincide con lo razonado por el informe de la Dirección de los Servicios Jurídicos de 10 de junio de 2010 (folio 419), relativo a la dilatada litigiosidad de la cuestión debatida, según los antecedentes ya conocidos y a la gravedad de las infracciones legales advertidas en el Acuerdo a revisar, por lo que no hay obstáculo para su declaración de nulidad de pleno Derecho.

En otro orden de ideas, respecto a los derechos indemnizatorios que hipotéticamente pudieran derivar para la mercantil interesada por la declaración de nulidad del Acuerdo objeto del presente procedimiento, este Consejo Jurídico no puede entrar en su examen y consideración, sino en el seno de un procedimiento de responsabilidad patrimonial, en el que la mercantil reclamante tendría que justificar la concurrencia de los requisitos determinantes de la responsabilidad patrimonial por la anulación del Acuerdo, teniendo en cuenta que la Sentencia núm. 423/2007, antes citada, desestima la pretensión indemnizatoria de la misma mercantil por la clasificación como suelo no urbanizable de sus terrenos en el PGMO.

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

### **CONCLUSIONES**

**PRIMERA.**- Procede declarar la nulidad de pleno derecho del Acuerdo de Consejo de Gobierno de 7 de marzo de 2003, por el que se estima el recurso de alzada interpuesto por la mercantil "--, S.L." contra la aprobación definitiva del PGMO de Murcia, dictaminándose favorablemente la propuesta elevada en tal sentido.

**SEGUNDA.**- No obstante, dicha propuesta habrá de ser modificada en el sentido de recoger todas las infracciones y motivos de nulidad de pleno derecho advertidos en la Consideración Quinta del presente Dictamen, con especial referencia a la consideración de disposición administrativa de carácter general de la modificación introducida por el Acuerdo objeto del presente procedimiento revisorio y a los motivos de nulidad de pleno Derecho expresados en el Dictamen.

**TERCERA.**- El Acuerdo del Consejo de Gobierno por el que se resuelva el presente procedimiento de revisión de oficio, habrá de ser adoptado y notificado dentro del plazo indicado en la Consideración Segunda del presente Dictamen.

No obstante, V.E. resolverá.



## DICTAMEN 153/2010

**Asunto** Responsabilidad patrimonial instada por x y otra, en nombre propio y en representación de sus hijos, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.

**Consultante** Consejera de Sanidad y Consumo

**Fecha** 30/08/2010

### Extracto de Doctrina

Tal como vienen señalando de forma reiterada la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la doctrina del Consejo de Estado y de este Consejo Jurídico, la ciencia médica no es exacta, por lo que los facultativos tienen una obligación de medios y no de resultados (por todos, nuestro Dictamen núm. 56/2005).

### ANTECEDENTES

**PRIMERO.-** Con fecha 28 de febrero de 2006 tiene entrada en el Registro General de la Consejería de Sanidad y Consumo escrito suscrito por x, y., por el que formulan, en nombre propio y en el de sus hijos, reclamación por responsabilidad patrimonial de la Administración debida a la deficiente asistencia sanitaria prestada a la x. Los reclamantes efectúan la siguiente narración de los hechos:

1. Entre los reclamantes existe una incompatibilidad de sus grupos sanguíneos, al ser el de ella Rh negativo y el de él Rh positivo, con los riesgos de isoimmunización que ello supone en el caso de embarazo.

2. La x. dio a luz a su primer hijo, x, el 8 de enero de 1993, en el Hospital Rafael Méndez de Lorca (en lo sucesivo, HRM), que dio negativo al llamado test de Coombs directo. En este caso se administró a la madre la vacuna anti Rh.

3. Posteriormente, en el año 1994, la reclamante tuvo un aborto del que fue atendida en el citado HRM, en el que ingresó de urgencias, sin que en esta ocasión se le administrara dicha vacuna a pesar de que su prescripción alcanza no sólo a los embarazos a término sino también a los abortos.

4. En el año 1995 la interesada volvió a quedar embarazada dando a luz dos mellizos, x, y., los cuales nacieron con graves deficiencias físicas y psíquicas debido a la isoimmunización de la madre producida por la falta de vacuna tras el anterior aborto.

5. La denuncia presentada contra los anteriores hechos dieron lugar a la apertura de diligencias previas, que se siguieron en el Juzgado de Instrucción núm. 2 de Lorca y que finalizaron mediante Auto de sobreseimiento provisional y posterior archivo de actuaciones. Se acompaña copia del citado Auto y del informe médico emitido por el Dr. x., Catedrático de Obstetricia y Ginecología de la Facultad de Medicina de Murcia, a instancias del Sr. Decano de dicha Facultad y a demanda del titular del Juzgado antes citado.

6. Según ha quedado acreditado a lo largo de la sustanciación del proceso penal, han desaparecido los documentos de la asistencia referidos al aborto atendido en el servicio de urgencias del HRM. Este extravío es especialmente importante porque precisamente en dicha documentación debe constar si a la paciente se le administró o no la vacuna anti Rh, siéndole imputable a la Administración la responsabilidad que le corresponde al no custodiar debidamente dichos documentos.

7. Independiente de lo expuesto los reclamantes consideran que hubo una falta de información a los padres de las gravísimas deficiencias con las que iban a nacer sus hijos, privándoles así de decidir un aborto dentro de los plazos legalmente previstos para ello.

8. Las graves secuelas de los menores están aún pendientes de determinar pues todavía no se han estabilizado. Al daño sufrido por los niños hay que añadir el que padecen los padres, sobre todo la madre que ha llegado a perder una pierna.

A juicio de los interesados existe una conexión entre la negligente actuación de los servicios sanitarios regionales y los daños que sufren tanto los menores como ellos mismos, lo que daría lugar al nacimiento de responsabilidad patrimonial de la Administración autonómica, en virtud de la cual solicitan ser indemnizados en la cantidad de 3.000.000 de euros, más los intereses legales que correspondan.

Se propone por los reclamantes los siguientes medios de prueba:

*“- Documental: Consistente en todos los documentos que se acompañan al presente escrito y que se relacionan en el Anexo al mismo.*



- *Más documental: La que se aportará tan pronto se disponga de la misma, así como la que considere oportuno el órgano instructor del expediente que se abra.*

- *Más documental: Que por parte del Servicio Murciano de Salud se requiera:*

*Al Hospital Virgen de la Arrixaca de Murcia para que remita historia clínica completa de x, y., y especialmente que remita informe haciendo constar el total de días de hospitalización en dicho Centro de los menores.*

*Al Hospital Morales Meseguer de Murcia para que remita historia clínica completa de x, y., y especialmente que remita informe haciendo constar el total de días de hospitalización en dicho Centro de los menores.*

*Al Rafael Méndez de Lorca, para que remita historia clínica completa de x,y., y especialmente que remita informe haciendo constar el total de días de hospitalización en dicho Centro de los menores.*

*A cualquier otro Centro Médico que el Servicio Murciano de Salud considere que pudiera tener información sobre los extremos apuntados.*

*Al Instituto de los Servicios Sociales de la Región de Murcia para que emita informe haciendo constar el grado de discapacidad global de x, y., con número de afiliación a la Seguridad Social “—”.*

- *Pericial: Consistente en la ratificación del informe médico emitido a instancias del Juzgado de instrucción de Lorca, por el profesor Dr. x. (documento nº8); así como la pericial que pueda señalarse por el órgano instructor de este expediente.*

- *Reconocimiento de los menores, x, y., por parte del órgano o facultativo que se señale por el instructor del expediente. Cualquier otra prueba que se derive de la instrucción de la presente reclamación”.*

Señalan a efectos de notificaciones la dirección correspondiente al despacho profesional de x.

**SEGUNDO.-** De la documentación que los reclamantes acompañan a su escrito conviene, a los efectos que aquí nos ocupa, transcribir los siguientes:

1. Conclusiones que se contienen en el Auto de Sobreseimiento provisional al que se hace referencia en el punto 5 del anterior Antecedente, en las que se afirma lo siguiente:

*“En tercer lugar considera que son dos posibilidades respecto a la sensibilización al factor RH, en el embarazo que nos ocupa:*

*1. Que a pesar de administrar la dosis correcta después del parto ésta no fuera suficiente para prevenir la isoimmunización.*

*2. Que durante el aborto que tuvo lugar después del parto en Lorca (primer Parto) y antes de esta cuarta gestación se sensibilizara.*

*Excluida la negligencia en el primer caso habrá de valorarse el segundo. Al respecto de la documentación obrante en autos y pese a los múltiples intentos realizados para localizar la asistencia del aborto, no ha sido posible obtenerla. Teniendo en cuenta además que no es posible determinar cuál de las dos anteriores posibilidades fue la que ocurrió y que no consta ningún dato del aborto por lo que ni siquiera se puede determinar que este fuera atendido en el Hospital Rafael Méndez y tampoco que fuera atendido por los imputados, hay que concluir diciendo que no hay indicios racionales de que los imputados actuaran negligentemente en el ejercicio de su profesión como médicos ginecólogos y tampoco hay indicios de que las lesiones sufridas por los bebés al nacer fuera debida a una mala praxis por parte de los mismos y es por ello que procede acordar el sobreseimiento provisional conforme al art. 641 LECr y posterior archivo de las actuaciones”.*

2. Informe del Dr. x., del siguiente tenor literal

*“Una vez consultadas las fotocopias de las historias clínicas procedentes de los Hospitales Rafael Méndez de Lorca y Virgen de la Arrixaca de Murcia y tras bastantes dificultades para descifrarlas se llega a la conclusión de que el 23-5-92 tuvo su primer ingreso en Lorca por amenaza de aborto. En aquel momento consta en la Historia que era el primer embarazo (página 230) sin embargo en Historias posteriores consta que ya había tenido un aborto previo (página 117). Desde el punto de vista práctico este dato no creo que influyera en el curso de la enfermedad puesto que se trataba de una mujer RH negativo, pero que en este segunda gestación todavía no estaba sensibilizada, dato que se puede comprobar en la Historia clínica (página 225) en donde*

consta que el recién nacido que tuvo era Rh positivo pero el test de Coombs directo era negativo (no sensibilización). Después de este primer ingreso la paciente fue dada de alta tras tratamiento con espasmolíticos y reposo.

El curso de la gestación continuó normal según consta la cartilla de la embarazada (página 15).

El 1-12-92 reingresó por molestias abdominales y amenaza de parto prematuro en el Hospital de Lorca. Los estudios y pruebas que se le realizan son los habituales en estos casos: exploración, Ecografía, Monitorización y distintas analíticas y control tensional. Es tratada con Prepar para inhibir las contracciones uterinas, cediendo las mismas y siendo dada de alta.

Reingresa el 28-12-92 de nuevo por contracciones uterinas. Es tratada de la misma forma, permaneciendo en el Hospital hasta el día 8-1-93 en que se induce el parto, encontrándose en la 37 semana de gestación. El parto transcurre con normalidad (pagina 236) dando a luz mediante ventosa un recién nacido varón de 3.500 gr. En condiciones normales de vitalidad (índice de Apgar 8/10) (página 237). Consta en la Historia que se pide análisis de la sangre del cordón umbilical de dicho recién nacido (página 237), Dicho análisis mostró un recién nacido Rh positivo test de Coombs directo negativo (página 240) por lo que se administró a la madre una dosis de gammaglobulina anti-d para prevenir la isoimmunización (paginas 227, 238, 243). El Post-parto fue febril y por lo demás transcurrió normalmente, siendo tratada con antibióticos cediendo la fiebre y siendo dada de alta el día 10-1-93 (página 227).

El recién nacido ingresó en el servicio de Pediatría al segundo día por presentar una ictericia. Ya hemos dicho que este recién nacido no estaba sensibilizado (test de Coombs negativo). En el informe de alta del recién nacido (página 226) consta que presentaba una anemia que fue tratada con transfusión y una ictericia que cedió simplemente con fototerapia. También se dice que en la Ecografía se observaba una posible hemorragia suprarrenal todo lo cual cedió con el tratamiento.

De todo lo expuesto hasta ahora deducimos que la atención prestada a esta mujer y a su hijo fue absolutamente correcta y que se hizo una profilaxis adecuada de la isoimmunización Rh administrándole a la madre gammaglobulina anti-D (hoja de ordenes página 238, hoja de enfermería página 243).

*El 25-11-1994 ingresó de nuevo en el Hospital Rafael Méndez de Lorca por un cuadro depresivo que requirió tratamiento psiquiátrico, siendo dada de alta 2-12 de ese mismo año. Informe de alta (página 246).*

*Según consta en la cartilla maternal (página 12) la paciente realizó 6 consultas prenatales durante su cuarta gestación. Siendo la atención perfectamente correcta y practicándosele la pruebas oportunas, siendo remitida al Hospital Virgen de la Arrixaca (el 1-9-95 por presentar un test de Coombs indirecto positivo al 1.024 y estando en la 27 semana de embarazo. Es evidente que la mujer en ese momento estaba sensibilizada al factor Rh, pero de lo que no hay duda es que en el parto y post-parto que tuvo lugar en el Hospital de Lorca a la enferma se hizo una profilaxis correcta. Respecto a la causa de esa sensibilización en el momento del ingreso en el Hospital de la Arrixaca la verdad es que no podemos, con los datos disponibles, dar una respuesta cierta. Caben dos posibilidades la primera que a pesar de administrar la dosis correcta después del parto, esta no fuera suficiente para prevenir la isoimmunización y la segunda que durante el aborto que tuvo lugar después del parto en Lorca y antes de esta cuarta gestación se sensibilizara. Llama extraordinariamente la atención de que pese a que en la Historia clínica que se realizó en el Hospital Virgen de la Arrixaca (página 117) consta claramente que hubo un aborto entre el parto y el ingreso en la Arrixaca, no consta ningún dato sobre este acontecimiento. No sabemos si se trataba de un aborto espontáneo, provocado o ninguna otra circunstancia.*

*El 4-9-95 se realizó una amniocentesis en el Hospital Virgen de la Arrixaca para valorar el compromiso de ambos fetos, ya que se trataba de una gestación gemelar. El resultado de dicho análisis mostró una afectación de los fetos moderada (página 113) por lo que se decidió repetir esta prueba dos semanas después dada la inmadurez de estos fetos (28 semanas). El 21-9-95 se repite la amniocentesis demostrándose que el primer feto estaba claramente afectado (zona patológica), y el segundo feto se encuentra en la zona normal (página 115). El 22-9-95 se decide practicar una cesárea para finalizar la gestación ya que existe en ese momento un riesgo muy elevado de muerte fetal por su isoimmunización Rh si continúa el embarazo. Los recién nacidos nacieron (deprimidos índice de Apgar 1/4 y 1/7). La mujer solicitó una ligadura de trompas (consentimiento informado hoja nº 105). Que se le practicó durante la cesárea*

*El segundo gemelo permaneció ingresado en la UCI Neonatales por presentar encefalopatía, anoxia, hemorragia intracraneal así como cuadro convulsivo, todo ello secundario a la prematuridad (página 7 y 8). Posteriormente el 15-12-95 se le colocó una válvula por presentar hidrocefalia secundaria a la hemorragia ventricular (hoja nº4).*

*De lo expuesto hasta ahora concluimos que los cuidados médicos a la madre y a los recién (nacidos), en Lorca como en Murcia, fueron totalmente los correctos. Ya hemos dicho que desconocemos las características del segundo aborto (tercera gestación) que tuvo lugar antes de la cesárea. Es posible que la sensibilización se produjera entonces. No se puede descartar en absoluto que no ocurriera después del parto en Lorca, pese a que la paciente se le administrara la dosis correcta de gammaglobulina anti-D para prevenirla. El ingreso del primer hijo en la Unidad de recién nacidos en Lorca por presentar anemia, ictericia y posible hemorragia suprarrenal, de todo lo cual se recuperó, no es atribuible a una mala conducta obstétrica. La decisión de interrumpir la última gestación a la 30 semana de embarazo ante la evidencia de una afectación fetal es perfectamente correcta. Las consecuencias en el último de los recién nacidos son atribuibles a la prematuridad. De continuar esa gestación más tiempo lo más probable es que los fetos hubieran muerto intraútero como consecuencia de su isoimmunización”.*

3. Escrito del Director Gerente del HRM dirigido al Juzgado de Instrucción núm. 2 de Lorca en el que se indica que *“en la historia clínica de la x. no consta ningún documento relativo a una posible asistencia sanitaria por aborto en enero de 1994, ni en fechas cercanas a este mes. Las causas que pueden justificar la ausencia de dicha documentación son bien que dicha asistencia no se prestara bien que la asistencia fuese una urgencia atendida sin hospitalización y este Centro únicamente conserva en su formato original los informes de urgencias sin hospitalización desde el día 2 de enero de 1999”.*

**TERCERO.-** 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 HRM y al Hospital Universitario Virgen de la Arrixaca (HUVA) historias clínicas de la madre y de sus hijos e informes de los profesionales que les atendieron en relación a los hechos descritos en la reclamación. Asimismo, se requiere al Hospital Morales Meseguer para que remita las historias clínicas de x, y, e informes de los profesionales que les prestaron asistencia sanitaria. Finalmente se comunica la reclamación a la Correduría de Seguros y a la Dirección General de Asistencia Sanitaria.

**CUARTO.-** Mediante escrito fechado el 23 de marzo de 2006 el Hospital Morales Meseguer comunica a la instructora que en los archivos de dicho Centro Hospitalario no consta antecedente alguno sobre asistencias prestadas a los niños x, y.

Por su parte, mediante escrito que tuvo entrada en el Registro General del Servicio Murciano de Salud el día 3 de abril de 2006, la Directora Médica del HRM envía las historias clínicas y los informes que se le habían solicitado. Finalmente también el HUVA acompaña a su escrito de 6 de junio de 2006 la historia clínica de la reclamante y de sus hijos, e informes emitidos por los Dres. x, y.

En el primer informe se hace constar, tanto para x. como para y, que *“se trata de una gestación en una madre de 26 años, grupo 0 (-), siendo el padre A (+). Se trataba de una cuarta gestación gemelar”* siendo la niña la primera en nacer y el niño el segundo. Ambos menores nacieron con fecha 22 de septiembre de 1995, por cesárea a las 30 semanas de gestación, por isoimmunización. Seguidamente se describen las patologías que ambos menores presentaban al nacer y que constan a los folios 415 y siguientes del expediente.

Por su parte el Dr. x. ratifica el contenido del informe de alta emitido el día 29 de septiembre de 1995, en el que se indica lo siguiente:

*“Gestación gemelar blamniótica, Isoimmunización Rh, primer feto en zona patológica y segundo feto en zona normal. Gestación de 30 más 1 semana, condiciones obstétricas desfavorables, se ingresa para E.B.F. y decidir conducta. Se indica cesárea electiva por las condiciones reseñadas anteriormente, practicándose laparotomía media intraumbilical, extrayéndose primer feto hembra en presentación de nalgas, y segundo feto varón en presentación podálica, intervención sin complicaciones.*

*Se practica esterilización tubárica bilateral mediante fimbriectomía bilateral. Ambos fetos ingresan en UCI Neonatal. Post-operatorio inmediato normal. Post-operatorio en planta sin complicaciones, inhibición de lactancia”.*

**QUINTO.-** Con fecha 20 de noviembre de 2006 la instructora dirige escrito a los reclamantes notificándoles que los medios de prueba propuestos en su escrito inicial se estiman pertinentes, aunque los informes del ISSORM (hoy IMAS, Instituto Murciano de Acción Social) sobre el grado de incapacidad de los menores deberán aportarlos los interesados directamente, y en cuanto al reconocimiento de los menores, es una actuación que se deja a criterio de la Inspección Médica.

El abogado, x., en nombre y representación de los reclamantes, procede a remitir la documentación acreditativa del grado de minusvalía de x (88%) y de y, (48%).

**SEXTO.-** Solicitado, mediante escrito fechado el 20 de noviembre de 2006, informe a la Inspección Médica, se evacua el 29 de julio de 2009. En él, la Inspectora actuante, tras resumir los datos contenidos en la historia clínica y efectuar las consideraciones médicas que estima pertinentes, formula las siguientes conclusiones:

*“1. Del estudio exhaustivo de la historia clínica de la x., se desprende que pudo haber un primer embarazo que finalizó en aborto espontáneo, que probablemente no precisó legrado ni asistencia sanitaria, pero en cualquier caso no tuvo influencia sobre el desarrollo de los acontecimientos que se están valorando en este informe, ya que en un embarazo posterior la paciente no estaba sensibilizada.*

*2. La paciente tuvo un segundo embarazo (primer parto), en el que tras una amenaza de aborto, que se trató y se estabilizó, y a partir de entonces estuvo sometida a un control del embarazo adecuado a su edad y situación en el centro dependiente en el hospital de Lorca (Hospital Rafael Méndez).*

*3. Producto de este embarazo, tuvo un recién nacido en condiciones normales de vitalidad (Apgar 8/10), y que tuvo algunos problemas de salud sin consecuencias y que no tuvieron su origen en la incompatibilidad Rh materna, ya que ni la madre estaba sensibilizada ni el feto tampoco. Test de Coombs negativo. El niño nació Rh positivo.*

*4. A la madre se le administró en este parto la gammaglobulina Anti-D, (entendemos que en la dosis normal, ya que la que se recomienda es de 300 mgr. y eso es la cantidad que integra un vial), en tiempo y forma según todas las consultas bibliográficas especializadas en la patología.*

*5. Por tanto, hasta este momento es de suponer que la paciente no había originado Anticuerpos AntiRh y que no estaba sensibilizada, y, sometida a unos cuidados médicos tanto ella como su hijo, correctos.*

*6. Es probable (no hemos podido encontrar ningún documento que lo avale, a pesar de que se ha intentado), que la paciente, como ella reconoce en algunas de las anamnesis realizadas (aunque no en todas), que tuviera un aborto espontáneo, posterior a ese primer parto y anterior al siguiente (entre Enero de 1993 y Enero de 1995) que no precisara legrado y ni asistencia sanitaria y por tanto no fuera sometida a la profilaxis correspondiente tal y como ha quedado demostrado en todas las consideraciones del*

*apartado anterior, que debe hacerse tras un legrado. Es por tanto, posible que esta fuera la causa de la sensibilización materna, aunque como hemos dicho no pueda asegurarse. La prevención es lo más importante, porque una vez sensibilizada la madre, no se puede revertir ese proceso.*

*7. Durante el cuarto embarazo (2º parto), la actuación en el Hospital Rafael Méndez fue correcta, controles con los protocolos indicados y derivación a un hospital de referencia en la semana 28, más aún con un Test Indirecto de Coombs positivo (como recomienda la bibliografía especializada).*

*8. En el Hospital Universitario Virgen de la Arrixaca, encontraron una mujer sensibilizada, en la semana 28 y la sometieron a observación y control, en espera de maduración pulmonar, los hijos también tenían un Coombs positivo en zona patológica, y hubieron de interrumpir la gestación a la semana 30 de embarazo ante la evidencia de una afectación fetal, mediante una cesárea, actuación absolutamente correcta. Las consecuencias patológicas graves en los últimos recién nacidos son atribuibles a la prematuridad. Las consecuencias patológicas de la isoimmunización (eritroblastosis) son diferentes.*

*9. De continuar esa gestación más tiempo (este es también el criterio del profesor x) lo más probable es que los fetos hubieran muerto intrauterino como consecuencia de la isoimmunización.*

*10. No hay, por tanto, alguna actuación sanitaria, que por acción y omisión, hubiera cambiado el curso de los acontecimientos, al menos en la asistencia requerida a los servicios públicos”.*

**SÉPTIMO.-** Obra en el expediente diversa documentación relativa al recurso contencioso-administrativo interpuesto por los reclamantes, como consecuencia del cual se sigue Procedimiento Ordinario núm. 96/2007 ante el Tribunal Superior de Justicia de Murcia.

**OCTAVO.-** Conferido trámite de audiencia a los reclamantes y a la Compañía de Seguros, ninguno de ellos comparece ni formula alegación alguna.



Seguidamente la instructora formula propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación, al considerar que no queda acreditado en el expediente la relación causal entre el funcionamiento de los servicios públicos sanitarios y el daño sufrido por los menores.

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 18 de noviembre 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 de la Región de Murcia.

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

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

##### **I. Legitimación.**

En lo que se refiere a las secuelas de los hijos menores de edad, por las que se solicita indemnización, los reclamantes actúan en representación legal de los mismos. De otra parte, los interesados ostentan legitimación activa a título propio en lo que atañe a los daños físicos y psicológicos que dicen haber sufrido por las secuelas de sus hijos. En definitiva, los reclamantes ostentan la condición de interesados para deducir la presente reclamación de responsabilidad patrimonial objeto de este Dictamen, de conformidad con lo previsto en el artículo 139.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, sobre Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC).

En cuanto a la legitimación pasiva, no suscita duda que la actuación a la que los reclamantes imputan el daño que dicen haber sufrido acontece en el marco del servicio público prestado por la Administración sanitaria regional, siendo competente para resolver el titular de la Consejería de Sanidad de conformidad con lo dispuesto en el artículo 16. 2, o) de la Ley 7/2004, de 28 de diciembre, de Organización y Régimen Jurídico de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.

## II. Plazo.

En lo que respecta a la temporalidad de la reclamación, el artículo 4.2 RRP dispone que el derecho a reclamar prescribe al año de producido el hecho o el acto que motive la indemnización o de manifestarse su efecto lesivo. En caso de daños a las personas, el plazo empezará a computarse desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas. El nacimiento de los menores se produce el 22 de septiembre de 1995, mientras que la reclamación ante la Administración regional se presenta el 28 de febrero de 2006. En dicho período, no obstante, se incoaron, por el Juzgado de Instrucción num. 2 de Lorca, Diligencias Previas núm. 1050/1996, en las que, finalmente, recayó Auto de Sobreseimiento fechado el 17 de marzo de 2005.

La tramitación de este procedimiento penal impide considerar prescrito el derecho a reclamar de los interesados, en atención al consolidado criterio jurisprudencial que otorga al proceso penal eficacia interruptiva del plazo de prescripción para ejercitar la acción de responsabilidad patrimonial.

Atendiendo a dicha doctrina y dado que el auto se notifica con fecha 5 de abril de 2005, resulta evidente que cuando se interpone la reclamación de responsabilidad patrimonial el 28 de febrero de 2006, aún no se había agotado el plazo de un año al que se refiere el artículo 4.2 RRP

## III. Procedimiento.

Finalmente puede afirmarse que 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.

Sin embargo, conviene destacar la ausencia total de prueba de los reclamantes de algunos de los elementos determinantes de la responsabilidad patrimonial, atribuible en exclusiva a los

mismos; en el presente supuesto, los informes médicos de los facultativos que atendieron a la x. y a sus hijos y el de la Inspección Médica no han sido cuestionados o rebatidos por la parte reclamante, a través de las correspondientes alegaciones en el trámite de audiencia otorgado. A este respecto, la sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso Administrativo, de 27 de junio de 2001, destaca “*que corolario de lo dicho es que quien reclama debe probar la relación de causalidad antes expuesta (artículo 6.1.2º in fine Reglamento de Procedimientos en materia de Responsabilidad Patrimonial (...), y a tal efecto lo propio habría sido interesar una prueba pericial sobre la bondad de los tratamientos dispensados, prueba vital pues se está en un pleito en el que son convenientes o necesarios conocimientos científicos (...) al carecer este Tribunal de conocimientos oncológicos*”.

### **TERCERA.- Elementos de la responsabilidad patrimonial de la Administración.**

De los artículos 139.1 y 141.1 LPAC se desprende que, para que exista responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, es necesario acreditar daños que, causados por el funcionamiento de los servicios públicos, el particular no tenga el deber jurídico de soportar, habiendo precisado la jurisprudencia que, en materia sanitaria, la indicada relación de causalidad y antijuridicidad del daño se producen cuando se acredita que la actuación médica pública infringió la “*lex artis ad hoc*”, pues lo contrario supondría convertir a la Administración en una aseguradora universal de los riesgos y daños que puedan acontecer, señaladamente los inevitables para la salud, bien por naturaleza, bien por no poder ser remediados en el estado actual de la ciencia y la técnica sanitarias; finalidad ésta de aseguramiento a todo riesgo que no contempla la institución de la responsabilidad patrimonial administrativa tal y como viene configurada por el artículo 106.2 de la Constitución, la LPAC y el resto del ordenamiento jurídico. Y es que, tal como vienen señalando de forma reiterada la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la doctrina del Consejo de Estado y de este Consejo Jurídico, la ciencia médica no es exacta, por lo que los facultativos tienen una obligación de medios y no de resultados (por todos, nuestro Dictamen núm. 56/2005).

Por ello, cuando la imputación de tal responsabilidad se basa en que la actuación de los facultativos que atendieron al paciente no se ajustó a normopraxis, el criterio que ha de utilizarse para determinar la existencia o no de tal responsabilidad es, como ha quedado dicho, el de si la actuación de aquéllos se ajustó o no a la llamada *lex artis* de la profesión médica, aplicada a las circunstancias concretas del caso, es decir, a los síntomas y evolución clínica del paciente. Como puede advertirse, la determinación de si la asistencia sanitaria se ajusta o no a la *lex artis* descansa, de forma necesaria, en la apreciación efectuada por profesionales de la Medicina, pues sólo ellos poseen los conocimientos especializados precisos para una adecuada valoración de los

actos médicos en el contexto concreto que presenta cada supuesto. Siendo necesarios, por tanto, conocimientos científicos para valorar hechos o circunstancias relevantes en el asunto -artículo 335 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC)-, el principal apoyo probatorio de las reclamaciones de responsabilidad patrimonial ha de ser, para el reclamante, como se indica en la Consideración Segunda del presente Dictamen, un informe pericial que ponga de manifiesto los errores u omisiones cometidos durante todo el proceso asistencial -el especial valor probatorio de los informes médicos en los procedimientos de responsabilidad patrimonial derivada de la asistencia sanitaria es puesto de relieve por el Tribunal Supremo en sentencia de su Sala de lo Contencioso Administrativo de 1 de marzo de 1999-. Para la Administración, la valoración de la asistencia prestada será ofrecida, además de por los médicos intervinientes, cuyo informe resulta preceptivo de conformidad con el artículo 10.1 RRP, por el de la Inspección Médica, que, en su calidad de órgano administrativo, se encuentra obligado a efectuar un análisis objetivo e imparcial de las actuaciones efectuadas por los facultativos de la Sanidad Pública, lo que le otorga un especial valor a efectos de prueba.

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

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

En el supuesto que nos ocupa, la argumentación de los reclamantes pivota en torno a las siguientes actuaciones de la Administración sanitaria que se califican como no ajustadas a normopraxis:

I. La primera de ellas se concretaría en el embarazo (el tercero o cuarto de la reclamante, pues no son coincidentes las declaraciones que al respecto se vierten en la cuantiosa documentación obrante en el expediente) de mellizos que nacieron con graves deficiencias debido a la isoimmunización que se produjo en la madre al no haber sido debidamente vacunada tras el aborto que padeció después del nacimiento de su primer hijo y antes del embarazo gemelar.

Del contenido del expediente resultan acreditadas de forma indubitada las secuelas que padecen los menores así como su causa, lo que ya no es tan pacífica es la determinación de la forma en que tal isoimmunización se produjo y si en ella hubo una intervención de los servicios públicos sanitarios capaz de generar responsabilidad patrimonial en los términos que se han descrito en la anterior Consideración.

Mantienen los reclamantes que la causa no fue otra que no haber administrado preventivamente a x. la vacuna anti Rh *“en su segundo embarazo que culminó finalmente en un aborto”*. Pues bien, la reclamante, a quien corresponde la carga probatoria, no ha podido demostrar que ese hipotético aborto fuese atendido en los servicios sanitarios públicos; es más, la propia realidad del embarazo no ha resultado acreditada. Resulta llamativo que a lo largo del expediente se ubique dicho aborto en fechas bastantes dispares (finales de 1993 y principios de 1994 -folio 267-; entre enero y marzo de 1992 -folio 268-; enero de 1995 -folio 271) para acabar situándole en un amplio período de tiempo de dos años (entre enero de 1993 y enero de 1995, según se señala en el informe de la Inspección Médica). Las escasas referencias que se contienen en el expediente a dicho aborto (viene recogido en algunas anamnesis, aunque no en todas), son reproducción de lo manifestado por la paciente, pero en ningún caso derivadas de documentación obrante en su historia clínica. Estas circunstancias permiten considerar, como lo hace la Inspectora Médica, que ese tercer embarazo, de haberse producido, probablemente finalizara con un aborto espontáneo que no precisara legrado ni asistencia sanitaria y, por tanto, no fuera sometida a la profilaxis correspondiente, pero sin que tal circunstancia sea imputable a los servicios sanitarios públicos que no intervinieron en tal proceso.

II. En segundo lugar los reclamantes imputan a la Administración una falta de diligencia en la custodia de los documentos que integraban la historia clínica de la x., al haber desaparecido los correspondientes a la asistencia sanitaria que manifiestan recibió en el servicio de urgencias del HRM con ocasión de su segundo aborto. A este respecto cabe resaltar que cuestionada la realidad misma de dicha asistencia difícilmente puede mantenerse que se produjese ningún tipo de documentación, ni mucho que aquella, de existir, se hubiese hecho desaparecer. Se trata de unas alegaciones infundadas que no encuentran, ni siquiera por la vía indiciaria, apoyo en ninguna de las actuaciones que sí aparecen documentadas en el expediente y que, por lo tanto, carecen de la eficacia necesaria para considerar acreditada la responsabilidad patrimonial que se pretende derivar de ellas.

III. En tercer lugar los reclamantes alegan un daño consistente en la privación del derecho a decidir la interrupción voluntaria del embarazo, al no haberseles informado debidamente de las deformidades que padecían sus hijos. Pues bien, según se desprende del informe de la Inspección Médica las anomalías en los fetos se detectaron en la 27 semana del embarazo, por lo que aún reconociendo a efectos puramente dialécticos la falta de información sobre tal circunstancia, el daño que se alega no se habría producido, pues la legislación aplicable en ese momento, es decir, el artículo 417 bis.1,3ª del Código Penal contempla como supuesto no punible el aborto en el caso de que

se presume que el feto habrá de nacer con graves taras físicas y psíquicas, siempre que se practique dentro de las 22 semanas de gestación, por lo que en el momento en el que se detectaron las anomalías no se habría podido interrumpir legalmente el embarazo.

Por otro lado, en relación con los daños morales aunados a la privación del derecho a abortar en los supuestos de malformaciones en el feto, conviene recordar la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, de 6 de octubre de 2006 (citada en el Dictamen 183/2008 de este Consejo Jurídico), en la que afirma lo siguiente:

*“Y desde luego, resolver en el sentido de que una información antes del parto hubiera disminuido el sufrimiento de la madre, aparte de no guardar relación con el planteamiento de la actora (que liga el daño a la pérdida de la opción) es afirmar, sin expresar razón alguna para ello, un futuro. Y, de los futuros condicionados, nadie puede asegurar nada a ciencia cierta, e incluso puede imaginarse otro curso de los hechos, que, aparte de los temores propios del embarazo, hubiese implicado un mayor sufrimiento”.*

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

### **CONCLUSIÓN**

**ÚNICA.-** Se dictamina favorablemente la propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación, en la medida que no se aprecian en el supuesto sometido a consulta la concurrencia de los requisitos para reconocer la responsabilidad patrimonial de la Administración regional en materia sanitaria.

No obstante, V.E. resolverá.



**DICTAMEN 154/2010**

**Asunto** Responsabilidad patrimonial instada por x., en nombre y representación de su hija, debida a accidente escolar.

**Consultante** Consejero de Educación, Formación y Empleo

**Fecha** 30/08/2010

**Extracto de Doctrina**

Nota: igual doctrina que la expresada en el Dictamen 1/2010.



**DICTAMEN 155/2010**

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

**Consultante** Consejera de Sanidad y Consumo

**Fecha** 30/08/2010

**Extracto de Doctrina**

Nota: igual doctrina que la expresada en el Dictamen 2/2010.





**DICTAMEN 156/2010**

**Asunto** Reconocimiento de obligaciones contraídas por la concesión de ayudas para la gestión sostenible de los recursos naturales en montes privados en la Región de Murcia, con omisión del trámite de fiscalización previa.

**Consultante** Consejero de Agricultura y Agua

**Fecha** 07/09/2010

**Extracto de Doctrina**

Es deseable que se extreme el rigor a la hora de redactar las bases reguladoras de las subvenciones, y que se intensifique el esmero en la instrucción de los procedimientos evitando que puedan surgir omisiones y contradicciones como las manifestadas en el expediente remitido.

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** Mediante una Orden de 29 de junio de 2006 (BORM de 12 de julio, nº 159) el Consejero de Industria y Medio Ambiente aprobó las normas reguladoras de las subvenciones de reforestación para la gestión sostenible de los recursos naturales en montes privados en la Región de Murcia.

**SEGUNDO.-** El 12 de abril de 2010, la Consejería de Agricultura y Agua (sucesora de la anterior en las competencias de medio ambiente) despachó 32 expedientes que remitió a la Intervención-Delegada para su fiscalización previa al pago, sumando 164.338,91 euros.

**TERCERO.-** La Interventora Delegada emitió informe el 1 de junio de 2010, 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). De él resulta que, a la falta de fiscalización previa de los actos por los que se concedió la subvención, se unen otros incumplimientos normativos en la orden de convocatoria, en el procedimiento de concesión y en la determinación de las anualidades a las que se debían imputar contablemente los pagos; indica que existe crédito presupuestario adecuado y suficiente; puesto que los expedientes se acompañan del certificado de cumplimiento de los fines para los que se concedió la ayuda, la Interventora entiende que no ha habido incumplimiento de los beneficiarios en cuanto al plazo en el que estaban obligados a justificar. Finaliza señalando que no sería conveniente la revisión de los actos, teniendo en cuenta que los beneficiarios se limitan a cumplir las obligaciones que le impone la Administración.

**CUARTO.-** El 7 de junio de 2010, el Director General de Patrimonio Natural y Biodiversidad emitió la preceptiva memoria justificativa sobre la omisión de fiscalización, limitándose apenas a señalar que el pago propuesto corresponde en realidad a anualidades de los años 2007 y 2008 relativas a algunos beneficiarios que habían presentado las justificaciones con posterioridad.

**QUINTO.-** Consta una propuesta a elevar al Consejo de Gobierno (sin firma alguna y fechada el 14 de junio de 2010) para que éste autorice a la Consejería a reconocer las obligaciones y ordenar los pagos a los 32 beneficiarios.

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 de la Intervención.

**SEGUNDA.- Sobre el incidente de omisión de fiscalización previsto en el artículo 33 RCIM.**

La instrucción del procedimiento puede considerarse suficiente, aunque haciendo un esfuerzo de comprensión de lo actuado, ya que la memoria que se ha unido al expediente a efectos del artículo 33 RCIM es escueta y escasamente explicativa. No obstante, la Intervención 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 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.

No obstante, es deseable que se extreme el rigor a la hora de redactar las bases reguladoras de las subvenciones, y que se intensifique el esmero 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.**- Se dictamina favorablemente la propuesta al Consejo de Gobierno objeto de consulta.

No obstante, V.E. resolverá.



**DICTAMEN 157/2010**

<b>Asunto</b>	Proyecto de Orden por el que se establece el currículo del ciclo formativo correspondiente al título de Técnico en Panadería, Repostería y Confitería en el ámbito de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.
<b>Consultante</b>	Consejero de Educación, Formación y Empleo
<b>Fecha</b>	07/09/2010

**Extracto de Doctrina**

1. Finalmente, no es óbice para la consideración del Proyecto como reglamento ejecutivo que éste sea un desarrollo directo, no tanto de la citada Ley Orgánica como de un Real Decreto, el 1399/2007, de 29 de octubre, por el que se establece el título de Técnico en Panadería, Repostería y Confitería y se fijan sus enseñanzas mínimas, dado que el carácter de básico resulta inmanente a dicho Reglamento estatal, al ser el resultado del mandato que los artículos 6.2 y 39.6 LOE dirigen al Gobierno para establecer las titulaciones correspondientes a los estudios de formación profesional, así como los aspectos básicos del currículo de cada una de ellas, que constituyen las enseñanzas mínimas, entendidas éstas como aquellas que garantizan una formación común y la validez de los títulos correspondientes. En cualquier caso, el carácter de norma básica le viene atribuido de forma expresa al citado Real Decreto por su Disposición final primera. Como repetidamente ha señalado el Tribunal Constitucional, la noción material de lo básico posibilita que disposiciones de rango formal inferior a ley contengan normas de tal carácter, permitiendo, en definitiva, considerar el texto sometido a consulta como desarrollo de legislación básica estatal y el dictamen solicitado como preceptivo.

2. No obstante, la realidad de las normas dictadas en el ámbito estatal y en otras Comunidades Autónomas muestra un currículo de perfiles más amplios, que engloba a esos otros aspectos de ordenación de las enseñanzas que, fijados en los Reales Decretos de establecimiento de los correspondientes títulos, son desarrollados en normas que se autodenominan como establecedoras de currículo. Responden a una interpretación más general acerca de éste, que ya no queda limitado a los concretos extremos enumerados por el artículo 6.1 LOE, basándose para ello en el apartado 2 de ese mismo artículo,

3. La retroactividad de la norma reglamentaria es posible si no queda incardinada en los ámbitos materiales vedados por el artículo 9.3 de la Constitución, y si no pugna con alguna prohibición o con el contenido de la norma de superior rango que le da cobertura.

## **ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** En enero de 2010 la Dirección General de Formación Profesional y Educación de Personas Adultas elabora un primer borrador de Orden de la Consejería de Educación, Formación y Empleo por la que se establece el currículo del ciclo formativo de grado medio correspondiente al título de Técnico en Panadería, Repostería y Confitería en el ámbito de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.

El texto se acompaña de la siguiente documentación:

- Memoria económica, según la cual, de la futura regulación no se derivan obligaciones económicas de ningún tipo para la Comunidad Autónoma.

- Informe-memoria, que analiza el escenario normativo en el que se inserta la futura disposición y justifica la oportunidad del establecimiento de un módulo formativo adicional de inglés técnico. Se indica, asimismo, que la futura disposición, una vez entre en vigor, no derogará norma alguna.

**SEGUNDO.-** Con fecha 16 de marzo, el Servicio Jurídico de la Consejería de Educación, Formación y Empleo emite informe en el que se realizan diversas observaciones relativas al procedimiento de elaboración de la norma y a su contenido, destacando entre estas últimas las referidas a la concordancia entre los contenidos básicos de los módulos formativos y los propuestos en el Proyecto y a la regulación que debe incorporarse en relación con el módulo adicional de inglés.

Se indica, asimismo, la conveniencia de introducir una disposición transitoria para establecer el carácter retroactivo de la futura regulación, al inicio del curso académico 2008/2009, *“teniendo en cuenta que la titulación de Técnico en panadería, repostería y confitería ya ha empezado a impartirse”*.

**TERCERO.-** Como consecuencia de las observaciones efectuadas por el Servicio Jurídico, se elabora un nuevo borrador y se une al expediente la siguiente documentación:

- La preceptiva propuesta del Director General de Formación Profesional y Educación de Personas Adultas al Consejero de Educación, Formación y Empleo para la aprobación del Proyecto como Orden.

- Una nueva memoria económica, de contenido idéntico a la que ya obraba en el expediente.

- Un nuevo informe de necesidad y oportunidad en el que, entre otros extremos ya reseñados con anterioridad, se justifica la no asunción de alguna de las observaciones formuladas por el Servicio Jurídico.

- Un informe sobre impacto por razón de género que concluye señalando que la futura disposición no sólo no contiene previsiones discriminatorias por razón de sexo, sino que incluye otras con la finalidad de *“garantizar la igualdad entre hombres y mujeres durante el desarrollo del ciclo formativo en la realidad de las aulas”*.

**CUARTO.-** Solicitado informe al Consejo Asesor Regional de Formación Profesional de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, se emite en sentido favorable al Proyecto en sesión celebrada el 21 de abril, según consta en el expediente por certificación de la Secretaria de dicho órgano participativo.

**QUINTO.-** Solicitado informe al Consejo Escolar de la Región de Murcia, se evacua Dictamen 8/2010, de 10 de mayo, en sentido favorable al Proyecto, si bien se formulan diversas consideraciones y sugerencias que, en su mayor parte, son asumidas e incorporadas al texto de la disposición.

Consta en el expediente, mediante informe del Servicio de Formación Profesional, de 14 de mayo, la justificación del rechazo de las sugerencias no aceptadas.

**SEXTO.-** El 28 de junio, la Vicesecretaría de la Consejería de Educación, Formación y Empleo emite su preceptivo informe, justificando la competencia con que cuenta la Comunidad Autónoma para dictar la futura disposición y el rango normativo de Orden que ha de adoptar.

En relación a esta última precisión, se indica que deriva de la específica habilitación reglamentaria establecida por la Disposición final segunda de la Ley 13/2009, de 23 de diciembre, de medidas en materia de tributos cedidos, tributos propios y medidas administrativas para el año 2010, a favor del Consejero competente en materia de Formación Profesional en el sistema educativo, para regular mediante Orden los currículos de las enseñanzas de Formación Profesional.

**SÉPTIMO.-** Consta en el expediente el texto definitivo del Proyecto, diligenciado por el Secretario General de la Consejería de Educación, Formación y Empleo.

Contiene el texto una parte expositiva innominada, doce artículos, una disposición transitoria y una disposición final, así como de cinco anexos (I, "Relación de los contenidos de los módulos profesionales del currículo de Técnico en Panadería, Repostería y Confitería"; II, "Estructura del módulo profesional de inglés técnico para panadería, repostería y confitería, incorporado por la Región de Murcia"; III, "Organización académica y distribución horaria semanal"; IV "Especialidades y titulaciones del profesorado con atribución docente en los módulos profesionales incorporados al ciclo formativo por la Región de Murcia" y "Titulaciones requeridas para impartir los módulos profesionales incorporados al ciclo formativo por la Región de Murcia en los centros de titularidad privada"; y V, "Espacios mínimos").

En tal estado de tramitación se remite el expediente en solicitud de Dictamen, mediante escrito recibido en el Consejo Jurídico el pasado 30 de junio de 2010.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

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

El 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 que constituye desarrollo legislativo de legislación básica del Estado.

Como ya indicaba este Órgano Consultivo en la Memoria del año 2000, la inclusión de los proyectos de reglamentos en el citado artículo viene condicionada, esencialmente, a que vayan dirigidos a desarrollar una Ley de la Asamblea Regional o, como en el presente supuesto, la legislación básica del Estado, situándonos así en la categoría de los reglamentos ejecutivos o de desarrollo o aplicación de ley. El Tribunal Supremo ha indicado respecto de estos reglamentos que son todos aquellos que se convierten en complemento indispensable de la norma que desarrollan, caracterizándose por el hecho de que la posibilidad de ejercer la potestad reglamentaria de la Administración viene concedida por ley formal, dirigiéndose la intervención del órgano consultivo a

velar por la observancia del principio de legalidad y, en general, del ordenamiento jurídico, revistiendo por tanto un carácter esencial que aconseja tender a una interpretación no restrictiva del término ejecución de ley, máxime cuando la omisión de la consulta, caso de ser preceptiva, determina la nulidad de pleno derecho de la disposición.

En el Proyecto sometido a consulta concurren las notas que caracterizan al mismo como reglamento ejecutivo de la legislación básica estatal, dado que el objeto de la norma proyectada es el establecimiento del currículo del ciclo formativo de grado medio correspondiente al título de Técnico en Panadería, Repostería y Confitería en el ámbito de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, cumpliendo con ello el mandato establecido por el artículo 6.4 de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación (LOE). Nos encontramos, pues, con un reglamento fruto de un expreso mandato de regulación contenido en la norma básica, carácter que corresponde a la LOE en virtud de su Disposición final quinta.

El reglamento proyectado, además, se configura como instrumento regulador esencial del Sistema Educativo, en tanto que escalón necesario en el proceso de progresiva concreción de los elementos que lo configuran.

Finalmente, no es óbice para la consideración del Proyecto como reglamento ejecutivo que éste sea un desarrollo directo, no tanto de la citada Ley Orgánica como de un Real Decreto, el 1399/2007, de 29 de octubre, por el que se establece el título de Técnico en Panadería, Repostería y Confitería y se fijan sus enseñanzas mínimas, dado que el carácter de básico resulta inmanente a dicho Reglamento estatal, al ser el resultado del mandato que los artículos 6.2 y 39.6 LOE dirigen al Gobierno para establecer las titulaciones correspondientes a los estudios de formación profesional, así como los aspectos básicos del currículo de cada una de ellas, que constituyen las enseñanzas mínimas, entendidas éstas como aquellas que garantizan una formación común y la validez de los títulos correspondientes. En cualquier caso, el carácter de norma básica le viene atribuido de forma expresa al citado Real Decreto por su Disposición final primera. Como repetidamente ha señalado el Tribunal Constitucional, la noción material de lo básico posibilita que disposiciones de rango formal inferior a ley contengan normas de tal carácter, permitiendo, en definitiva, considerar el texto sometido a consulta como desarrollo de legislación básica estatal y el dictamen solicitado como preceptivo.

## **SEGUNDA.- Competencia material y habilitación reglamentaria.**

### **I. Marco normativo estatal.**



## 1. La ordenación general de la Formación Profesional.

La Ley Orgánica 5/2002, de 19 de junio, de las Cualificaciones y de la Formación Profesional (LOCFP) ordena un sistema integral de formación profesional, cualificaciones y acreditación, que persigue responder a las demandas del mundo productivo a través de las diversas modalidades formativas, de tal forma que se coordinen el conjunto de acciones que constituyen la Formación Profesional, entendidas como aquellas que capacitan para el desempeño profesional, el acceso al empleo y la participación activa en la vida social, cultural y económica. Para ello, la Formación Profesional incluye las enseñanzas propias de la Formación Profesional inicial, las acciones de inserción y reinserción laboral de los trabajadores, y las acciones orientadas a la adquisición y actualización permanente de las competencias profesionales (artículo 9).

Para dotar de homogeneidad a todo este entramado de acciones formativas y permitir la integración de todas ellas, la propia LCFP crea el Sistema Nacional de Cualificaciones y Formación Profesional y el Catálogo Nacional de Cualificaciones Profesionales -organizado en módulos formativos que son articulados en el Catálogo Modular de Formación Profesional-, al cual deberán venir referidos los títulos de Formación Profesional que la Administración General del Estado establezca y cuyos contenidos las Administraciones educativas podrán ampliar (artículo 10).

El referido Catálogo se regula por el Real Decreto 1128/2003, de 5 de septiembre, estableciendo los distintos componentes que debe reunir cada una de las cualificaciones, que quedan configuradas a través de un perfil profesional, siendo organizadas en unidades de competencia con sus correspondientes módulos formativos, que se integran en el Catálogo Modular de Formación Profesional.

## 2. La Formación Profesional inicial en el sistema educativo.

El artículo 39 de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación (LOE), tras reproducir el artículo 9 LOCFP, señala que la regulación contenida en la primera de las leyes orgánicas se limita a la Formación Profesional inicial integrada en el sistema educativo, que se estructura en ciclos formativos (de grado medio y de grado superior), referidos al Catálogo Nacional de Cualificaciones Profesionales y dotados de una organización modular. Dispone, asimismo, que el Gobierno, previa consulta a las Comunidades Autónomas, establecerá las titulaciones correspondientes a los estudios de Formación Profesional, así como los aspectos básicos del currículo de cada una de ellas (art. 39.6 LOE), currículo que se ajustará a las exigencias derivadas

del Sistema Nacional de Cualificaciones Profesionales y a lo establecido en el artículo 6.3 LOE, precepto este último que establece la dedicación horaria correspondiente a los contenidos básicos de las enseñanzas mínimas.

La definición de currículo se contiene en el artículo 6 LOE, como conjunto de objetivos, competencias básicas, contenidos, métodos pedagógicos y criterios de evaluación de cada una de las enseñanzas (art. 6.1). Su fijación corresponde a las Administraciones educativas (art. 6.4 LOE), si bien éstas no gozan de total libertad para hacerlo, toda vez que han de respetar las enseñanzas mínimas establecidas por el Gobierno de la Nación, constituidas por aquellos objetivos, competencias básicas, contenidos y criterios de evaluación y aspectos básicos del currículo que persiguen asegurar una formación común y garantizar la validez de los títulos en todo el territorio nacional. Tales aspectos básicos formarán parte de los currículos.

Por Real Decreto 1538/2006, de 15 de diciembre, se establece la ordenación general de la Formación Profesional del sistema educativo (RDFP), definiendo en su artículo 6 la estructura de los títulos de formación profesional, que comprende los siguientes extremos: identificación, perfil profesional, entorno profesional, prospectiva del título en el sector o sectores, enseñanzas del ciclo formativo, correspondencia de los módulos profesionales con las unidades de competencia, parámetros básicos de contexto formativo para cada módulo, accesos a y desde otros estudios, convalidaciones, exenciones y equivalencias, e información sobre los requisitos necesarios para el ejercicio profesional.

El perfil profesional de cada título incluye, a su vez, la competencia general, las competencias profesionales, personales y sociales, las cualificaciones y, en su caso, las unidades de competencia del Catálogo Nacional de Cualificaciones Profesionales incluidas en cada título.

En este marco normativo, el Real Decreto 1399/2007, de 29 de octubre, establece el título de Técnico en Panadería, Repostería y Confitería y fija sus enseñanzas mínimas y otros aspectos de la ordenación académica que constituyen los aspectos básicos del currículo, que habrán de ser respetados por las Administraciones educativas e incorporados a aquél.

II. Competencia de la Comunidad Autónoma y remisiones expresas a su actuación normativa en la legislación básica estatal.

1. La competencia de la Administración regional para fijar el currículo de los distintos ciclos formativos de la Formación Profesional inicial en el sistema educativo deriva del artículo 16 del

Estatuto de Autonomía para la Región de Murcia (EAMU), que atribuye a la Comunidad Autónoma la competencia de desarrollo legislativo y ejecución de la enseñanza en toda su extensión, niveles y grados, modalidades y especialidades, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 27 de la Constitución y las leyes orgánicas que lo desarrollen. De forma más concreta, y aunque no constituya propiamente una norma atributiva de competencias, el Real Decreto 938/1999, de 4 de junio, de traspaso de funciones y servicios de la Administración del Estado a la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia en materia de enseñanza no universitaria (en adelante, RD 938/1999), en su Anexo prevé, entre las funciones que se traspasan, la aprobación del currículo de los distintos niveles, etapas, ciclos, grados y modalidades del sistema educativo, del que formarán parte, en todo caso, las enseñanzas mínimas fijadas por el Estado.

2. Junto a la habilitación normativa de carácter genérico realizada por la Disposición final sexta LOE, a favor de las Comunidades Autónomas para el desarrollo de sus previsiones, existen otras de carácter específico para que por las Administraciones educativas se establezcan los correspondientes currículos (artículos 6.4 y 39.6 LOE; y 17.2 RDFP) y se amplíen los contenidos de los títulos de Formación Profesional (art. 10.2 LOCFP y 17.3 RDFP), habilitación ésta que, en las enseñanzas a que se refiere el presente Dictamen, posibilita el establecimiento del módulo de inglés técnico (Anexo II), no contemplado en el Real Decreto de establecimiento del título.

### III. Competencia orgánica.

El artículo 32.1 EAMU y la Ley 6/2004, de 28 de diciembre, del Estatuto del Presidente y del Consejo de Gobierno de la Región de Murcia, atribuyen la potestad reglamentaria de forma originaria a este último, en cuanto órgano colegiado que dirige la política y la Administración regional, ejerciendo a tal efecto la iniciativa legislativa, la función ejecutiva y la potestad reglamentaria (artículo 21.1 Ley 6/2004). Este modelo, por su parte, es el consagrado en el artículo 97 de la Constitución Española, que atribuye al Gobierno el ejercicio de tal función reguladora.

Lo anterior no excluye la posibilidad de que los Consejeros ejerzan la potestad reglamentaria, pero de forma originaria sólo están facultados por la Ley para hacerlo en materias de naturaleza organizativa de su departamento. Más allá de este ámbito estrictamente doméstico, los Consejeros sólo podrán dictar disposiciones reglamentarias cuando exista una manifestación concreta, expresa y específica de la voluntad de atribuirle tal función, expresada en una norma con rango de Ley. Así se desprende inequívocamente de los artículos 38 y 52.1 de la Ley 6/2004, conforme a la interpretación que de tales preceptos ha venido haciendo de forma constante este Consejo Jurídico.

Por ello, cuando la legislación básica habilita a las Administraciones educativas para el establecimiento de los currículos, tal labor, que indudablemente es de carácter reglamentario en tanto que persigue el desarrollo de la norma básica estatal en un proceso de concreción sucesiva de la regulación de cada enseñanza, permitiendo su adaptación a las peculiares características del tejido socioeconómico de cada Comunidad, corresponderá al órgano que tenga atribuida la potestad reglamentaria en la misma, es decir, el Consejo de Gobierno, salvo que por disposición legal se atribuya tal facultad a un Consejero.

Así ocurre en el Proyecto sometido a consulta, producto de la potestad normativa conferida al Consejero competente en materia de Formación Profesional en el sistema educativo por la Disposición final segunda de la Ley 13/2009, de 23 de diciembre, de medidas en materia de tributos cedidos, tributos propios y medidas administrativas para el año 2010, en cuya virtud se le habilita expresamente para regular mediante Orden los currículos de las enseñanzas de Formación Profesional, respetando lo dispuesto en el RDFP y en los Reales Decretos que regulen los títulos respectivos.

El rigor con el que este Consejo Jurídico comprueba, en todo proyecto de desarrollo reglamentario que se somete a su consideración, la existencia de la debida conexión con el texto legal habilitante, de modo que en cualquier caso quede garantizado que su contenido se está desarrollando dentro de los límites de la facultad reglamentaria conferida por la ley, debe extremarse en este supuesto, pues el destinatario de la habilitación legal no es el depositario de la potestad reglamentaria originaria, el Consejo de Gobierno, sino el Consejero del ramo.

Limitada la habilitación legal al establecimiento del currículo de las enseñanzas de formación profesional, el concepto de aquél será el que nos oriente acerca del alcance material de las facultades normativas del Consejero.

De conformidad con el artículo 6.1 LOE, se entiende por currículo el conjunto de objetivos, competencias básicas, contenidos, métodos pedagógicos y criterios de evaluación de cada una de las enseñanzas. Según esta definición descriptiva, el Proyecto contiene una regulación de diversos aspectos no incardinables en ella, tales como la distribución horaria (art. 6), la referencia a la promoción y acreditación contenida en el artículo 7, y los artículos 8 (profesorado), 9 (definición de espacios), 10, 11 y 12 (referentes estos tres preceptos a diferentes modalidades -a distancia, combinada y para personas adultas- de oferta de las enseñanzas), que no tienen encaje en

ninguno de los componentes que, según su definición legal, integran el currículo, y que responden, más bien, al concepto de ordenación de la correspondiente enseñanza.

No obstante, la realidad de las normas dictadas en el ámbito estatal y en otras Comunidades Autónomas muestra un currículo de perfiles más amplios, que engloba a esos otros aspectos de ordenación de las enseñanzas que, fijados en los Reales Decretos de establecimiento de los correspondientes títulos, son desarrollados en normas que se autodenominan como establecedoras de currículo. Responden a una interpretación más general acerca de éste, que ya no queda limitado a los concretos extremos enumerados por el artículo 6.1 LOE, basándose para ello en el apartado 2 de ese mismo artículo, en cuya virtud, los Reales Decretos de establecimiento de título fijan “*sus enseñanzas mínimas y aquellos otros aspectos de la ordenación académica que, sin perjuicio de las competencias atribuidas a las Administraciones educativas en esta materia, constituyen los aspectos básicos del currículo*” (Exposición de Motivos RD 1399/2007, que establece el título cuyo currículo es objeto del Proyecto sometido a consulta).

En esta concepción, el currículo abarca el desarrollo de dichos aspectos básicos, tanto de los relativos a los extremos enumerados en el artículo 6.1 LOE (currículo *stricto sensu*, que plasma el artículo 5 del Proyecto), como el de todos aquellos otros elementos de ordenación académica que, establecidos como básicos por las normas configuradoras de los títulos académicos, están precisados de una regulación ejecutiva ulterior por las Administraciones educativas, debiendo ser integrados como parte del currículo que aquéllas dicten, por así exigirlo el artículo 6.4 LOE.

Atendiendo a esta última y generalizada concepción del currículo, el Consejero consultante estaría habilitado para dictar la Orden cuyo Proyecto se somete a consulta.

### **TERCERA.- Procedimiento de elaboración y conformación del expediente.**

1. Como en ocasiones anteriores ha indicado este Consejo Jurídico (por todos, Dictamen 203/2008), si bien el artículo 53 de la Ley 6/2004 únicamente regula el procedimiento de elaboración de los reglamentos emanados del Consejo de Gobierno, la ausencia de normas específicas para el ejercicio de la potestad reglamentaria por parte de los Consejeros y la remisión que efectúa el artículo 16.2, letra d) de la Ley 7/2004, de 28 de diciembre, de Organización y Régimen Jurídico de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia (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*”, permite

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.

Puede afirmarse, con carácter general, que la tramitación seguida para la elaboración del Proyecto sometido a consulta se adecua a las indicadas normas, si bien procede efectuar las siguientes observaciones:

- De conformidad con el artículo 53.1 de la Ley 6/2004, la memoria que justifique la oportunidad de la norma debe incluir la motivación técnica y jurídica, con el grado de detalle suficiente que requiera el caso, de las concretas determinaciones normativas propuestas, lo que, como se advertirá en consideraciones posteriores, no cabe apreciar que efectúe el documento que pretende cumplimentar esta exigencia, toda vez que se limita a justificar la procedencia de dictar la norma en su conjunto, sin detenerse en el análisis concreto de las prescripciones que contiene, siquiera de las esenciales o de mayor trascendencia.

- Carece el expediente de la relación de disposiciones cuya vigencia resultará afectada por la entrada en vigor de la nueva norma.

Adviértase que, de los términos en que se expresa el artículo 53.1 de la Ley 6/2004, cabe interpretar que cualquier afección de la vigencia ha de ser tenida en cuenta, es decir, no sólo la más radical que supone la derogación, sino también otras incidencias de menor intensidad, tales como las modificaciones, expresas o tácitas, de preceptos concretos, o el desplazamiento de la aplicación por vía de supletoriedad de normas estatales por la aprobación de normas regionales. Y es que la exigencia contenida en el precepto legal se enmarca, en la fase de elaboración normativa, entre aquellas actuaciones que persiguen aportar un conocimiento pleno, no sólo de las razones o motivos que justifican la oportunidad y necesidad de la norma en general o de las concretas determinaciones normativas que establezca, sino también de las consecuencias de toda índole que tendrá su aprobación, para posibilitar su mejor inserción en el ordenamiento, evitando indeseables antinomias y vacíos de regulación.

Al respecto, parece evidente que, una vez se implanten las enseñanzas objeto del Proyecto, dejarán de impartirse en los centros de la Región de Murcia las correspondientes a los títulos establecidos al amparo de la legislación anterior, lo que aconsejaría una regulación expresa del régimen transitorio entre los títulos antiguos y el nuevo, en garantía de una mayor seguridad jurídica para los alumnos que, una vez entre en vigor la futura Orden, todavía pudieran estar cursando las enseñanzas correspondientes a aquéllos. De aceptarse esta sugerencia, habría de

tomarse en consideración el efecto retroactivo de la norma establecido por la actual Disposición transitoria única del Proyecto.

- Durante la tramitación del expediente, los órganos preinformantes han expresado la necesidad de acompañar una memoria económica estimativa del coste que habrá de suponer la entrada en vigor de la futura norma, en cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 53 de la Ley 6/2004, sin que pueda ser sustituida dicha memoria por una declaración acerca de la ausencia de incremento de coste, como la que consta en el expediente. El Consejo Jurídico, que ha puesto reiteradamente de manifiesto en sus Dictámenes tal necesidad, es consciente de la dificultad que la elaboración de la memoria puede tener en proyectos normativos como el presente -a los que no cabe anudar de forma directa e inmediata una generación de gasto, sino que ésta se manifestará de forma diferida en el tiempo, en tanto que precisa de actos concretos de aplicación que serán los que, en puridad, conlleven la aplicación de recursos económicos-, pero son precisamente tales características las que hacen mucho más aconsejable la emisión del citado estudio económico, dado que su finalidad es ilustrar sobre algunas de las consecuencias de la norma, permitiendo deducir el alcance del Proyecto con relación al principio de eficacia que informa con carácter esencial toda la actuación administrativa (artículo 103.3 CE), además de ser pauta de referencia para contrastar la eficiente asignación del gasto público que el artículo 31 de la Constitución establece.

Desde esta perspectiva, si bien el Proyecto en sí mismo no genera un coste de forma inmediata, lo cierto es que su aprobación se orienta a la implantación del ciclo formativo correspondiente, conteniendo ya el Proyecto diversas prescripciones que pueden influir en el coste de aquélla, como el establecimiento de un módulo profesional adicional, la fijación de unos espacios mínimos que podría determinar la necesidad de adecuar las instalaciones, etc. Siendo ello así, el coste de la puesta en marcha de las enseñanzas debería unirse al Proyecto como memoria económica, dado que la aprobación del currículo no es sino un paso necesario para alcanzar aquel objetivo.

Debe considerarse, además, que, aunque la memoria económica se remita al momento en que estén implantadas las enseñanzas para poder cuantificar su coste, según la memoria justificativa de la necesidad y oportunidad de la futura norma, las enseñanzas ya han comenzado a impartirse, aun sin estar el currículo aprobado, por lo que los costes de implantación ya serían conocidos.

2. Carece el expediente remitido al Consejo Jurídico de los preceptivos extracto de secretaría e índice de documentos (art. 46.2, letras b) y c), del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo Jurídico de la Región de Murcia, aprobado por Decreto 15/1998, de 2 de abril).

#### **CUARTA.- El efecto retroactivo de la norma.**

1. La Disposición transitoria única del Proyecto dota de efectos retroactivos a la futura Orden, pues los refiere al inicio del curso académico 2008/2009.

La primera mención efectuada en el expediente a tan peculiar previsión se encuentra en el informe del Servicio Jurídico de la Consejería de Educación, que sugiere otorgar eficacia retroactiva a la nueva regulación, *“teniendo en cuenta que la titulación de Técnico en panadería, repostería y confitería ya ha comenzado a impartirse”*.

Como consecuencia de esta observación, se incorpora una disposición transitoria que se pretende justificar, según informe-memoria de la Dirección General promotora de la Orden, en el mandato establecido en el Real Decreto de establecimiento del título (Disposición final segunda), para iniciar la impartición de las enseñanzas conducentes al mismo en el curso 2008-2009, por lo que la Consejería *“tuvo que implantar el mismo en tal curso, por lo que es necesario dar cobertura legal a la situación que se ha venido produciendo al desarrollarse estas enseñanzas basándose en el Real Decreto de título y en el borrador del currículo”*.

No existe certeza acerca de si las enseñanzas correspondientes al currículo que ahora se pretende aprobar están ya implantadas en los centros de la Región y en qué medida, dada la contradicción existente respecto a este extremo entre la memoria económica y la memoria justificativa que acompañan al Proyecto, pues mientras la primera da a entender que aún no se han implantado los estudios, la segunda afirma lo contrario.

En cualquier caso, desde una perspectiva jurídica la retroactividad de la norma reglamentaria es posible si no queda incardinada en los ámbitos materiales vedados por el artículo 9.3 de la Constitución, y si no pugna con alguna prohibición o con el contenido de la norma de superior rango que le da cobertura. Es claro que el precepto cumple con el primer requisito y, en cuanto al segundo, no puede afirmarse que la retroactividad conculque el marco normativo estatal que se desarrolla. No obstante, la formal retroactividad de la norma no puede cambiar la realidad de las enseñanzas efectivamente impartidas en los últimos dos años académicos, lo que resulta de



trascendental importancia respecto de los títulos a expedir por la Consejería de Educación con base en tales enseñanzas, que quedan condicionados a la adecuación de éstas al currículo que ahora se aprueba, pues es evidente que la superación del ciclo formativo (condición esencial para la obtención del título, de conformidad con el artículo 44 LOE) precisa de una equivalencia entre la formación recibida por el estudiante y la exigida por el programa formativo vigente durante su realización, el cual, a su vez, ha de cumplir con todos los requisitos exigidos por el ordenamiento jurídico. Dicha adecuación entre formación efectivamente recibida y programa educativo no se ha acreditado en el expediente, pues la memoria justificativa antes citada manifiesta que las enseñanzas impartidas durante los dos años académicos a los que se pretende anticipar los efectos de la futura disposición, han tenido como referente un borrador de currículo, cuya identidad o semejanza con el contenido en la Orden proyectada ni siquiera ha llegado a ser puesta de manifiesto en el expediente. Adviértase, al respecto, que el primer borrador de currículo que obra en el expediente data de enero de 2010, mientras que la implantación de las enseñanzas, si se cumplió con el mandato establecido en el RD 1399/2007, debió producirse en el comienzo del curso 2008/2009.

Sin perjuicio de lo expuesto, no puede dejar el Consejo Jurídico de expresar su inquietud y rechazo ante una práctica como la expresada, según la cual, la Administración regional, en clara inversión del sistema diseñado por la normativa básica, comienza a impartir unas enseñanzas sin el obligado sustento del currículo -con los potenciales efectos negativos que tal actuación podría llegar a ocasionar sobre los alumnos que, confiados en la regularidad de las enseñanzas ofertadas por la Administración, acuden a cursarlas- y que procede a aprobarlo una vez culminado el ciclo formativo (dos años académicos, art. 6 del Proyecto).

2. Al margen de las dudas acerca del estado real de implantación de las enseñanzas cuyo currículo ahora se pretende aprobar, nacidas de las manifiestas contradicciones en que incurren sendas memorias (la económica y la justificativa) incorporadas al expediente, tampoco se indica si dicha implantación, de haberse realizado, se operó progresivamente desde el curso académico 2008/2009, de forma que durante ese año se comenzaran a impartir las enseñanzas correspondientes al primer curso del ciclo formativo y durante el siguiente las del segundo. De ser así, el efecto retroactivo de la norma podría establecerse de manera más precisa, mediante una disposición transitoria similar a la contenida en el Decreto riojano 14/2010, de 16 de febrero, por el que se aprueba el currículo del ciclo formativo de Técnico en Panadería, Repostería y Confitería, para establecer que, durante el año 2008/2009, se implantan las enseñanzas correspondientes a los módulos profesionales del primer curso del ciclo formativo y deja de impartirse el primer curso de las enseñanzas correspondientes al título nacido al amparo de la legislación anterior; y en el

curso 2009/2010, se imparten las enseñanzas correspondientes a los módulos profesionales del segundo curso del ciclo formativo y deja de impartirse el segundo curso del título anterior.

**QUINTA.- Observaciones al texto.**

I. A la parte expositiva.

- En el párrafo que antecede de forma inmediata a la fórmula promulgatoria, debería completarse la referencia normativa con una alusión a la Disposición adicional tercera, apartado 2, RD 1399/2007.

- Debe excluirse de la fórmula promulgatoria la mención a los informes de órganos consultivos diferentes a este Consejo Jurídico, de conformidad con lo señalado por las Directrices de Técnica Normativa aprobadas por Acuerdo del Consejo de Ministros de 22 de julio de 2005 (Directrices 13 y 16). Debe, en consecuencia, consignarse en párrafo aparte la mención a los informes del Consejo Asesor Regional de Formación Profesional y del Consejo Escolar de la Región de Murcia.

II. Al articulado.

- Artículo 1. Objeto y ámbito de aplicación.

El apartado 1 debería contener una referencia al Real Decreto de establecimiento del título. Una posible redacción sería la siguiente: “Esta Orden tiene por objeto establecer el currículo de las enseñanzas de Formación Profesional correspondientes al Título de Técnico en Panadería, Repostería y Confitería, establecido por Real Decreto ...”

- Artículo 2. Referentes de la formación.

El precepto efectúa una remisión expresa a los diferentes elementos que estructuran el título, enumerándolos. Cabe hacer dos precisiones:

a) La referencia a las competencias podría suprimirse, toda vez que, de conformidad con los artículos 6, b) y 7 RDFP, aquéllas forman parte del perfil profesional, que ya se menciona en la enumeración del precepto objeto de consideración.

b) Si se opta por enumerar los diferentes elementos del título que no son objeto de regulación en la futura Orden, dicha relación debería ser completa y no omitir algunos de ellos. Debería añadirse, en consecuencia, una mención a los equipamientos y a las convalidaciones y exenciones (artículos 11 y 14 RD 1399/2007).

- Artículo 5. Currículo.

El apartado 3 recoge los elementos del currículo correspondientes al módulo profesional adicional establecido en el artículo 4.2 del Proyecto. Sin embargo, omite hacer una referencia expresa a la contribución de dicho módulo a la adquisición de las competencias básicas, las cuales constituyen un elemento necesario del currículo, de conformidad con el artículo 6.1 LOE. Más allá de las genéricas referencias contenidas en la introducción del módulo, tampoco se fijan tales competencias en el Anexo II del Proyecto, donde se desarrollan los demás extremos del currículo en relación al citado módulo.

Procede, en consecuencia, completar el precepto y el Anexo citados con una expresa referencia a las competencias.

- Artículo 7. Evaluación, promoción y acreditación.

La excesiva indeterminación de este artículo permite su supresión por innecesario, pues es posible incardinar dentro de esas “normas específicas que sobre esta materia se dicten” desde las contenidas en las enseñanzas mínimas o en las leyes orgánicas cabeceras del sector (así, en materia de acreditación de competencias profesionales, el artículo 8.3 LOCFP), hasta disposiciones de rango jerárquico inferior. En cualquier caso, tales instrumentos normativos gozan de un valor reglamentario propio que determinará su aplicación directa o supletoria, según los casos, sin necesidad de recordatorios o refuerzos en normas como la futura Orden, la cual tampoco puede ser interpretada como una incondicionada habilitación reglamentaria a órganos inferiores al Consejero para el dictado de reglas de evaluación, promoción y acreditación de la Formación Profesional.

Comoquiera que el precepto citado no parece añadir valor normativo al ordenamiento, se sugiere su supresión.

- Artículo 8. Profesorado.

De conformidad con la Disposición adicional décima RDFP y el artículo 4 del Real Decreto 1834/2008, de 8 de noviembre, por el que se definen las condiciones de formación para el ejercicio de la docencia en la Educación Secundaria Obligatoria, el Bachillerato, la Formación Profesional y las enseñanzas de régimen especial y se establecen las especialidades de los cuerpos docentes de enseñanza secundaria, el precepto remite la determinación de las especialidades del profesorado que ha de impartir cada módulo profesional a lo que establezca el RD 1399/2007.

Comoquiera que la Orden proyectada, al amparo de lo previsto en el artículo 10.2 LOCFP y 17.3 RDFP, establece un nuevo módulo no contemplado en el RD 1399/2007, ha de fijar las especialidades y requisitos de formación del profesorado al que se encomienda su impartición.

Respecto al profesorado de los centros de titularidad privada (cuadro segundo del Anexo IV de la futura Orden), el Proyecto debería tomar como referencia las exigencias de titulación y requisitos de formación adicionales que, para la docencia de las lenguas extranjeras en la Enseñanza Secundaria Obligatoria y en el Bachillerato, en centros de titularidad privada, establece el Real Decreto 860/2010, de 2 de julio, por el que se regulan las condiciones de formación inicial del profesorado de los centros privados para ejercer la docencia en las enseñanzas de Educación Secundaria Obligatoria o de Bachillerato.

Y es que el expediente carece de cualquier justificación acerca de la determinación de las titulaciones que se consideran adecuadas para la docencia de los contenidos del módulo en cuestión, motivación especialmente exigible respecto de las diplomaturas, ingenierías y arquitecturas técnicas en la enseñanza a impartir en los centros privados, toda vez que los artículos 94 y 95 LOE exigen, con carácter general y sin perjuicio de las habilitaciones que el Gobierno de la Nación pueda hacer respecto de otras titulaciones (así, por ejemplo, los Anexos III B y III C, RD 1399/2007), estar en posesión del título de Licenciado, Arquitecto, Ingeniero o Grado equivalente, para impartir enseñanzas de Formación Profesional, Secundaria Obligatoria y Bachillerato.

En relación con las enseñanzas de idiomas, es significativa la no existencia de una especialidad docente *ad hoc* entre las propias del Cuerpo de Profesores Técnicos de Formación Profesional (para ingresar al cual se exige con carácter general la titulación de Diplomado, Arquitecto o Ingeniero Técnicos, Disposición adicional novena LOE), quedando limitada, en consecuencia, en el primer cuadro del Anexo IV del Proyecto, la docencia del inglés técnico a los funcionarios de los Cuerpos de Catedráticos y Profesores de Educación Secundaria (para cuyo ingreso es necesario ostentar una Licenciatura, Arquitectura o Ingeniería, o titulación equivalente a efectos de docencia).

Del mismo modo, el ya citado Real Decreto 860/2010, restringe la docencia en lengua extranjera en ESO y Bachillerato a quienes ostenten un título de Licenciado en Filología o en Traducción e Interpretación, así como cualquier licenciatura del área de humanidades o Graduado de la rama de conocimiento de artes y humanidades y acrediten una experiencia docente o una formación superior adecuada para impartir el currículo, y el dominio de la lengua, circunstancia ésta que se podrá acreditar en las condiciones y con los requisitos especificados en el indicado Real Decreto (los cuales no son totalmente coincidentes con los señalados en el Proyecto).

No constando en el expediente que los Diplomados, ni los Arquitectos e Ingenieros Técnicos gocen de la habilitación exigida por los artículos 94 y 95 LOE para impartir enseñanzas de idiomas en la formación profesional, procede su supresión en el segundo cuadro del Anexo IV del Proyecto.

- Artículo 9. Definición de espacios.

Este precepto reitera lo ya dicho en el artículo 2 del Proyecto, en cuya virtud, los espacios mínimos necesarios para el desarrollo de las enseñanzas son los establecidos en la norma básica. Y es que el Anexo V del Proyecto, al que se remite su artículo 9, reproduce el apartado “espacios” del Anexo II RD 1399/2007.

Puede, en consecuencia, suprimirse tanto el artículo 9 como el Anexo V del Proyecto.

III. A los Anexos.

Se advierte que en el Anexo II, a diferencia del resto de la norma, los párrafos comienzan con un verbo conjugado en la tercera persona singular del presente, lo que debería corregirse en orden a unificar u homogeneizar el estilo de todos los Anexos.

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

### **CONCLUSIONES**

**PRIMERA.**- La Comunidad Autónoma de la Región de Murcia cuenta con competencia material suficiente para aprobar el Proyecto sometido a consulta. El rango normativo de Orden es adecuado, dada la existencia de una específica habilitación legal.

**SEGUNDA.**- Sin perjuicio de las observaciones formuladas en la Consideración Tercera de este Dictamen, el procedimiento de elaboración de la disposición se ha ajustado, en términos generales, a las normas que sobre el ejercicio de la potestad reglamentaria establece el artículo 53 de la Ley 6/2004.

**TERCERA.**- Tienen carácter esencial las observaciones efectuadas en la Consideración Quinta de este Dictamen a los artículos 5 y 8, así como a los Anexos a los que aquellos remiten.

**CUARTA.**- El resto de observaciones, de incorporarse al texto, contribuirían a su mejora técnica y a una más adecuada inserción en el ordenamiento.

No obstante, V.E. resolverá.



**DICTAMEN 158/2010**

**Asunto** 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

**Fecha** 07/09/2010

**Extracto de Doctrina**

La jurisprudencia considera que, de estimarse la existencia de un funcionamiento anormal de esta clase de servicios públicos que fuese generadora de responsabilidad patrimonial, la Administración responde frente al reclamante por el total de los daños causados (STS antes citada, entre otras muchas), sin perjuicio de que pueda repetir contra el tercero responsable de la presencia en la calzada del obstáculo o sustancia deslizante (SAN, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 23 de febrero de 2005). Por ello, de estimarse en nuestro caso la existencia de responsabilidad patrimonial, la misma no podría minorarse en un 20%, como pretende la propuesta de resolución.

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** En fecha 23/04/2003, x., diciendo actuar en representación de x., presentó en el Registro General de la Consejería de Obras Públicas, Vivienda y Transportes un escrito de reclamación en el que solicita indemnización por los daños sufridos a consecuencia del accidente de circulación ocurrido el 24/04/02, cuando su mandante circulaba sobre las 23,40 horas, con el vehículo de su propiedad marca Renault Laguna, matrícula “—”, por la carretera de Fortuna, a la altura del punto kilométrico 10, en el que perdió el control del vehículo como consecuencia de una mancha de líquido cítrico de grandes dimensiones que se encontraba en la calzada, sin señalización alguna, saliendo despedido de aquélla y yendo a parar a una vaguada colindante. Considera que el daño sufrido es imputable al deficiente funcionamiento de los servicios regionales de conservación y mantenimiento de carreteras de su titularidad, por lo que reclama una indemnización de 2.575,12 euros por los daños del vehículo, según copia de factura que adjunta. Asimismo, aporta copia de la denuncia formulada ante la Guardia Civil de Santomera, por los referidos hechos. Solicita la realización de prueba testifical.

**SEGUNDO.-** Con fecha de 29/05/03, la instructora solicita información acerca del accidente al Juzgado de Instrucción nº 6 de Murcia, que incoó y archivó seguidamente diligencias al respecto, y a la Comandancia de la Guardia Civil, y requiere al interesado para que subsane y mejore la

solicitud aportando diversa documentación, lo que es cumplimentado el 25 de junio de 2003, si bien no presenta documentación acreditativa de la representación con que dice actuar.

**TERCERO.-** El 17/10/03 se recibe testimonio íntegro de las diligencias solicitadas al Juzgado de Instrucción nº 6 de Murcia.

**CUARTO.-** Con fecha de 3 de noviembre de 2003 el Consejero competente dicta Orden declarando al interesado desistido en su reclamación, por no acreditar la representación con que decía actuar. Interpuesto recurso de reposición contra aquélla, fue desestimado por Orden de 22 de junio de 2004.

**QUINTO.-** El 19 de octubre de 2004 el mismo interesado presenta un nuevo escrito de reclamación, en los mismos términos que el primeramente presentado.

**SEXTO.-** Con fecha 12 de enero de 2005 el citado Consejero dicta Orden declarando la inadmisibilidad de esta segunda reclamación, por haber transcurrido el plazo de prescripción de la acción de reclamación.

**SÉPTIMO.-** Interpuesto recurso contencioso-administrativo contra esta Orden, fue estimado por sentencia nº 341/06, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 3, de 27 de junio, que ordena a la Administración tramitar la referida reclamación, por considerar que la primera reclamación presentada interrumpió el plazo de prescripción de la acción, considerando que el interesado actuó entonces como mandatario verbal o tácito del reclamante (se deduce que por el hecho, no discutido, de que en la segunda reclamación presentada ya se acreditaba fehacientemente tal representación).

**OCTAVO.-** Solicitado informe al Parque Móvil regional, el 16 de enero de 2007 informa que le parece correcto el importe de los daños reclamados, según factura aportada al efecto.

**NOVENO.-** Solicitado informe a la Dirección General de Carreteras, fue emitido el 7 de mayo de 2007, en el que informa sobre la realidad del accidente, que se produjo por el vertido accidental de líquido cítrico proveniente de un vehículo, sin que se tuviera constancia de accidentes anteriores por esa causa, destacando que en la denuncia del reclamante ante la Guardia Civil se señaló a la empresa y vehículo responsable del vertido.



**DÉCIMO.-** Citados el 26 de febrero de 2008 los testigos propuestos por el interesado, no comparecen en la fecha prevista.

**UNDÉCIMO.-** Otorgado al reclamante un trámite de audiencia, el 18 de abril de 2008 presentó alegaciones, en las que reitera lo expresado en su escrito inicial, añadiendo que en las diligencias de la Guardia Civil se refleja que no era la primera vez que se presentaban estos vertidos, que habían provocado otros accidentes menores, por lo que un eficaz servicio de vigilancia debía haber detectado la situación y averiguado la procedencia de los vertidos; señala que en los partes de servicio de la citada Dirección General deben constar esas circunstancias. Asimismo, insta a la averiguación del domicilio de los testigos propuestos, a través del Instituto Nacional de Estadística.

**DUODÉCIMO.-** Tras recabar la instrucción diversa información del citado Instituto, citados nuevamente los testigos para el día 2 de septiembre de 2008, no comparecen.

**DECIMOTERCERO.-** El 23 de octubre de 2008 se dicta acuerdo de acumulación de los procedimientos correspondientes a las dos reclamaciones presentadas.

**DECIMOCUARTO.-** El 27 de octubre de 2008 se recibe informe complementario de la Dirección General de Carreteras acerca del personal que se desplazó en el momento del siniestro al lugar de los hechos, adjuntando partes de trabajo de dicho personal.

**DECIMOQUINTO.-** El 8 de octubre de 2009 se concede nuevo trámite de audiencia al interesado, sin que conste la presentación de alegaciones.

**DECIMOSEXTO.-** El 19 de enero de 2010 se formula propuesta de resolución estimatoria parcial de la reclamación; en síntesis, porque no se acredita el estándar de rendimiento de los servicios públicos aplicable al caso, no quedando acreditado en qué momento se derramó la sustancia deslizante, todo lo cual debe perjudicar a la Administración, si bien debe moderarse en parte su responsabilidad por la concurrencia de la actuación del tercero que derramó la sustancia en cuestión, estimando que debe reconocerse una indemnización por el 80% de los daños reclamados.

**DECIMOSÉPTIMO.-** En la fecha y por el órgano indicado en el encabezamiento del presente, se solicitó el preceptivo Dictamen de este Consejo Jurídico, acompañando el expediente y su extracto e índice reglamentarios.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

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

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, al versar sobre una propuesta de resolución de un procedimiento de responsabilidad patrimonial tramitado por la Administración regional, concurriendo con ello el supuesto previsto en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia.

#### **SEGUNDA.- Legitimación, plazo y procedimiento 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 fecha de ocurrencia del accidente y de la presentación de la primera reclamación, que, como se indicó en el Antecedente Séptimo, fue considerada hábil para interrumpir el plazo prescriptivo por la sentencia allí citada, por las razones entonces apuntadas.

III. En cuanto al procedimiento, no cabe realizar objeciones sustanciales a su tramitación.

Conviene señalar, no obstante, la improcedencia de la acumulación de procedimientos acordada por la instrucción, pues el iniciado a virtud de la primera reclamación presentada fue archivado por no haber acreditado el interesado la representación con que decía actuar, siendo obviamente improcedente acumular a otro un procedimiento que ha sido archivado. Debe advertirse que tal archivo fue correcto (y, en todo caso, firme, pues la correspondiente Orden del

Consejero no fue recurrida en sede jurisdiccional), sin perjuicio de que, ya en el seno del segundo procedimiento, iniciado a virtud de la segunda reclamación, a dicha primera reclamación debió haberle reconocido la Consejería efectos interruptivos del plazo de prescripción, como luego declaró la sentencia antes reseñada, que, por tal motivo, anuló el acto que declaró la inadmisibilidad de la segunda reclamación, pero no el archivo de la primera.

### **TERCERA.- Sobre el fondo del asunto.**

I. De los artículos 139.1 y 141.1 LPAC se desprende que la Administración debe responder por los daños y perjuicios causados a los particulares con ocasión del funcionamiento de los servicios públicos, siempre que se trate de daños que el particular no tenga el deber jurídico de soportar (en cuyo caso se habla de “*lesión*”, en sentido estricto) y que, por ello, son indemnizables. A pesar de que el tenor literal del citado artículo 139.1 se refiere exclusivamente al “*funcionamiento*” de los servicios públicos, la doctrina y la jurisprudencia vienen admitiendo que a tal supuesto debe añadirse el de las lesiones causadas por el “no funcionamiento” de los servicios públicos, esto es, por omisión administrativa, cuando el dañado tuviera el derecho a que la Administración actuase positivamente para, en la medida de lo posible, prevenir y evitar el daño.

A partir de este planteamiento, el reclamante imputa a una omisión de la Administración el origen de los daños sufridos, en cuanto debía haber eliminado o, al menos, señalado, el 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 esté libre o expedito (SSTS, Sala 3ª, de 8 de octubre de 1986 y 11 de febrero de 1987). Ahora bien, es a la Administración a la que corresponde acreditar en estos casos, por el principio de mayor facilidad probatoria, que el funcionamiento de sus servicios públicos no fue causa del daño, esencialmente porque los servicios públicos de conservación y mantenimiento de carreteras actuaron conforme con el estándar razonablemente exigible al respecto (STS, Sala 3ª, de 3 de noviembre de 2002, y Dictamen 70/05, de 22 de abril, de este Consejo Jurídico). Así, dicha sentencia expresa que “*a la Administración le correspondía acreditar que, con los medios que disponía resultaba imposible evitar hechos como el producido y, en definitiva, proceder a la limpieza de la vía pública o a la colocación de señales que indicaran la peligrosidad del pavimento. Y no es obstáculo a ello que en*

*el presente caso la Sala de instancia, en ausencia de aquella actividad probatoria imputable a la Administración, considere que cabe presumir una actuación eficaz de la misma, cuando se desconoce el momento en que se produjo el vertido de la sustancia deslizante y si éste ocurrió en fecha inmediatamente anterior al accidente.”*

Siguiendo el razonamiento de dicha sentencia, podría admitirse la exoneración de la Administración, aun sin datos sobre la regularidad de la actuación administrativa, si se acreditase que la inmediatez en la aparición del obstáculo en la calzada respecto de la producción del daño fue tal que en ningún caso la actuación administrativa de vigilancia hubiera podido evitar el siniestro, es decir, en los casos en que el daño producido fuera independientemente de la regularidad del actuar administrativo; ello se justificaría en que la finalidad de la institución de la responsabilidad patrimonial administrativa no es castigar las eventuales deficiencias del actuar administrativo, sino reparar un daño que pueda ser jurídicamente imputado, en una relación de causalidad adecuada, a los servicios públicos.

Por otra parte, la jurisprudencia considera que, de estimarse la existencia de un funcionamiento anormal de esta clase de servicios públicos que fuese generadora de responsabilidad patrimonial, la Administración responde frente al reclamante por el total de los daños causados (STS antes citada, entre otras muchas), sin perjuicio de que pueda repetir contra el tercero responsable de la presencia en la calzada del obstáculo o sustancia deslizante (SAN, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 23 de febrero de 2005). Por ello, de estimarse en nuestro caso la existencia de responsabilidad patrimonial, la misma no podría minorarse en un 20%, como pretende la propuesta de resolución.

II. En el caso que nos ocupa, la propuesta de resolución parte del hecho, reflejado en el expediente, de que los aportados partes de trabajo del personal encargado de estas labores de vigilancia y conservación no reflejan actuación alguna respecto de la carretera en cuestión más allá de lo que se refiere al hecho de que dicho personal acudió a la misma después del accidente para limpiar la vía, sin dato alguno del que pudiera deducirse que se hubiera realizado una actuación preventiva al respecto, como presupuesto previo para determinar si tal actuación debe o no de considerarse ajustada al estándar aplicable. A ello une la consideración de que no se acredita el momento en que se produjo el vertido, es decir, si estuvo en la calzada un lapso de tiempo más o menos dilatado, con lo que implícitamente viene a considerar que no puede afirmarse que existiera la inmediatez necesaria entre el vertido y el accidente como para exonerar en todo caso a la Administración.

Partiendo de la indiscutida falta de acreditación de la regularidad de la actuación administrativa en orden a la vigilancia y conservación de la carretera de que se trata, se plantea si puede considerarse acreditado en el expediente que el vertido del líquido en cuestión fue, como señala la antes citada STS, *“inmediatamente anterior”* a la producción del daño. Considerando que tal expresión es un concepto jurídico indeterminado necesitado de concreción en atención a las circunstancias concurrentes (tanto las del suceso en sí como las relativas a la disponibilidad de medios de la Administración), la cuestión depende en buena medida de la apreciación que en este punto se tenga de las circunstancias reflejadas en la denuncia del reclamante ante la Guardia Civil.

Así, en la declaración inicial ante la Guardia Civil de Santomera realizada el 25 de abril de 2002, el reclamante expuso que el accidente se produjo sobre las 23.40 horas del día anterior, lo que motivó que llamara a los servicios de emergencia, y que sobre la 1 de la madrugada del 25 acudió el personal de la Dirección General de Carreteras a efectuar las labores de limpieza. En este contexto, en la denuncia efectuada el siguiente 4 de mayo de 2002, ampliatoria de la inicial, expresó lo siguiente:

*“Pendiente de la llegada de la grúa pasó dirección Fortuna un camión cisterna que, a su paso delante nuestro no tuvo más remedio que pararse, momento en que nos dimos cuenta que la cisterna desprendía el mismo olor del que se apreciaba en la carretera; cuando quisimos reaccionar para preguntar al conductor qué transportaba y a qué empresa pertenecía, el camión cisterna salió rápido alejándose del lugar. Sólo pudimos cogerle el nombre de la empresa, ya que la matrícula por el reflejo de la luz no se veía. Inmediatamente un testigo con su coche salió detrás del camión y le cogió la matrícula, siendo los datos los siguientes:*

*Empresa x.*

*Camión cisterna.*

*Matrícula”—“.*

*No tenemos duda de que el líquido de la carretera fue desparramado por este camión u otro de la misma empresa.*

*En el lugar del accidente se juntaron bastante gente de Fortuna, entre ellos otro camionero que nos dijo que esa empresa estaba vaciando unos depósitos de este líquido y que sólo lo hacía por la noche, con camiones como el mencionado viejos que iban derramando líquido por donde pasan, sobre todo en las subidas, que fue lo que ocurrió en este caso concreto.*

*Otros comentarios de gente de Fortuna nos decían que esta empresa ya había provocado otras situaciones igual a la descrita provocando sustos y accidentes menores.*

*Los comentarios que hicieron las distintas personas están localizadas con nombre y apellidos para poder ser localizadas a testificar donde sea necesario.”*

De lo expuesto se llega a la convicción de que el vertido del líquido cítrico debió producirse esa misma noche, muy poco tiempo antes del accidente, es decir, que existió la suficiente inmediatez en el suceso como para exonerar a los servicios encargados de la carretera, sin que constara que hubiera habido previo aviso a la Guardia Civil o a los servicios regionales competentes que hubiera permitido, al menos, señalar la situación, sin que el estándar de actuación razonablemente exigible al efecto pueda extenderse a una vigilancia inmediata y continua de todos los tramos de carretera, menos en las circunstancias en que ocurrió el suceso.

Probablemente consciente de ello el reclamante, sus alegaciones apuntan a lo expresado en la denuncia respecto de la existencia de otros accidentes anteriores en la zona por la misma causa. Sin embargo, ello no se ha probado, pues ni la Guardia Civil ni los servicios regionales competentes han manifestado tener conocimiento al respecto; de aceptar, en hipótesis, lo que se indica en la denuncia sobre lo advertido por algunos vecinos de la zona, ello no parece que tuviera la suficiente importancia como para provocar la presentación de las oportunas denuncias y la comunicación del hecho a dichas autoridades para que pudiera serles exigible que hubieran adoptado medidas al respecto.

Vistas las anteriores circunstancias, parece claro que, identificado el autor del vertido y con los testigos indicados por el reclamante, éste debió haber dirigido la oportuna acción civil contra la empresa responsable del vehículo.

Conforme con todo lo anterior, no puede estimarse que concurra la necesaria relación de causalidad entre el funcionamiento de los servicios públicos regionales y los daños por los que se reclama, procediendo la desestimación de la reclamación.

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

**CONCLUSIÓN**

**ÚNICA.-** No concurre la necesaria y adecuada relación de causalidad entre el funcionamiento de los servicios públicos regionales y los daños por los que se reclama indemnización, por las razones expresadas en la Consideración Tercera del presente Dictamen, por lo que procede desestimar la reclamación de referencia. En consecuencia, se informa desfavorablemente la propuesta de resolución estimatoria parcial objeto de Dictamen.

No obstante, V.E. resolverá.



**DICTAMEN 159/2010**

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

**Consultante** Consejera de Sanidad y Consumo

**Fecha** 07/09/2010

**Extracto de Doctrina**

Conforme indicamos en el Dictamen 197/09, de 9 de noviembre de 2009, cuando existe un lapso de tiempo lo suficientemente dilatado entre la previsión de la intervención y su realización (como resulta en este caso, según el citado informe y ratifica el de la Inspección Médica), el paciente dispone de amplias posibilidades para solicitar información adicional sobre dicha intervención y sus posibles riesgos o complicaciones, habiendo expresado la Audiencia Nacional, en su Sentencia de 7 de mayo de 2002, que ello tiene virtualidad suficiente para invertir la regla general sobre la carga de la prueba, haciendo recaer en el paciente la obligación de acreditar que la información dada no fue suficiente; ello va en la línea de lo señalado en la STS, Sala 3ª, de 27 de noviembre de 2000, citada en el Dictamen 26/08.

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** En fecha 16 de octubre de 2006, x. presentó escrito de reclamación dirigido al Servicio Murciano de Salud (SMS) en el que, en síntesis, expuso que ingresó el día 30 de octubre de 2001 en el hospital “*Virgen de la Arrixaca*” de Murcia para someterse a una intervención quirúrgica consistente en extirpación total de la glándula mamaria de ambos pechos e implantación de prótesis de gel de silicona, ante el diagnóstico de mastodinia bilateral rebelde a tratamiento médico, o mastopatía fibroquística. Antes de someterse a dicha intervención quirúrgica firmó un modelo genérico de consentimiento informado, en el que no se describían ninguna de las posibles complicaciones que luego sufrió. La intervención transcurrió según lo previsto, y se le dio el alta hospitalaria al día siguiente, prescribiéndole revisión en consultas externas de cirugía plástica.

Después de la intervención surgieron complicaciones, al producirse el encapsulamiento de las prótesis colocadas, lo que le originó dolor y desplazamiento de las mismas, por lo que el 24 de abril de 2002 hubo de someterse a una segunda intervención, que consistió en una capsulectomía bilateral, sin cambio de prótesis, respecto a la que también firmó un consentimiento informado



genérico. En fecha 29 de abril siguiente se le dio el alta médica, al transcurrir la operación sin incidencias.

De nuevo volvió a aparecer dolor en mamas, por lo que el 24 de mayo de 2002 acudió al Servicio de Urgencias del hospital *“Nuestra Señora del Rosell”*, de Cartagena, en cuyo parte se hace constar: *“mastitis, infección nosocomial probable”*, y se la remitió al hospital *“Virgen de la Arrixaca”*, de Murcia; allí se le diagnosticó *“mama derecha con líquido libre compatible con seroma y/o rotura de cápsula protésica. Pérdida del contorno de la prótesis con exudado. Leucocitosis con neutrofilia. Rotura de prótesis y/o infección mastitis mama derecha con seroma”*. Durante el tiempo en que permaneció ingresada se le administraron antibióticos y antiinflamatorios y se le drenó líquido serohemático a través de la cicatriz periarolar de la mama derecha.

Con el tiempo, la situación empeoró, y el 24 de julio de 2003 se la intervino de nuevo, consistiendo la operación en: *“extracción protésica bilateral, capsulectomía subareolar e implantación bilateral de nuevas prótesis”*, respecto de la que no firmó consentimiento informado, emitiéndose el alta médica el 28 de julio de 2003.

Al volver a aparecer los síntomas presentados en las intervenciones anteriores, se le diagnostica nuevamente *“mastodinia de mama derecha, con asimetría de pezón areola entre ambas mamas, ripling y cápsula periprotésica mama derecha”*, por lo que se decidió volver a intervenir el 28 de junio de 2004 (firmando consentimiento informado genérico), practicándosele *“capsulectomía inferior y superior y cambio de plano de prótesis a plano subpectoral sin recambio de la misma”*, dándosele el alta médica en fecha 30 de junio.

El 14 de marzo de 2005 ingresó de nuevo en dicho hospital con un cuadro de *“mastitis y seroma mamario bilateral”*, siendo tratada hasta el 17 siguiente. Previamente a este último ingreso, había solicitado un cambio de centro hospitalario, para ser tratada por el hospital *“Doce de Octubre”*, de Madrid, petición que fue cursada por el SMS y posteriormente denegada al rechazar el traslado dicho hospital.

Por todo lo anterior, señala la reclamante que acudió a un facultativo privado, que el 15 de junio de 2005 le diagnostica *“mamas duras, densas, encapsuladas, con dolor en reposo, que se acentúa a la más mínima exploración de presión. Extrema dificultad en la movilidad del brazo derecho. Al más mínimo esfuerzo dolor en brazo y pecho derecho”*, proponiéndole la extracción de las prótesis, reposo de la zona y la realización de exploraciones complementarias, objetivándose

un desgarro del músculo pectoral mayor derecho. El 3 de noviembre de 2005 le practica intervención para retirada de las prótesis y capsulectomía bilateral.

El 25 de abril de 2006 se le practicó una reconstrucción postmastectomía mediante la implantación de expansores anatómicos de Mcghan con capacidad de 600cc.; en el acto intraoperatorio se le inyectaron 200 cc. de silicona en cada mama. El 10 de mayo de 2006 se le hizo una infiltración de otros 200 cc. de silicona en cada mama.

Según informe del reseñado facultativo privado, de 30 de junio de 2006, que aporta, la reclamante tiene secuelas funcionales en brazo derecho y estéticas en mama derecha, por el desgarro del músculo pectoral mayor, lo que supone extrema limitación en la movilidad del brazo derecho y pérdida de fuerza y, al más mínimo esfuerzo, dolor en mama y brazo derecho. Expone la reclamante que tras estas intervenciones su situación ha mejorado discretamente; estéticamente ha recuperado el pecho, aunque debido al desgarro del músculo pectoral mayor derecho, está ligeramente hundido, y continúa padeciendo dolor en mama y brazo derecho al más mínimo esfuerzo.

Imputa al funcionamiento de los servicios públicos regionales sanitarios lo siguiente:

-No informarle de que el tratamiento podía presentar como complicaciones las continuas recidivas de la mastitis, contracturas capsulares, infecciones, roturas de las prótesis con salida de líquido serohemático y desgarro del músculo pectoral mayor.

-Tratamiento equivocado, pues no se debería haber propuesto tratamiento quirúrgico para patología tan banal como la mastopatía fibroquística que padecía. Y, en el caso de realizarlo, como se hizo, el no haber empleado expansores, como sí fueron utilizados por el facultativo que posteriormente la atendió en la sanidad privada.

-Se trataron mal las recidivas, ya que no se extraían las prótesis y se dejaba transcurrir el tiempo necesario para sanear la zona, por lo que se practicaron capsulectomías inútiles y mal ejecutadas, que produjeron como secuela el desgarro del músculo pectoral mayor derecho.

Según la reclamante, el tratamiento en la sanidad pública le ha ocasionado padecimientos, cicatrices y el desgarro del músculo pectoral mayor derecho como secuelas irreversibles, motivo por el que solicita una indemnización de ciento noventa y cinco mil doscientos quince euros, con treinta y seis céntimos de euro (195.215, 36 €), más los intereses legales que correspondiesen;

cantidad que es desglosada de forma pormenorizada en el escrito de solicitud, en concepto de daños morales por las diversas intervenciones e ingresos hospitalarios, por sus consiguientes períodos de incapacidad temporal y por diversas secuelas (desgarro del músculo pectoral mayor derecho, cicatrices y pielonefritis renal, debida a la medicación recibida). Aporta copia de documentos de su historia clínica en el hospital “*Virgen de la Arrixaca*” y el informe de 30 de junio de 2006, antes reseñado.

**SEGUNDO.-** En fecha 16 de noviembre de 2006, la reclamante presentó escrito de ampliación de la reclamación, en el que, tras relatar lo mismos hechos descritos en la reclamación inicial, solicitó que se le indemnizase también por el importe de los gastos sanitarios que hubo de sufragar en la medicina privada, por importe total de veinte mil quinientos veintiséis euros, con ochenta y ocho céntimos de euro (20.526,88 €). De esta forma, el importe total solicitado asciende a la cantidad de doscientos quince mil setecientos cuarenta y dos euros, con veinticuatro céntimos de euro (215.742,24 €). Adjunta copia de la documentación presentada con el escrito inicial, así como de las facturas emitidas por los centros sanitarios privados que intervinieron en las operaciones quirúrgicas de referencia.

**TERCERO.-** El 10 de enero de 2007 el Director Gerente del SMS dictó resolución de admisión a trámite de la reclamación, la cual fue notificada a las partes interesadas.

Asimismo, la instrucción solicitó al hospital “*Virgen de la Arrixaca*” de Murcia, al hospital “*Santa María del Rosell*”, de Cartagena, y a la Clínica “*Moncloa*” de Madrid, copia de las respectivas historias clínicas de la reclamante y, al primero de ellos, también la emisión de informe de los facultativos que la atendieron.

**CUARTO.-** Los citados centros hospitalarios remitieron la documentación interesada. Debe destacarse de ésta el informe de 1 de febrero de 2007, del doctor x. (cirujano que intervino a la paciente en el hospital “*Virgen de la Arrixaca*”), en el que se remite a lo expresado en su previo informe de 18 de marzo de 2005, emitido con ocasión de la solicitud de la paciente de cambio de centro sanitario, y que señalaba lo siguiente:

*“La paciente ha sido tratada desde el año 2001 en el Servicio de Cirugía Plástica por Mastopatía Fibroquística y Mastodinia (ver informe anatomopatológico) resistente al tratamiento médico, por lo que se propuso realizar Mastectomía subcutánea y reconstrucción mediante prótesis según protocolo quirúrgico, aceptando la paciente la realización de dicha intervención. Asimismo, se informa de que el dolor -Mastodinia- podría persistir.*”

*En el postoperatorio tardío, la paciente refiere aparición nuevamente del dolor en mama derecha, lo que atribuimos a una incipiente contractura capsular, por lo que se reinterviene.*

*La mastodinia persiste tras las intervenciones quirúrgicas (ver informes clínicos de alta), por lo que la paciente se deriva a la Unidad del Dolor, donde es tratada, persistiendo el dolor a pesar del tratamiento médico.*

*El día 15-03-05 la paciente ingresa de urgencias por presentar dolor en mamas acompañado de fiebre, que es tratada con tratamiento analgésico, antibiótico y vendaje. Se realizó una Resonancia Magnética en el mes de febrero (15 días después de su ingreso), que fue normal, y Ecografía estando ingresada, que muestra colección líquida extracapsular de 11 x 42 mm., atribuible probablemente a la realización de un esfuerzo.*

*El día 17-03-05, ante la mejoría del cuadro y ausencia de dolor, se decide tratamiento conservador, dando alta hospitalaria a la paciente y explicándole la alternativa al tratamiento médico, es decir, drenaje mediante control ecográfico, quedando citada el lunes 21 de marzo de 2005, en consulta externa.*

*Ante la evidente falta de confianza en el cuadro médico que la ha tratado, y la solicitud de la paciente de una nueva opinión sobre su caso, no tenemos ninguna objeción a que ésta sea realizada donde se crea conveniente".*

**QUINTO.-** Obra en el expediente un dictamen médico de fecha 24 de marzo de 2007, aportado por la aseguradora del SMS, en el que, tras relatar los hechos objeto de la reclamación y formular las oportunas consideraciones médicas, concluye lo siguiente:

*"1. Paciente mujer de 25 años, remitida al Servicio de Cirugía Plástica del HUVA por mastodinia y mastopatía fibroquística rebelde a tratamiento médico.*

*2. La paciente tiene, por tanto, indicación quirúrgica.*

*3. La técnica empleada (mastectomía subcutánea y reconstrucción) es correcta.*

*4. La paciente es informada en consulta de la técnica prevista y de la posibilidad de persistencia de la clínica tras el procedimiento.*

5. Firma documento de C.I. en el momento del ingreso para cirugía.

6. Es intervenida el 30/10/01 en el HUVA.

7. El seguimiento posterior es adecuado.

8. Presenta una complicación inherente a la técnica (contracción capsular) y persistencia de la mastodinia (riesgos conocidos por la paciente).

9. La capsulectomía y recolocación de la prótesis es una técnica adecuada para el tratamiento de la contracción capsular en ausencia de rotura protésica (como se demostró en este caso por los estudios realizados y los hallazgos operatorios).

10. Ante la recidiva de la contracción se decide recambio y colocación subpectoral (que tiene menor incidencia de contracción).

11. A pesar de que las técnicas empleadas en todos los casos están aceptadas en la literatura, la paciente presenta reiteradamente contractura capsular y persistencia de la mastodinia, requiriendo tratamiento por la Unidad del Dolor.

12. La enferma decide recurrir a la medicina privada, donde le ofrecen opciones también disponibles en el sistema público.

13. (La) utilización de expansores en lugar de prótesis (técnica empleada por el facultativo particular de la paciente) no excluye la posibilidad de contracción y requiere al menos una nueva intervención posterior.

14. Del estudio de la documentación remitida podemos concluir que los profesionales que atendieron a x. (sic) en el HUVA de Murcia, lo hicieron de acuerdo a "la lex artis".

**SEXTO.-** Solicitado informe a la Inspección Médica, ésta solicitó que se completara la instrucción del procedimiento mediante la aportación de la historia clínica de la paciente en los servicios de atención primaria y de atención especializada (ginecología y traumatología), previa a 2001; documentación clínica que fue facilitada por los diferentes centros sanitarios e incorporada al procedimiento.

El 20 de agosto de 2008, dicha Inspección Médica, tras valorar la documentación contenida en el expediente, emitió informe que terminaba con las siguientes conclusiones:

*“PRIMERO.- X. fue diagnosticada en el año 1997 de un trastorno ansioso depresivo con tendencia a la somatización, que se ha manifestado con dolores permanentes, de origen desconocido y resistentes a tratamiento. Esta patología se agravó posteriormente con una alteración del comportamiento alimentario (ingesta compulsiva), que desencadena obesidad y ésta a su vez dismorfofobia (alteración de la imagen corporal).*

*SEGUNDO.- Simultáneamente, la paciente padecía una mastodinia crónica (dolor mamario) resistente a todos los tratamientos médicos prescritos desde el año 1997, situación que se complicó con el diagnóstico de una Mastopatía Fibroquística, que originaba en la paciente más ansiedad y depresión. Es en ese contexto donde se justifica la propuesta del tratamiento quirúrgico (mastectomía subcutánea), y la inclusión de la paciente, el 15 de enero de 2001, en la Lista de Espera del Servicio de Cirugía Plástica del Hospital Universitario “Virgen de la Arrixaca” (HUVA), de Murcia, una vez aceptada dicha propuesta.*

*TERCERO.- Durante el tiempo en que permaneció en la Lista de Espera del Servicio de Cirugía plástica del HUVA (15 de enero a 30 de octubre de 2001), se realizaron los estudios preoperatorios protocolizados y se atendieron las múltiples consultas (reflejadas en la historia clínica), que la paciente reclamó, dada la gran ansiedad que la cirugía le producía.*

*La paciente firmó los documentos de Consentimiento informado quirúrgicos y anestésicos, vigentes en 2.001, aceptando los riesgos inherentes a la cirugía propuesta y haber sido informada suficientemente de ellos. Entendemos por tanto que se atendió suficientemente el derecho a la información de la paciente.*

*CUARTO.- Las múltiples complicaciones surgidas a lo largo del postoperatorio, recogidos en el Consentimiento Informado como “riesgos propios de la cirugía y de los implantes mamarios”, entendemos que son más inherentes a la idiosincrasia de la paciente, que padece una alteración genética de la inmunidad, como demuestra el diagnóstico posterior de la Fibromialgia y del Síndrome de Sjogren, y no de la técnica quirúrgica en sí misma.*

*QUINTO.- La paciente, haciendo uso de su libertad, acudió a la consulta privada del Dr. x. el día 30 de junio de 2005, antes de recibir la negación de asistencia del Hospital 12 de Octubre, de*

Madrid, comunicación que desde el Servicio Murciano de Salud se produjo el 2 de agosto de ese año, y sin agotar por lo tanto, las alternativas de éste.

**SEXTO.-** La solicitud de ampliación del expediente de responsabilidad patrimonial (Reintegro de Gastos) que la paciente plantea un mes después de interponer la presente reclamación de Responsabilidad Patrimonial, corresponde a la mamoplastia de aumento, abdominoplastia y liposucción de glúteos, intervenciones realizadas a la paciente por el Dr. x. en la Clínica Moncloa (Madrid), (que) no se relacionan directamente con la reclamación que nos ocupa”.

**SÉPTIMO.-** Durante la instrucción del procedimiento, la reclamante interpuso recurso contencioso administrativo, tramitado con número de procedimiento ordinario 427/2007.

**OCTAVO.-** Otorgado trámite de audiencia a las partes, la reclamante compareció el 16 de enero de 2009 para tomar vista del expediente y obtener copia de diversos documentos del mismo, no constando que hubiera presentado alegaciones.

**NOVENO.-** El 27 de abril de 2009 se formula propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación; en síntesis, por considerar, de acuerdo con los informes emitidos, que no se ha acreditado la existencia de mala praxis médica en la asistencia prestada a la reclamante, por lo que no concurre la necesaria y jurídicamente adecuada relación de causalidad entre el funcionamiento de los servicios sanitarios regionales y los daños por los que se reclama indemnización.

**DÉCIMO.-** Solicitado de este Consejo Jurídico su preceptivo Dictamen, el 28 de septiembre de 2009 emitió el nº 167/09, en el que concluyó que procedía completar la instrucción realizada para solicitar nuevo informe a la Inspección Médica en el que aclarase si los desgarros musculares pectorales que la paciente manifestaba que tenía como secuela de las intervenciones realizadas en la sanidad pública debían ser considerados o no como riesgos típicos y propios de dichas intervenciones.

**DECIMOPRIMERO.-** Solicitado a la Inspección Médica un informe complementario, fue emitido el 22 de febrero de 2010, con las siguientes conclusiones:

*"PRIMERA: En el informe emitido el día 30 de junio de 2006, por el Dr. x., tras la exploración física realizada a la paciente en su consulta, el día 15 de junio de 2005 (facultativo privado de la reclamante), refiere: "se objetiva desgarró del músculo pectoral mayor".*

*SEGUNDA: Esta Inspección, tras revisar la documentación obrante en el expediente, considera que se trata de un diagnóstico clínico no confirmado mediante pruebas complementarias, ante la ausencia de las mismas en la Historia Clínica aportada por la Clínica Moncloa.*

*TERCERA: Dado que había transcurrido un año desde la última mastectomía realizada a la paciente en el Hospital "Virgen de la Arrixaca", Murcia, es improbable la relación entre ambos sucesos, más teniendo en cuenta el tratamiento postoperatorio aplicado.*

*CUARTA: De la Historia Clínica de la paciente, de la persistencia de este dolor en el tiempo y de su resistencia a tratamiento médico, creemos que el mismo está más relacionado con la fibromialgia que la paciente sufre, que con la presencia o ausencia de una lesión muscular."*

Junto a ello, el informe añade que "en ninguno de los protocolos quirúrgicos revisados, ni en la bibliografía consultada, se contemplan los desgarros musculares como riesgos asociados a la mastectomía (...) Lo que nos permite afirmar que los desgarros musculares son riesgos atípicos y excepcionales en la mastectomía".

**DECIMOSEGUNDO.-** Otorgado un nuevo trámite de audiencia a las partes, la reclamante compareció para tomar vista del expediente, no constando la formulación de alegaciones.

**DECIMOTERCERO.-** El 5 de mayo de 2010 se formula una nueva propuesta de resolución, en el mismo sentido que la formulada con anterioridad.

**DECIMOCUARTO.-** En la fecha y por el órgano indicado en el encabezamiento del presente se solicita el preceptivo Dictamen de este Consejo Jurídico, acompañando copia de las actuaciones adicionalmente realizadas.

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, por ser la que sufre los daños por los que reclama indemnización. 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, dado que una de las secuelas por las que se reclama indemnización, el desgarramiento del músculo pectoral mayor derecho, no se puede considerar determinada sino hasta la intervención quirúrgica realizada a la reclamante el 3 de noviembre de 2005, siendo, además, realizada el 10 de mayo de 2006 la última de las intervenciones quirúrgicas tendentes a completar la reconstrucción de su mama derecha, habiendo sido presentada la reclamación en octubre de ese año.

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.

Constando la pendencia de un recurso contencioso-administrativo contra la desestimación presunta de la reclamación, se advierte la necesidad de que el órgano consultante coordine sus posteriores actuaciones con el Letrado de la Administración regional en el proceso judicial de referencia.

**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:

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

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.

Ausencia de fuerza mayor.

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.- Los daños por los que se reclama indemnización. Determinación de los que pueden imputarse a las intervenciones quirúrgicas realizadas en la sanidad pública.**

Conforme con lo expuesto en la Consideración precedente, presupuesto previo al análisis de la corrección de la asistencia sanitaria dispensada a la reclamante en la sanidad pública es determinar qué daños, de los alegados, traen causa del funcionamiento, aún correcto, de los servicios públicos sanitarios, y cuáles son ajenos a éstos.

En este punto, y como se indicó en el Antecedente Primero, la reclamante solicita indemnización por diversos conceptos: por los períodos de incapacidad temporal derivados de las diversas intervenciones quirúrgicas, por los daños morales debidos a tales intervenciones, por determinadas secuelas (desgarro del músculo pectoral mayor derecho, cicatrices y pielonefritis renal, ésta debida a la medicación recibida) y por gastos realizados en la sanidad privada. Dichos conceptos, en el punto ahora analizado, merecen una diferente consideración.

1. Respecto de las secuelas alegadas, debe decirse lo siguiente:

- En cuanto al diagnóstico de desgarro del músculo pectoral derecho, indicado en el informe del Dr. x. (facultativo privado de la reclamante) emitido el 30 de junio de 2006 respecto de la

exploración que dice realizó a la paciente en junio de 2005, el informe de la Inspección Médica del SMS de 22 de febrero de 2010 expresa lo siguiente:

*“Este Servicio de inspección Médica, considera que se trata de un diagnóstico clínico no confirmado mediante pruebas complementarias, basándose en los siguientes datos:*

*1. En la Historia Clínica aportada por la Clínica Moncloa a petición de la instrucción (Pág.232 a 274), no se menciona en ningún momento para el diagnóstico preoperatorio, ni durante el postoperatorio, la existencia del citado desgarró y desconocemos si se le realizaron a la paciente las correspondientes pruebas diagnósticas, puesto que no se aportan en la historia clínica.*

*2. La hoja operatoria (Pág. 235) de la mastoplastia realizada el día 3-11-2005 por el Dr. x. no refiere la existencia de un desgarró muscular u otra anomalía, limitándose a describir una mastectomía sin complicaciones.*

*3. La Historia Clínica de la paciente facilitada por el Centro de Salud de San Antón (Cartagena), refiere la existencia en zona mamaria de un "Dolor Neuropático Post-mastectomía en las consultas de los días 18-12-2002, 05-08-2003 y 12-12-2003, para lo que se instaura tratamiento analgésico y antidepresivo.*

*4. El día 02-02-2004 la paciente consulta por poliartralgia, Síndrome de Sjogren, dolor difuso en tórax y brazo, y gonalgia, siendo derivada a la consulta de Reumatología desde el Servicio de Cirugía Plástica del H.U."Virgen de la Arrixaca".*

*5. El día 11-06-2004 se realiza a la paciente una Resonancia Magnética (prescrita por el Servicio de Cirugía Plástica del H.U."Virgen de la Arrixaca"), como preoperatorio a la mastectomía realizada el 28-06-2004, en la cual no se constata la existencia de un desgarró muscular.*

*6. La paciente refiere en consulta de atención primaria el día 12-7-2004 que en el Servicio de Cirugía Plástica del H.U. "Virgen de la Arrixaca", le han dicho que los dolores que sufre en la zona mamaria "son para toda la vida".*

*7. El 15-06-2005 la paciente acudió a la consulta privada del Dr. x, y fue durante la exploración física realizada donde se objetiva la existencia de un desgarró muscular, según informe emitido por el mismo doctor el día 30 de junio de 2006.*

*Dado que había transcurrido un año desde que se realizara a la paciente la última mastoplastia en el Hospital "Virgen de la Arrixaca", cuyo tratamiento postoperatorio consistió en tratamiento médico (analgésico y antiinflamatorio) y vendaje compresivo de la zona torácica, y por la etiopatogenia de los desgarros musculares en sí mismos, creemos que dicho desgarro muscular, si existía, fue debido a algún esfuerzo muscular realizado por la paciente en los días previos a esa consulta.*

*(No) consideramos que la causa del dolor que la paciente refiere en el pecho y en el brazo derecho sea un desgarro muscular, que habría desaparecido una vez curado el desgarro con el tratamiento postoperatorio de la mamoplastia. Por su antigüedad y persistencia creemos que está más relacionado con la fibromialgia que la paciente padece."*

Frente a ello, la reclamante no ha presentado alegación alguna en el trámite de audiencia concedido al efecto, por lo que no puede afirmarse que dicho desgarro muscular, de existir, sea imputable a las intervenciones realizadas en la sanidad pública.

- En lo que se refiere a la pielonefritis, aporta un parte de asistencia el 13 de diciembre de 2005 al servicio de Consultas Externas del hospital "Santa María del Rosell" de Cartagena, en el que nada se dice sobre tal patología, y menos se razona sobre su pretendido origen en los cuestionados tratamientos dispensados en la sanidad pública; en dicho parte se hace referencia al Síndrome de Sjogren que padece.

- Por lo que se refiere a las cicatrices y el perjuicio estético, debe advertirse que tras las intervenciones realizadas en la sanidad pública se realizó otras en la sanidad privada, también en el pecho, por lo que no puede saberse con certeza cuáles de aquéllas son imputables a unas y/o a otras; en este punto, la interesada debería haber preconstituído la prueba del estado de su pecho antes de someterse a las intervenciones en la sanidad privada.

En consecuencia, no resulta acreditado que los daños relativos a las indicadas secuelas tengan su origen en las intervenciones quirúrgicas de referencia, por lo que la pretensión indemnizatoria relativa a estos daños debe ser desestimada, sin perjuicio de lo que, abundando en ello, se dirá en la siguiente Consideración sobre la adecuación de dichas intervenciones a la "*lex artis ad hoc*".

2. Por ello, sólo procede considerar los daños que se ligan a la realización misma de las intervenciones quirúrgicas en la sanidad pública, es decir, los presuntos daños morales que la

reclamante alega haber sufrido debido a la práctica de las mismas (que considera improcedentes y mal realizadas, y sobre las que no se le informó debidamente) y por los periodos de incapacidad temporal subsiguientes a aquéllas; e, igualmente, por los gastos realizados en la sanidad privada (por considerar que la mala praxis en dichas intervenciones le obligó a acudir a dicha sanidad para dar remedio a su patología y a las complicaciones surgidas tras las mismas). En todos estos casos, el derecho al resarcimiento de tales daños pasa por determinar si existió la denunciada mala praxis pues, de no considerarse acreditada ésta, habrá que concluir que los perjuicios inherentes a la realización de dichas intervenciones no son indemnizables, sino propios de las limitaciones de la ciencia y la técnica sanitarias, que no pueden resolver en todo caso las patologías de la salud ni evitar la aparición de complicaciones propias de tales intervenciones.

**QUINTA.- Falta de acreditación de mala praxis médica en su sentido material. Corrección de los tratamientos sanitarios dispensados a la paciente.**

Como se expuso en el Antecedente Primero, la reclamante imputa a los servicios sanitarios públicos la realización de mala praxis en el tratamiento médico de su mastopatía fibroquística; en concreto, lo siguiente: a) realizar un tratamiento equivocado, pues no se debería haber propuesto tratamiento quirúrgico para patología tan banal como la mastopatía fibroquística que padecía; y, en el caso de realizarlo, como se hizo, no haber empleado expansores, como sí fueron utilizados por el facultativo que posteriormente la intervino de forma particular; b) tratar mal las recidivas, ya que no se extraían las prótesis y se dejaba transcurrir el tiempo necesario para sanear la zona, por lo que se practicaron capsulectomías inútiles y mal ejecutadas.

Sin embargo, dichas imputaciones de mala praxis deben rechazarse porque adolecen de toda justificación médica: el mero hecho de que en el informe del facultativo que posteriormente intervino a la reclamante de forma particular se haga constar un procedimiento empleado por éste (utilización de expansores) distinto al realizado en la sanidad pública, o la apreciación de la existencia de un desgarro muscular (del que en la Consideración precedente se ha dicho que no puede considerarse acreditado que tenga su origen en las intervenciones realizadas), no resulta en modo alguno suficiente para acreditar que la asistencia médica pública dispensada fuera contraria a la correcta praxis médica.

A ello se une que tanto el informe de la aseguradora de la Administración como el de la Inspección Médica se pronuncian en contra de las referidas imputaciones, y concluyen en la corrección del tratamiento empleado en la sanidad pública, sin que la reclamante haya formulado alegación alguna al respecto, menos aún, por tanto, haber propuesto prueba pericial que

desvirtuase lo allí informado. En dichos informes se expresa que el encapsulamiento de las prótesis mamarias es un riesgo típico de estas intervenciones, y consiste en una respuesta fisiológica exagerada del organismo a un cuerpo extraño, que se produce al formar aquél una cápsula cicatricial interna alrededor del implante, que condiciona la aparición de dolor y una consistencia de la mama reconstruída más dura de lo normal, es decir, que se trata de algo propio del paciente, ajeno a la técnica operatoria. Por otra parte, tanto dicha complicación como la persistencia del dolor mamario que justificaron las posteriores intervenciones pueden explicarse, aparte de por las evidentes limitaciones de la ciencia médica, por la fibromialgia y el Síndrome de Sjogren diagnosticados a la paciente con posterioridad a tales intervenciones (el 2 de diciembre de 2005, según indica el informe de la Inspección Médica), lo que tampoco ha merecido respuesta por parte de la reclamante.

**SEXTA.- Sobre la mala praxis médica en sentido formal, o relativa a deficiencias en el consentimiento informado.**

También alega la reclamante que no se le informó adecuadamente sobre la indicación de la mastectomía, o de que tras la misma el dolor mamario pudiera mantenerse (recidivas de la mastitis), o de la posible aparición de contracturas capsulares, infecciones, salida de líquido serohemático y el desgarro del músculo pectoral mayor, y que para las intervenciones practicadas suscribió documentos genéricos, en los que no constaba ninguna de dichas complicaciones, e incluso que para la intervención del 24 de julio de 2003 no suscribió documento alguno. A tal efecto, deben realizarse las siguientes observaciones.

I. En primer lugar, resulta necesario recordar lo expresado por este Consejo Jurídico en su Dictamen 191/06, en relación con el régimen jurídico aplicable al consentimiento informado aplicable a un supuesto regido por la Ley General de Sanidad de 1986, como ocurre en nuestro caso con la primera intervención quirúrgica practicada a la reclamante (también con la segunda); intervención aquélla que resulta ser la determinante a los efectos que ahora interesan, pues las posteriores operaciones traen causa de ésta, en cuanto se dirigían a intentar solucionar las complicaciones presentadas tras la misma.

Así, se dijo entonces que *“la ausencia del documento o la insuficiencia de su contenido no determinan automáticamente la antijuridicidad del daño, si es factible acreditar por otros medios que se dio la necesaria información al paciente. En tales casos, el medio probatorio por excelencia será la historia clínica. Entendida ésta en los términos del artículo 3 de la Ley 41/2002, constituye el conjunto de documentos que contienen los datos, valoraciones e informaciones de cualquier índole*



sobre la situación y la evolución clínica de un paciente a lo largo del proceso asistencial, acreditando, por tanto, su contenido el desarrollo de la relación dialogística entre médico y enfermo, de forma que si de ella se deduce un contacto constante, fluido, desprendiéndose que se ha transmitido la información, podrá concluirse que se han cumplido los deberes que incumben al responsable médico del proceso.

*Si ni tan siquiera en la historia clínica se contienen datos suficientes de los que se desprenda de forma inequívoca que se ha informado al paciente a lo largo de todo el proceso, cabrá incluso admitir otros medios de prueba, tales como la testifical o, incluso, las presunciones. Ahora bien, aunque no se excluya de forma tajante y absoluta la validez de cualquier información que no se presente por escrito, en tal caso, es a la Administración a la que incumbe la carga de la prueba de la información transmitida (Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3ª, de 4 de abril de 2000)."*

En esta línea, en el Dictamen 26/08 añadíamos que *"en relación con esta cuestión la jurisprudencia del Tribunal Supremo es variada. En alguna ocasión el Alto Tribunal ha manifestado que es a la Administración a la que corresponde probar la existencia de información y que la firma por el paciente de un papel-formulario genérico aceptando someterse a una intervención quirúrgica no basta (entre otras, Sentencia de 28 de junio de 1999). Sin embargo, en otras sentencias posteriores ha venido a declarar que "es cierto que la fórmula que figura en el impreso – "una vez informado de los métodos, etc."- es genérica, pero el contenido específico a que se refiere -su concreción en el caso de que se trata- ha sido implícitamente asumido por el paciente, lo que, jurídicamente, significa que la carga de probar que no es cierto que la información se haya dado o que ésta es insuficiente, se desplaza al firmante. No puede descargarse toda la responsabilidad de una actuación jurídica -para el caso la explicitación de una autorización para acto médico que debe darse al paciente- sobre los servicios sanitarios. Es el paciente -o, en su caso, el familiar o allegado que lo asiste o sustituye- quien puede y debe solicitar -si lo considera necesario- que se le dé una información más elocuente y que, siempre con la necesaria precisión técnica, se haga constar esa información detallada por escrito" (STS 27 de noviembre de 2000). En esta misma línea argumentativa el Tribunal Supremo, en Sentencias de 4 de abril y 3 de octubre de 2000, manifiesta que no se puede pretender una información excesiva al paciente que dificultaría el propio ejercicio de la función médica; sólo para aquellos casos en los que la información hubiera sido verbal se produce la inversión de la carga de la prueba y compete a la Administración acreditar que el paciente tuvo conocimiento del tipo de intervención que le iba a practicar y de sus posibles consecuencias.*

*Esta doctrina jurisprudencial ha sido asumida por este Consejo Jurídico en Dictámenes 28/2006 y 50/2006, si bien con la matización, en ambos casos, de que la historia clínica mostrara indicios de que se había desarrollado de manera efectiva la relación dialogística entre médico y paciente, lo que ofrece un cierto sustento fáctico a su declaración formal de que se le había dado información acerca de su enfermedad, intervención a practicar o tratamiento a instaurar. En otros supuestos, sin embargo, como el contemplado en el Dictamen 191/2006, ha considerado que no resultaba de aplicación porque de la documentación incorporada al expediente no se desprendía que tal información se hubiese facilitado.”*

Además, y en lo que se refiere al contenido de la información que debe suministrarse al paciente (bien en el documento “ad hoc” o acreditado de otro modo, según se ha dicho), señalamos en el citado Dictamen 191/06 que no todos los riesgos o complicaciones posibles en una intervención deben ser objeto de esta información al paciente, “*pues la construcción jurisprudencial y doctrinal acerca de la información que debe conducir a la prestación del consentimiento previo a la acción asistencial, se ha hecho, en gran medida, por referencia a supuestos en los que el daño es el resultado de la materialización de un riesgo de los considerados inherentes a la intervención o previsibles, es decir, aquellos en que la información no alcanza a comunicar al paciente la existencia de un riesgo de los denominados típicos. La consecuencia en tales casos es que la ausencia de consentimiento informado traslada al médico la responsabilidad por el resultado dañoso sufrido por el paciente, determinando que la lesión derivada de un riesgo inherente a la intervención deviene en antijurídica, pues, al no haber mediado esa información, el consentimiento del enfermo no habría contemplado tal riesgo y, en consecuencia, éste no tiene el deber jurídico de soportar el daño.*

*Ahora bien, las consecuencias de la insuficiente información sobre los riesgos varían cuando el daño responde a la materialización de un riesgo atípico, infrecuente o imprevisible.*

*Este supuesto tiene un tratamiento jurisprudencial mucho más limitado, siendo obligada referencia la STS, Sala 1ª, de 21 de diciembre de 1998, por cuanto establece determinados límites a la información que hay que dar al paciente fijando los riesgos sobre los que hay que informar. Dirá la Sala que “como reconoce unánimemente la doctrina más caracterizada en la materia, la obligación de información al paciente, sobre todo cuando se trata de la medicina curativa, tiene ciertos límites y así se considera que quedan fuera de esta obligación los llamados riesgos atípicos por imprevisibles o infrecuentes, frente a los riesgos típicos que son aquellos que pueden producirse con más frecuencia y que pueden darse en mayor medida, conforme a la experiencia y al estado actual de la ciencia”.*

*Esta doctrina enlaza con la establecida por otras Salas del mismo Alto Tribunal, que propugna el sometimiento del deber de información al paciente a criterios de razonabilidad y proporcionalidad (STS, Sala de lo Penal, de 3 de octubre de 1997)."*

II. Aplicado lo anterior al caso que nos ocupa, debe señalarse, en primer lugar, que la secuela relativa al desgarro del músculo pectoral derecho, aparte de no acreditarse que su causa fueran las intervenciones quirúrgicas realizadas, no se trataría, en todo caso, de un riesgo típico o propio de éstas, según expresa la Inspección Médica del SMS en el último de sus informes, por lo que, de acuerdo con la reseñada jurisprudencia, no era obligada su información al paciente.

En lo que se refiere a la denunciada falta de información sobre la indicación de la mastectomía, el hecho de que la paciente hubiera estado en tratamiento hormonal y farmacológico desde 1997, para intentar remediar, sin éxito, su mastodinia crónica, como se desprende de la historia clínica y analiza el informe de la Inspección Médica, permite extraer que cuando en 2001 se le propone la mastectomía debía estar adecuadamente informada y convencida de que la única alternativa terapéutica para intentar solucionar su problema era la intervención quirúrgica; por ello, no puede admitirse una falta de información en este extremo.

Respecto a la información de la posibilidad de que tras la mastectomía los dolores mamarios pudieran persistir, debe decirse, en primer lugar, y como ya se apuntó en la Consideración anterior, que difícilmente puede calificarse tal circunstancia como un riesgo típico de la intervención quirúrgica, sino más bien como una circunstancia, siempre implícita en estos casos, de que un determinado tratamiento médico no solucione la patología de que se trate, dadas las limitaciones de la ciencia y técnica médicas. Por ello, la realización de las posteriores intervenciones y tratamientos encaminados a curar la mastodinia o mastalgia que motivó la mastectomía no pueden considerarse generadores de un daño antijurídico, sino que fueron el proceder lógico cuando se advierte que una primera intervención no ha conseguido el objetivo terapéutico previsto. En este punto no puede olvidarse tampoco que el informe de la Inspección Médica apunta a otras patologías de la paciente, como la fibromialgia y el Síndrome de Sjogren, diagnosticadas mucho después de las intervenciones en cuestión (en 2005, según dicho informe), como responsables de la persistencia de dicha mastodinia o mastalgia, lo que obviamente no pudo ser previsto en 2001 previamente a la mastectomía. El parecer de la Inspección Médica en este punto es coherente, además, con el hecho, también expuesto en la Consideración precedente, de que la reclamante no acredita la existencia de mala praxis en su sentido material, de forma que no

puede afirmarse que fueran las técnicas quirúrgicas empleadas en las intervenciones en la sanidad pública las responsables de la persistencia de dicha patología.

En todo caso, además, y tanto en lo que se refiere a las posibilidades de éxito de la mastectomía como a la aparición de complicaciones posteriores, señaladamente el encapsulamiento de las prótesis, como riesgo que se materializó y motivó la segunda intervención, la propuesta de resolución señala que, si bien el consentimiento informado que firmó la paciente fue mediante un modelo genérico, de la documentación clínica e informes que obran en el expediente se puede llegar a la convicción de que fue adecuadamente informada, citando a tal efecto el informe emitido por los cirujanos plásticos que la intervinieron, en el que se hace constar lo siguiente: *“la paciente ha sido tratada desde el año 2001 en el Servicio de Cirugía Plástica por mastopatía fibroquística y mastodinia resistente a tratamiento médico, por lo que se le propuso realizar una mastectomía subcutánea y reconstrucción mediante prótesis según protocolo quirúrgico, aceptando la paciente la realización de dicha intervención. Asimismo se informa de que el dolor -mastodinia- podría persistir.”* También se trae a colación que el primer informe de la Inspección Médica indica que en la entrevista que se mantuvo con el cirujano interviniente, éste manifestó que *“en múltiples ocasiones se informó a la paciente acerca de la cirugía, sus indicaciones y los efectos secundarios o del fracaso de la misma, dado que a lo largo de los casi once meses que permaneció en la lista de espera quirúrgica preguntaba continuamente, por la ansiedad que la intervención le causaba, planteándose la posibilidad de continuar con los tratamientos médicos.”*

Conforme indicamos en el Dictamen 197/09, de 9 de noviembre de 2009, cuando existe un lapso de tiempo lo suficientemente dilatado entre la previsión de la intervención y su realización (como resulta en este caso, según el citado informe y ratifica el de la Inspección Médica), el paciente dispone de amplias posibilidades para solicitar información adicional sobre dicha intervención y sus posibles riesgos o complicaciones, habiendo expresado la Audiencia Nacional, en su Sentencia de 7 de mayo de 2002, que ello tiene virtualidad suficiente para invertir la regla general sobre la carga de la prueba, haciendo recaer en el paciente la obligación de acreditar que la información dada no fue suficiente; ello va en la línea de lo señalado en la STS, Sala 3ª, de 27 de noviembre de 2000, citada en el Dictamen 26/08, antes transcrito.

Frente a lo anterior, la reclamante no ha formulado alegación alguna en los dos trámites de audiencia concedidos al efecto, por lo que en este punto ha de estarse a lo informado por dichos facultativos (en el mismo sentido, Dictámenes 12/08, de 28 de enero, 175/08, de 3 de noviembre, y 65/10, de 29 de marzo).

En consecuencia, en el caso planteado no puede estimarse producida una omisión de información sanitaria determinante de responsabilidad patrimonial por lesión del derecho de autodeterminación de la paciente a someterse a uno u otro tratamiento médico según la información previamente dada, por lo que a este respecto no puede entenderse producido un daño susceptible de indemnización.

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 sanitarios regionales y los daños por los que se reclama indemnización, por las razones expresadas en las Consideraciones Cuarta a Sexta del presente Dictamen. En consecuencia, la propuesta de resolución dictaminada, desestimatoria de la reclamación, se informa favorablemente.

No obstante, V.E. resolverá.



## DICTAMEN 160/2010

<b>Asunto</b>	Revisión de oficio de diversas Órdenes de la Consejería por la que se inadmitía a - -, S.A., del concurso público para la concesión de frecuencias de radiodifusión sonora.
<b>Consultante</b>	Consejera de Economía y Hacienda
<b>Fecha</b>	16/09/2010

### Extracto de Doctrina

1. Una eventual quiebra en el principio de igualdad de los licitadores podría ser considerada como una vulneración del derecho a la igualdad en la aplicación de la Ley consagrado por el artículo 14 CE y, en consecuencia, el acto incurso en tan grave vulneración del ordenamiento, habría de ser declarado nulo, en aplicación de los artículos 102 y 62.1, letra a) LPAC.

2. Ha de recordarse la constante doctrina según la cual el empleo de los dos adverbios que utiliza el artículo 62.1, letra e) LPAC "total y absolutamente" recalca "la necesidad de que se haya prescindido por entero, de un modo manifiesto y terminante, del procedimiento obligado para elaborar el correspondiente acto administrativo; o bien de algunos de sus trámites esenciales que se pueda equiparar a esa omisión total. Junto a lo anterior, precisamente para ponderar la especial gravedad del vicio que se alega, ha de analizarse si se causó indefensión al interesado, para lo que habrán de tenerse en cuenta, entre otras circunstancias, las consecuencias que sufrió por tal conculcación y lo que hubiera podido variar el acto administrativo originario en caso de haberse observado el trámite omitido" (Dictamen del Consejo de Estado 670/2009). Y es que, en la interpretación estricta que demanda esta causa de nulidad, ha de ser puesta en relación con la función de garantía inherente a la exigencia de que el ejercicio de las potestades y competencias administrativas se actúe a través de un procedimiento, a la vez garantía de los ciudadanos y del interés público. Por ello, la eventual concurrencia de esta causa de nulidad no debe examinarse desde una perspectiva formalista, sino desde una óptica sustantiva, en la que lo decisivo no es tanto la ausencia de uno o varios trámites, como que no se hayan respetado los principios o reglas esenciales que informan el procedimiento (Dictamen del Consejo de Estado 2183/2003).

### ANTECEDENTES

**PRIMERO.-** Con fecha 26 de febrero de 2007, la Secretaría General de la Presidencia y Relaciones Externas dicta Orden por la que se aprueba el Pliego de Condiciones Administrativas Particulares para la adjudicación por concurso público, mediante procedimiento abierto, de la

concesión, en régimen de gestión indirecta, del servicio público de radiodifusión sonora en ondas métricas con modulación de frecuencia en la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, se dispone la apertura de la fase de adjudicación, y se designa a los componentes de la Mesa de Contratación y de la Comisión Técnica que hubiera de informar, en su caso, las ofertas técnicas.

Del contenido del indicado Pliego y por lo que interesa al objeto del presente Dictamen se destacan los siguientes extremos:

- El contrato se califica expresamente de gestión de servicios públicos.

- *“Cláusula 20. Formalidades de las proposiciones.*

*Las proposiciones constarán en dos sobres cerrados y firmados por el licitador o por quien lo represente. En cada uno se hará constar el objeto del concurso, el título indicativo de su contenido y la denominación del licitador, con su CIF, nombre y apellidos de quien firme la proposición y el carácter con que lo hace. También se hará constar el teléfono y el fax de contacto. El título del sobre núm. 1 será: “documentación general”. El título del sobre núm. 2 será: “Proposición técnica y documentación necesaria para la valoración de las ofertas, de acuerdo con los criterios de adjudicación del Anexo V” (...).*

- *“Cláusula 23. Adjudicación.*

*23.1.- La Mesa de Contratación calificará previamente los documentos presentados en el sobre núm. 1 en tiempo y forma. Si observara defectos materiales en la documentación presentada, concederá al licitador afectado un plazo de tres días hábiles para enmendar el error.*

*23.2.- La no presentación o presentación inadecuada de la documentación podrá ser considerada por la Mesa motivo de exclusión.*

*23.3.- Una vez transcurrido el plazo establecido para enmendar los errores, en el lugar, el día y la hora señalados en el anuncio, y en acto público, la Mesa dará cuenta de las proposiciones recibidas y aceptadas, procederá a la apertura y lectura del sobre núm. 2 y extenderá el acta correspondiente (...).*

**SEGUNDO.-** Desde el 12 de diciembre de 2007, la Mesa de Contratación procede, en sucesivas sesiones, a abrir la documentación general presentada por los licitadores y a su calificación.

Consta en el expediente el Acta núm. 19, correspondiente a la sesión del 3 de julio de 2008, que, en relación con la mercantil "--, S.A.", manifiesta:

*“Examinada la oferta presentada, se advierte que toda la documentación que aporta la empresa lo hace en carpetas cerradas, pero no precintadas de tal manera que se puede acceder a la documentación que contienen, no garantizando el principio de confidencialidad de las ofertas, incumpliendo las formalidades exigidas en el Pliego, en estas circunstancias, y una vez consultado por la Mesa antecedentes administrativos en la contratación, de esta situación, la Mesa acuerda inadmitir la documentación presentada por la referida empresa”.*

**TERCERO.-** Tras la reorganización administrativa operada por Decreto del Presidente de la Comunidad Autónoma núm. 26/2008, de 25 de septiembre, las competencias en materia de radiodifusión y televisión se asignan a la Consejería de Economía y Hacienda. Por Orden de 19 de febrero de 2009, el Secretario General de dicha Consejería, por delegación de su titular, designa nueva Mesa de Contratación.

Reunido el indicado órgano, da por buenas todas las actuaciones de la Mesa anterior.

**CUARTO.-** El 30 de abril, en acto público, la Mesa da cuenta de las proposiciones recibidas, en número de 86, y del resultado de la calificación de los documentos, indicando las empresas que han sido admitidas a la licitación y las que no, con expresión del motivo de exclusión del concurso.

Respecto de "--, S.A.", consta en el Acta correspondiente a la indicada sesión que *“toda la documentación que aporta la empresa lo hace en carpetas cerradas, pero no precintadas de tal manera que se puede acceder a la documentación que contienen, no garantizando el principio de confidencialidad de las ofertas, incumpliendo las formalidades exigidas en el Pliego”.*

Se confiere a los participantes en el concurso un plazo de dos días hábiles para presentar reclamaciones.

**QUINTO.-** El 4 de mayo, un representante de la mercantil excluida presenta alegaciones en las que, en síntesis, expone que la documentación fue presentada conforme a las exigencias del



Pliego, pues se hallaba debidamente etiquetada y ubicada en el interior de una caja opaca y sin aberturas, con su correspondiente rotulación de la acreditación del concurso y del licitador, y cerrada mediante goma elástica con enganche. Sobre la goma elástica se ubicó una cinta adhesiva para impedir que se pudiera abrir la caja al manipularse. Además, la documentación incluida en la caja iba perfectamente envuelta en papel marrón, con lo que, aunque se abriese la caja, no podía consultarse aquella sin romper el papel que la envolvía. Por tanto, la documentación se presentó cerrada, garantizando el principio de confidencialidad, como exigía el Pliego, que no impone la obligación de presentarla precintada.

Considera, asimismo, que, con apoyo en jurisprudencia que cita (STS, 3ª, de 10 de noviembre de 2006), la presentación de la documentación sin las formalidades debidas únicamente puede ser determinante de la exclusión del licitador cuando de aquella circunstancia se le haya derivado alguna ventaja o beneficio, lo que en el supuesto no ha ocurrido.

Sobre esta base, afirma la empresa que su inadmisión debida a la exigencia de un requisito inexistente en los Pliegos, es arbitraria y vulnera los principios de igualdad y no discriminación en la contratación pública, con invocación del artículo 11 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio (TRLCAP).

Asimismo, considera que la no admisión de proposiciones por simples defectos formales vulnera los artículos 80 y 81 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (RCAP), toda vez que no se le concede la posibilidad de subsanar el defecto advertido en la documentación presentada.

Termina sus alegaciones indicando que la documentación se presentó en forma idéntica a otras licitaciones convocadas por la propia Comunidad Autónoma con pliegos coincidentes en cuanto a las formalidades exigidas a las proposiciones, no habiendo advertido la Administración regional en aquella ocasión que la documentación no se hubiera presentado en sobre cerrado.

Solicita de la Mesa, en consecuencia, que admita la documentación presentada a la licitación.

**SEXTO.-** El 15 de mayo, la Mesa de Contratación entiende que dichos escritos no pueden considerarse como reclamaciones o recursos que exijan una decisión de la Mesa, con

independencia de su propuesta de inadmisión, que se mantiene. Y ello sin perjuicio de los recursos que procedan frente a la resolución del órgano de contratación.

**SÉPTIMO.-** Con fecha 16 de julio de 2009, se dicta Orden de la Consejería de Economía y Hacienda por la que se declara la inadmisión al concurso de la mercantil actora, *“porque toda la documentación que aporta la empresa viene en carpetas a las que se tiene acceso fácilmente, pudiendo ver lo que contienen sin tener que romperlas o despegar nada, y acceder a la documentación que contienen, incumpliendo por tanto las formalidades exigidas en el Pliego, que prescribe “sobres cerrados”*”.

**OCTAVO.-** Frente a la indicada Orden de inadmisión, el 29 de julio se interpone recurso de reposición que reproduce los argumentos e impugnaciones esgrimidos por la empresa ante la Mesa de Contratación, recogidos en el Antecedente Quinto de este Dictamen, y se solicita la suspensión de los efectos del acto recurrido.

**NOVENO.-** Solicitado informe a la Mesa de Contratación, indica este órgano que cuando examinó las ofertas, *“las carpetas que contenían toda la documentación, tanto la administrativa como la técnica, no llevaban cinta adhesiva, ni presentaban señal de que se hubiese adherido ninguna en ningún momento, además la documentación que contenían las cajas no estaba envuelta en papel marrón, como afirman, estimándose que adolecían de defecto insubsanable que consiste en vulnerar el principio de confidencialidad de las proposiciones”*.

En cuanto a la alegada vulneración de los artículos 80 y 81 RCAP, se afirma que la Mesa no llegó a examinar la documentación presentada, dada la inadmisión de la oferta.

**DÉCIMO.-** Por Orden de 18 de noviembre de 2009, la Consejería de Economía y Hacienda desestima el recurso de reposición sobre la base de considerar que al presentar la documentación en el modo como lo hizo la recurrente, se habría roto el secreto de las proposiciones, garantía esencial del principio de concurrencia e igualdad de los licitadores. Se considera, además, que para conseguir ese carácter secreto de las ofertas ha de hacerse una interpretación formalista de las exigencias prescritas por el RCAP, que vendría avalada por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado en informe 38/2007. Se estima, por tanto, que sólo puede considerarse como “sobre cerrado” aquél a cuyo contenido únicamente se pueda acceder tras realizar una operación que implique alterar el envoltorio, de modo que no pueda reponerse su estado al momento anterior a su manipulación. Dichas características no concurren en la forma en que se presentó la documentación por la recurrente, por lo que la Mesa, en interpretación razonable de las

cláusulas del Pliego, decidió inadmitir a la recurrente, lo que excluye cualquier arbitrariedad. Asimismo, el criterio aplicado respecto de la mercantil interesada también se aplicó a otras empresas que concurrieron a la licitación y de la que fueron excluidas por idéntico motivo, sin que quepa apreciar, por tanto, vulneración alguna del principio de igualdad.

A la alegación de no haber posibilitado la subsanación del defecto advertido, se contesta que éste afectaba a la falta o incumplimiento de un requisito exigido para la contratación, y no a la mera ausencia de acreditación del requisito, única susceptible de subsanación.

Matiza, además, el alcance de la STS de 10 de noviembre de 2006, alegada por el recurrente, al considerar que los fragmentos que la empresa interesada incorpora a su impugnación no forman parte de los razonamientos jurídicos del órgano jurisdiccional, sino que reproducen un acuerdo del órgano de contratación del Consejo General del Poder Judicial, una de cuyas actuaciones constituyen el objeto del litigio. Éste, además, versaría sobre un concurso de adopción de tipo, cuyas características hacen menos relevante que otras empresas concursantes puedan conocer el contenido de las proposiciones.

Rechaza, finalmente, las alegaciones relativas a otros concursos similares y la petición de suspensión de eficacia del acto recurrido.

Frente a la orden desestimatoria del recurso, se indica expresamente a la mercantil interesada la posibilidad de interponer el recurso contencioso-administrativo y el plazo para hacerlo.

**UNDÉCIMO.-** El 30 de diciembre la mercantil insta la revisión de oficio de las Órdenes de 16 de julio y 18 de noviembre de 2009, de la Consejería de Economía y Hacienda, al considerar que incurren en los vicios de nulidad establecidos por el artículo 62.1, letras a) y e) LPAC, es decir, que lesionan derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional y *“no se ha respetado en absoluto el procedimiento para la aprobación del acto confirmado al resolverse el recurso de reposición”*. La infracción del procedimiento estriba, según la actora, en que se ha considerado indebidamente ajustado a Derecho el procedimiento seguido para evaluar y calificar las ofertas, vulnerándose además los artículos 14 y 20 de la Constitución, considerando que se han dictado los actos con ausencia total del procedimiento.

Insiste en las alegaciones formuladas en el recurso de reposición, indicando que exigir requisitos adicionales (sobres precintados, no meramente cerrados) a los previstos en el Pliego y

excluir, con fundamento en tal exigencia, a un licitador de un concurso sin darle oportunidad de subsanar el defecto advertido en la presentación de la documentación, supone desconocer totalmente el procedimiento a seguir y determina la infracción del principio constitucional de igualdad y no discriminación consagrados por los artículos 14 CE y 11 TRLCAP, y la adopción de un acto arbitrario. El razonamiento de la actora es el que sigue: *“todos los licitadores tienen un objetivo común: resultar adjudicatarios del concurso para la concesión del servicio público de radiodifusión sonora en ondas métricas con modulación de frecuencia. Por tanto, es evidente, como reconoce el Tribunal Constitucional, que estamos ante situaciones no desiguales, o lo que es lo mismo, situaciones iguales”*.

Se alega, asimismo, que la actuación del órgano de contratación, al excluir a la actora del concurso no respeta el pluralismo como valor consagrado en el artículo 20 de la Constitución, considerando que *“ha recibido un trato arbitrariamente discriminatorio por el órgano de contratación respecto del resto de licitadores que habiendo presentado sus ofertas en sobres cerrados no han sido excluidos”*.

La pretensión de la mercantil actora es que se declare la nulidad de los actos impugnados y se suspenda su eficacia.

**DUODÉCIMO.-** El 27 de enero de 2010, el Jefe del Servicio Jurídico de la Consejería de Economía y Hacienda emite informe que concluye declarando la procedencia de desestimar la solicitud de revisión de oficio, tras descartar la posibilidad de su inadmisión a trámite, si bien apunta que quizás podría llegar a inadmitirse por aplicación del último inciso del artículo 102.3 LPAC, es decir, que se hubieran desestimado en cuanto al fondo otras pretensiones sustancialmente iguales, toda vez que la mercantil interesada ya instó la nulidad de la Orden que la excluía del concurso en vía de recurso de reposición. No obstante, en aplicación de la doctrina que aboga por la interpretación restrictiva de los supuestos de inadmisión de las solicitudes de revisión de oficio, considera procedente admitir la acción de nulidad ejercitada.

En cuanto al fondo, manifiesta el informe que se reproducen las alegaciones sostenidas por la actora en su recurso de reposición, por lo que también han de reiterarse las motivaciones que llevaron a su desestimación. Se indica, asimismo, que no concurren las circunstancias que la doctrina del Tribunal Constitucional exige para entender vulnerado el principio de igualdad (identidad sustancial de las situaciones jurídicas objeto de comparación, trato desigual no fundado en razones objetivas y que el juicio de igualdad se desarrolle en el marco de la legalidad, pues no cabe invocar la igualdad en la ilegalidad), pues la interpretación que la Mesa realizó de los Pliegos

fue razonable y motivada y se aplicó por igual a todos los licitadores. No hay, por tanto, actuación arbitraria en la decisión de la Mesa que, en uso de su discrecionalidad técnica, excluye del concurso a la empresa actora.

Tampoco cabe apreciar una ausencia total y absoluta del procedimiento legalmente establecido en la estricta interpretación que de esta causa realiza la jurisprudencia, pues para el dictado de las Órdenes impugnadas se siguió el *iter* establecido por las normas aplicables en cada caso.

Se considera improcedente, asimismo, acceder a la suspensión de la eficacia de las Órdenes impugnadas.

**DECIMOTERCERO.-** Con fundamento en el indicado informe, la Consejera de Economía y Hacienda formula propuesta de resolución desestimatoria de la revisión de oficio, para su elevación al Consejo de Gobierno, órgano competente para su resolución, previa emisión del preceptivo informe de la Dirección de los Servicios Jurídicos y del presente Dictamen.

**DECIMOCUARTO.-** El 15 de febrero informa la Dirección de los Servicios Jurídicos en sentido favorable a la desestimación de la revisión de oficio solicitada, pues coincide con los criterios expresados por el Servicio Jurídico de la Consejería consultante, que niegan la concurrencia de las causas de nulidad invocadas por la actora. Así, respecto de la vulneración del principio de igualdad, se insiste en que el criterio adoptado por la Mesa de Contratación para inadmitir la documentación presentada por la empresa fue también aplicado a las otras mercantiles concursantes que habían presentado la documentación en similares circunstancias.

En cuanto a la omisión del procedimiento legalmente establecido, los argumentos esgrimidos por la empresa excluida lo son de fondo, pues se refieren a la interpretación a dar a la expresión “sobre cerrado” que usan los Pliegos.

Descartada la existencia de vicios de nulidad en las Órdenes impugnadas, la Dirección de los Servicios Jurídicos analiza tanto la jurisprudencia invocada por la actora en defensa de sus intereses como la doctrina de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, y también la disyuntiva que se plantea en el supuesto entre una interpretación literalista de la norma, que conduce a la inadmisión de las proposiciones que no cumplan con las formalidades exigidas, y una finalista o teleológica que, priorizando el principio de concurrencia, determinaría que los defectos formales que no afecten a la igualdad de los licitadores no obstaculicen la máxima

conurrencia entre ellos, afirmando que *“no parece conforme a la lógica jurídica que, en garantía de la igualdad de los licitadores, se excluya a quien sería el principal (o único) perjudicado por la posibilidad de que los demás conozcan su oferta”*. Apunta, además, la necesidad de efectuar un análisis de las circunstancias concretas del caso para dar con la solución más justa atendiendo, en cualquier caso, al más escrupuloso respeto a los principios de igualdad y concurrencia, pues no cabe limitar ésta so pretexto de una interpretación literalista que conduzca a una conclusión absurda en tanto que contraria al sistema legal de la contratación administrativa.

Si la Consejería consultante considerara oportuno subsanar la situación creada, le indica dos posibles vías: la revocación y la declaración de lesividad, si bien considera que esta última opción es la que mayores garantías ofrece para permitir participar mediante un trámite de audiencia, en el procedimiento, al resto de licitadores, admitidos o no al concurso.

**DECIMOQUINTO.-** Solicitado el preceptivo Dictamen del Consejo Jurídico, se emite con el número 61/2010, en sentido desfavorable a la propuesta de resolución desestimatoria de la revisión de oficio instada por la mercantil, al considerar que procede completar la instrucción del procedimiento confiriendo trámite de audiencia a todos los interesados en el expediente de contratación, debiendo el órgano instructor formular nueva propuesta de resolución una vez cumplimentado el referido trámite.

**DECIMOSEXTO.-** Conferido trámite de audiencia a todos los licitadores que se presentaron al concurso y no han retirado su oferta, únicamente presentan alegaciones, además de la mercantil actora en el presente procedimiento de revisión de oficio, las empresas “--, S.L.” y “--, S.L.”, también excluidas de la licitación por la misma causa. Las alegaciones de las tres sociedades son idénticas.

**DECIMOSÉPTIMO.-** Con fecha 23 de junio, el Servicio Jurídico de la Consejería de Economía y Hacienda elabora nuevo informe que reproduce las argumentaciones ya utilizadas en otros anteriores para negar la existencia de las causas de nulidad invocadas por la mercantil actora.

Considera el indicado Servicio que, dada la similitud de la nueva propuesta de resolución con la ya informada por la Dirección de los Servicios Jurídicos, no es preceptivo recabar de nuevo su parecer.

**DECIMOCTAVO.-** Con fundamento en el informe del Servicio Jurídico, se elabora una nueva propuesta de acuerdo de Consejo de Gobierno, desestimatorio de la acción de nulidad ejercitada.

En tal estado de tramitación y una vez incorporados los preceptivos extracto de secretaría e índice de documentos, se remite de nuevo lo actuado en solicitud de Dictamen, mediante escrito recibido en el Consejo Jurídico el pasado 29 de junio de 2010.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

#### **PRIMERA.- Carácter y alcance 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.- Competencia y procedimiento.**

I. La resolución del procedimiento de revisión de oficio instado por la mercantil actora para la declaración de nulidad de las Órdenes de la Consejera de Economía y Hacienda de 16 de julio y 18 de noviembre, ambas de 2009, compete al Consejo de Gobierno, de conformidad con lo establecido 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.

II. En cuanto al procedimiento, cabe dar aquí por reproducidas las consideraciones efectuadas en nuestro Dictamen 61/2010. En cualquier caso, una vez cumplimentadas las actuaciones instructoras que allí calificamos como necesarias, no hay reparo alguno que realizar a la tramitación del procedimiento.

Se coincide con el Servicio Jurídico de la Consejería proponente en la no necesidad de recabar un nuevo informe de la Dirección de los Servicios Jurídicos, dado que las alegaciones formuladas durante el trámite de audiencia, conferido con posterioridad al dictamen de aquella que

obra en el expediente, son idénticas a las ya invocadas previamente por la mercantil actora y sobre las que ya se pronunció el indicado órgano directivo en su informe de 15 de febrero de 2010.

**TERCERA.- Determinación del objeto del presente procedimiento de revisión de oficio.**

Conforme se desprende de los Antecedentes, la mercantil, al amparo de lo establecido en el artículo 102 LPAC, insta la nulidad de pleno derecho de la Orden de 16 de julio de 2009, de la Consejería de Economía y Hacienda, por la que se le excluye del concurso público para la concesión, en régimen de gestión indirecta, del servicio público de radiodifusión sonora en ondas métricas con modulación de frecuencia en la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, y de la Orden de 18 de noviembre de 2009, de la misma Consejería, por la que se resuelve el recurso de reposición interpuesto frente a la primera de las citadas.

Considera la actora que los actos impugnados incurren en los vicios de nulidad establecidos por el artículo 62.1, letras a) y e) LPAC, es decir, que lesionan derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional y que se han dictado prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido.

Indica que exigir requisitos adicionales (sobres precintados, no meramente cerrados) a los previstos en el Pliego y excluir, con fundamento en tal exigencia, a un licitador de un concurso sin darle oportunidad de subsanar el defecto advertido en la presentación de la documentación, supone desconocer totalmente el procedimiento a seguir y determina la infracción del principio constitucional de igualdad y no discriminación consagrados por los artículos 14 CE y 11 TRLCAP, y la adopción de un acto arbitrario.

Se alega, asimismo, que la actuación del órgano de contratación, al excluir a la actora del concurso no respeta el pluralismo como valor consagrado en el artículo 20 de la Constitución, considerando que *“ha recibido un trato arbitrariamente discriminatorio por el órgano de contratación respecto del resto de licitadores que habiendo presentado sus ofertas en sobres cerrados no han sido excluidos”*.

**CUARTA.- De la alegada vulneración del principio de concurrencia e igualdad de los licitadores como causa de nulidad al amparo del artículo 62.1, letra a) LPAC.**

De conformidad con lo establecido en el artículo 26.3 de la Ley 31/1987, de 18 de diciembre, de Ordenación de las Telecomunicaciones (hoy derogada por Ley 7/2010, de 31 de



marzo, General de la Comunicación Audiovisual), la explotación de los servicios de radiodifusión sonora en frecuencia modulada se puede realizar mediante gestión directa por las Administraciones Públicas, o por sus entes públicos, y a través de gestión indirecta por las Corporaciones Locales o por personas físicas o jurídicas.

La actividad consistente en emitir radiodifusión está sujeta a una doble concesión, la de gestión del servicio público y la concesión demanial del dominio público radioeléctrico, dos actos administrativos que, como señala la exposición de motivos del Real Decreto 964/2006, de 1 de septiembre, por el que se aprueba el Plan Técnico Nacional de radiodifusión sonora en ondas métricas, *“aunque de facto se funden en uno solo, ya que en virtud del principio de prevalencia del servicio público la concesión de su gestión lleva consigo la del uso privativo del demanio radioeléctrico, de iure se trata de dos concesiones administrativas distintas, una para la prestación del servicio de radiodifusión y otra para la utilización, con carácter privativo, del dominio público radioeléctrico necesario para la prestación de dicho servicio”*.

Las concesiones de servicios de radiodifusión sonora en ondas métricas con modulación de frecuencias a las entidades privadas se otorgan por las Comunidades Autónomas con competencia en materia de medios de comunicación social, una vez realizada por el indicado Plan Técnico la oportuna reserva de frecuencias.

El supuesto sometido a consulta se incardina en el procedimiento de adjudicación de las indicadas concesiones a particulares en el ámbito de la Comunidad Autónoma, que, calificadas como contrato de gestión de servicios públicos, se lleva a efecto conforme a lo establecido en la normativa de contratos de las Administraciones Públicas, tal y como de forma expresa se contiene en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) que lo rige.

1. Formalidades exigidas a los licitadores en la presentación de la documentación y garantía del principio de igualdad.

Según alega la mercantil actora, la exigencia de presentar la documentación en sobres precintados y no meramente cerrados, constituye un requisito no previsto en los pliegos, que, en la medida en que es determinante de su exclusión del concurso, constituye un acto arbitrario, contrario a los principios de concurrencia e igualdad de los licitadores, proclamados por el artículo 11 TRLCAP.

Dispone este precepto que los contratos de las Administraciones Públicas se ajustarán a los principios de publicidad y concurrencia, salvo las excepciones establecidas en la propia Ley, y, en todo caso, a los de igualdad y no discriminación.

Atendida la causa de nulidad invocada por la mercantil actora, es necesario efectuar una primera delimitación entre los principios de concurrencia y el de igualdad, pues aunque aparecen íntimamente relacionados entre sí, son dos principios diferentes que cuentan a su vez con un grado de protección jurídica igualmente diverso. En efecto, mientras el principio de libre concurrencia persigue una mayor y mejor licitación en beneficio del interés público, lo que relaciona esencialmente este principio con el de publicidad, el de igualdad o no discriminación persigue garantizar la igualdad de oportunidades entre todos los que acuden a la licitación. Por otra parte, sólo la igualdad tiene expreso reconocimiento constitucional como derecho fundamental, con las consiguientes garantías contempladas en el artículo 53.2 CE y, en consecuencia, sólo su vulneración podría ser invocada como supuesto de nulidad al amparo del artículo 62.1, letra a) LPAC. Ocurre, no obstante, que ambos principios están tan conectados entre sí que se ha llegado a afirmar que constituyen dos formas de expresión de la misma realidad o que el uno (la libre concurrencia) es instrumento del otro (el principio de igualdad de los licitadores) (Dictamen del Consejo de Estado 1270/1993), de forma que la vulneración de uno suele conllevar la del otro.

El alcance de estos principios en relación con el procedimiento de selección de los contratistas ha sido reiteradamente establecido por la jurisprudencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, al señalar que *“el procedimiento de selección de contratistas ha de estar orientado en la legislación para garantizar un trato igual a todos los que siendo capaces y no estando incurso en causas de prohibición, aspiren a ser contratistas, puesto que los principios y procedimientos de contratación han de suscitar la libre concurrencia, basada en el presupuesto de la publicidad, lo que constituye la máxima garantía para los intereses públicos”* (STS, 3ª, de 19 de septiembre de 2000). Del mismo modo, la de 17 de octubre de 2000, señala que al consagrarse en nuestro sistema jurídico el principio de libre concurrencia, potenciado con la integración del Estado español en la Unión Europea, queda vedada toda restricción participativa contraria a dicho principio *“que asegura la libertad de concurrencia y que implica una aplicación particularizada a las relaciones derivadas de los contratos administrativos del principio de igualdad ante la ley, cuya manifestación más genuina es la publicidad en la contratación y su incidencia en los distintos sistemas de selección del contratista”*. En el mismo sentido, la STS de 12 de abril de 2005, que de forma explícita afirma su íntima conexión con el artículo 14 de la Constitución, al indicar que *“el principio de igualdad en la licitación está protegido por el artículo 14 de la Constitución”*.

Desde esta perspectiva, una eventual quiebra en el principio de igualdad de los licitadores podría ser considerada como una vulneración del derecho a la igualdad en la aplicación de la Ley consagrado por el artículo 14 CE y, en consecuencia, el acto incurrido en tan grave vulneración del ordenamiento, habría de ser declarado nulo, en aplicación de los artículos 102 y 62.1, letra a) LPAC.

La cuestión estriba, pues, en establecer si la exclusión del concurso basada en la presentación de la documentación en la forma en que lo hizo la mercantil actora, comporta una quiebra del principio de igualdad de los licitadores.

A tal efecto, es necesario acudir a las normas rectoras de las formalidades exigibles en la presentación de la documentación. La norma legal aplicable por razones temporales es el artículo 79.1 TRLCAP, reproducida en el artículo 80 RCAP, que impone el carácter secreto de las proposiciones. Se trata, afirma el Tribunal Supremo en sentencia de 20 de noviembre de 2009, de garantizar no sólo la igualdad entre los licitadores sino también de evitar que el poder adjudicador, o Administración contratante, conozca su contenido con anterioridad al acto formal de apertura de las ofertas, favoreciendo una determinada adjudicación en razón a ese conocimiento previo. Mediante tal exigencia se pretende que el proceso sea objetivo y desarrollado con absoluta limpieza, sin interferencias.

En el mismo sentido se expresa la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en informe 62/2008, de 22 de diciembre, el cual si bien referido a la contratación en los denominados sectores excluidos, efectúa reflexiones claramente extensibles a los contratos administrativos sometidos a la legislación general de contratos.

En consecuencia, el secreto de las proposiciones se inspira y tiende a garantizar el derecho de igualdad de trato de los licitadores, lo que impone a éstos unas exigencias formales en la presentación de las ofertas, acordes con el mandato dirigido por el artículo 79.1 TRLCAP a la Administración adjudicadora para que arbitre los medios que garanticen tal secreto, hasta el momento de la licitación pública. Al respecto, es claramente ilustrativa la STSJ de Baleares, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 11 de enero de 2006, al afirmar que *“en materia de contratación pública el respeto a los trámites formales que regulan la separación de fases dentro del proceso y el mantenimiento del secreto de las proposiciones hasta la llegada del acto de apertura pública de las mismas, son principios que deben ser respetados a ultranza con independencia de las vicisitudes del caso concreto ya que si se admiten excepciones puntuales a*

*preceptos legales claros y contundentes, se están menoscabando los cimientos sobre los que se asienta la regulación de la contratación pública, por afectar a la igualdad en la concurrencia y a la infranqueable separación entre actuaciones públicas y actuaciones que deben permanecer secretas hasta un momento determinado”.*

## 2. Exigencia de un requisito no contenido en los pliegos.

Expuesta la doctrina general acerca del fundamento y la función que persiguen las formalidades exigidas a los licitadores en la presentación de la documentación, cabe ya atender al caso concreto sometido a consulta, para lo cual habrá de establecerse en primer lugar si la exigencia del requisito de que la documentación fuera presentada en sobre precintado, es distinta a la exigencia de “sobre cerrado” que figura en los pliegos, pues, si así fuera, la fijación por la Administración de un requisito no contemplado en los pliegos supondría una quiebra del principio de igualdad de trato, conforme a la jurisprudencia comunitaria expresada en sentencias STJCE 1993/98, de 22 de junio de 1993 y 2006/35, de 9 de febrero de 2006. Esta última afirma de forma categórica que *“los principios de transparencia y de igualdad de trato que rigen todos los procedimientos de adjudicación de contratos públicos, según los cuales deben definirse claramente por anticipado todos los requisitos de fondo y de forma relativos a la participación en la licitación, exigen que (...) los interesados puedan conocer exactamente los imperativos del procedimiento y tener la seguridad de que los mismos imperativos se aplican a todos los participantes”.*

Ahora bien, el pliego y los requisitos en él establecidos no pueden ser interpretados de forma aislada, sino integrándolos con las prescripciones legales que rigen las formalidades a seguir en la presentación de la documentación. Por ello, la expresión “sobre cerrado”, utilizada por el apartado 20.1 PCAP ha de entenderse a la luz del artículo 79.1 TRLCAP y, en consecuencia, habrá de considerarse como tal al envoltorio que garantice la confidencialidad o secreto de la oferta técnica hasta el preciso momento en que deba ser conocida. Tal garantía, en la estricta interpretación realizada por la Mesa, no se alcanza con la forma en que la mercantil actora presentó la documentación (en carpetas, dentro de una caja cerrada con una goma elástica), toda vez que cuando el indicado órgano, para calificar la documentación general (cláusula 23 PCAP) abre la caja, tiene acceso a toda la documentación presentada por la mercantil, tanto a la general, única que debía ser conocida en ese momento, como a la proposición en sentido estricto, entendida como la oferta y documentación técnica necesaria para su valoración, cuyo conocimiento y apertura había de producirse posteriormente y en acto público (art. 83 RCAP), en el que tanto la Administración como el resto de concursantes conocerían por primera vez el contenido de todas las proposiciones.

Desde esta perspectiva, la inadmisión de las ofertas en que la documentación haya sido presentada en forma que incumpla los requisitos establecidos en el ordenamiento con respecto al secreto de las mismas, no puede entenderse como una quiebra del principio de igualdad de los licitadores, sino antes bien como una consecuencia del mismo.

No obstante, una línea jurisprudencial del Tribunal Supremo, en sentencia de su Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 20 de noviembre de 2009 y, antes, en la de 10 de noviembre de 2006, propugna una interpretación teleológica de las formalidades exigibles a la documentación presentada a la licitación y relativiza el efecto de la quiebra del secreto de las proposiciones, cuando aquel a quien se le imputa dicha vulneración por un error involuntario no ha obtenido una posición de ventaja respecto al resto de los licitadores; pero no ha de olvidarse que el propio Tribunal insiste de forma reiterada en ambas sentencias en que sus consideraciones vienen referidas a un contrato totalmente atípico y de naturaleza *sui generis*, como es el de adopción de tipo de bases de datos de legislación y jurisprudencia para su utilización por los miembros de la Carrera Judicial, en el que el conocimiento de los extremos contenidos en la documentación presentada al concurso no afectaba a la oferta, extremo éste que lo diferencia sustancialmente del contrato a que se refiere el presente Dictamen. No debe obviarse, además, que, como señala la propia STS de 20 de noviembre de 2009, la finalidad perseguida por las normas que establecen y garantizan el secreto de las proposiciones, es la garantía no sólo de la confidencialidad de las ofertas entre los licitadores *“sino también de evitar que el poder adjudicador, o Administración contratante, conozca su contenido con anterioridad al acto formal de apertura de las ofertas, favoreciendo una determinada adjudicación en razón a ese conocimiento previo”*.

En atención a lo expuesto, y aunque una interpretación finalista de las normas que rigen las formalidades exigibles a la presentación de la documentación en sede de contratación administrativa, como pone de manifiesto la Dirección de los Servicios Jurídicos, podría amparar una conclusión contraria a la exclusión decidida por la Mesa, lo cierto es que en un procedimiento extraordinario y de cognición limitada como el de revisión de oficio, la rigurosa interpretación literal realizada por aquélla no puede entenderse como contraria al principio de igualdad de los licitadores y, por extensión, al derecho de igualdad en la aplicación de la Ley consagrado por el artículo 14 CE. Y es que el carácter extraordinario (*“cauce de utilización excepcional y de carácter limitado”*, según el Dictamen del Consejo de Estado núm. 3.380/98, de 8 de octubre) que es propio de los procedimientos de revisión de oficio, impone una interpretación estricta de las normas reguladoras de esta vía impugnatoria y de las causas de nulidad que habilitan su uso, pues en definitiva se trata de abrir un debate fuera de los cauces ordinarios y que, en el caso sometido a consulta, cabe

identificar con la impugnación ante la jurisdicción contencioso-administrativa de las órdenes aquí atacadas, vía que, en el momento de ejercer la acción de nulidad ante la Administración, todavía tenía expedita la mercantil actora al no haber transcurrido el plazo de dos meses desde la notificación de la Orden por la que se resolvía el recurso de reposición interpuesto frente a su exclusión de la licitación.

De otro modo, es decir, de enjuiciarse en este singular procedimiento revisorio la legalidad de la actuación administrativa, más allá de los estrechos márgenes que impone su extraordinario carácter, 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).

### 3. Igualdad de trato a todos los licitadores.

Descartado que la interpretación realizada por la Mesa de Contratación respecto a las exigencias formales en la presentación de la documentación vulnerara el principio de igualdad de los licitadores, tampoco puede apreciarse tal quiebra en la actuación subsiguiente del indicado órgano, que dispensó el mismo trato a todos los licitadores que presentaron la correspondiente documentación en forma tal que no se garantizara el secreto de las proposiciones.

En línea con la conocida doctrina constitucional reseñada por la propuesta de resolución respecto al derecho de igualdad y a las condiciones que han de darse para declarar su quiebra, señala la STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 5 de octubre de 1999, en un supuesto de alegada discriminación entre los licitadores, que, para apreciar una vulneración del artículo 14 CE, debe darse “*la presencia de dos presupuestos esenciales, cuales son la aportación de un término de comparación que acredite la igualdad de supuestos y que se trate, en todo caso, de un cambio de criterio con una motivación irrazonable o arbitraria*”.

De la lectura de las actas de la Mesa de Contratación, y en especial de la que obra a los folios 192 y siguientes del expediente, se advierte que otras dos empresas, además de la reclamante, fueron inadmitidas al concurso por presentar la documentación en idéntica forma, que no garantizaba el secreto de las proposiciones, sin que la mercantil actora aporte un término de comparación válido -empresa licitante que, presentando la documentación en las mismas condiciones que la interesada, hubiera sido admitida al concurso- que permita apreciar la existencia de un cambio de criterio irrazonable o arbitrario del órgano actuante. La no acreditación de ese

obligado *tertium comparationis* cuya carga probatoria corresponde a la actora (STC 130/2007, de 4 de junio) impide considerar que la actuación de la Mesa de Contratación respecto de aquélla fuera discriminatoria.

Procede, en consecuencia, desestimar la alegación relativa a la vulneración del derecho de igualdad, en su manifestación como igualdad de trato de los licitadores, propia del ámbito de la contratación administrativa.

Del mismo modo y dada la esencial vinculación que la mercantil actora establece en sus alegaciones entre la vulneración del derecho de igualdad y la del pluralismo como valor consagrado en el artículo 20 CE, la no apreciación de trato discriminatorio entre los licitadores ha de conllevar también la desestimación de la pretendida vulneración del indicado valor.

**QUINTA.- La causa de nulidad del artículo 62.1, letra e) LPAC.**

De los términos en que se expresa la acción de nulidad formulada por la interesada y de las alegaciones presentadas ante el Consejo Jurídico, cabe entender que aquélla considera que las Órdenes impugnadas incurrir en la causa de nulidad contemplada en el artículo 62.1, letra e) LPAC, por haber sido dictadas tras exigir requisitos adicionales a los previstos en el Pliego y excluir, con fundamento en tal exigencia, a un licitador de un concurso sin darle oportunidad de subsanar el defecto advertido en la presentación de la documentación, lo que supone desconocer totalmente el procedimiento a seguir.

Ha de recordarse la constante doctrina según la cual el empleo de los dos adverbios que utiliza el artículo 62.1, letra e) LPAC "total y absolutamente" recalca "*la necesidad de que se haya prescindido por entero, de un modo manifiesto y terminante, del procedimiento obligado para elaborar el correspondiente acto administrativo; o bien de algunos de sus trámites esenciales que se pueda equiparar a esa omisión total. Junto a lo anterior, precisamente para ponderar la especial gravedad del vicio que se alega, ha de analizarse si se causó indefensión al interesado, para lo que habrán de tenerse en cuenta, entre otras circunstancias, las consecuencias que sufrió por tal conculcación y lo que hubiera podido variar el acto administrativo originario en caso de haberse observado el trámite omitido*" (Dictamen del Consejo de Estado 670/2009). Y es que, en la interpretación estricta que demanda esta causa de nulidad, ha de ser puesta en relación con la función de garantía inherente a la exigencia de que el ejercicio de las potestades y competencias administrativas se actúe a través de un procedimiento, a la vez garantía de los ciudadanos y del interés público. Por ello, la eventual concurrencia de esta causa de nulidad no debe examinarse

desde una perspectiva formalista, sino desde una óptica sustantiva, en la que lo decisivo no es tanto la ausencia de uno o varios trámites, como que no se hayan respetado los principios o reglas esenciales que informan el procedimiento (Dictamen del Consejo de Estado 2183/2003).

En cuanto a las exigencias formales en la presentación de los documentos, cabe reiterar lo indicado en la Consideración Cuarta de este Dictamen, por lo que procede centrar ahora nuestra atención en la omisión del requerimiento de subsanación del defecto que, según la actora, debía haberse efectuado por la Administración antes de proceder a su exclusión del concurso.

En efecto, el artículo 81.2 RCAP dispone que si la Mesa observa defectos u omisiones subsanables en la documentación presentada, lo comunicará a los licitadores, concediéndoles un plazo para que los corrijan o subsanen ante la propia mesa de contratación. En el mismo sentido se expresa la Cláusula 23 PCAP.

Según la propuesta de resolución sometida a consulta, no se efectuó tal requerimiento de subsanación al considerar que el defecto que presentaba la documentación era insubsanable, pues no se trataba de una insuficiente acreditación documental de un requisito, sino del incumplimiento del requisito mismo.

Coincide el Consejo Jurídico en apreciar el carácter insubsanable del defecto advertido en la presentación de la solicitud, toda vez que el efecto del mismo, es decir, la ruptura del secreto de las proposiciones, se produce en el preciso instante en que se advierte el defecto, y tal efecto es, ya y desde ese momento, irreparable (STSJ Cataluña, Sala de lo Contencioso-Administrativo, sentencia núm. 467/2008 de 27 mayo). No siendo el defecto advertido susceptible de subsanación, falta el presupuesto de hecho contemplado por la norma para convertir en preceptivo el requerimiento a tal efecto, pues éste sólo opera cuando la Mesa "*observase defectos u omisiones subsanables*" (art. 81.2 RCAP)

En consecuencia, no se aprecia en el supuesto sometido a consulta el motivo de nulidad radical previsto en el artículo 62.1, letra e) LPAC, en los términos alegados por la accionante de nulidad, pues no existe prescindencia total y absoluta del procedimiento legalmente establecido para dictar la resolución por la que se le excluye del concurso.

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



## **CONCLUSIÓN**

**ÚNICA**.- Se dictamina favorablemente la propuesta de resolución desestimatoria de la solicitud de revisión de oficio de las órdenes impugnadas, al no apreciar el Consejo Jurídico que incurran en las causas de nulidad invocadas por la mercantil actora.

No obstante, V.E. resolverá.



---

**DICTAMEN 161/2010**

**Asunto** Revisión de oficio de diversas Órdenes de la Consejería por la que se inadmitía a - -, S.L., del concurso público para la concesión de frecuencias de radiodifusión sonora.

**Consultante** Consejera de Economía y Hacienda

**Fecha** 16/09/2010

**Extracto de Doctrina**

Nota: igual doctrina que la expresada en el Dictamen 160/2010.



## DICTAMEN 162/2010

<b>Asunto</b>	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.
<b>Consultante</b>	Consejera de Sanidad y Consumo
<b>Fecha</b>	16/09/2010

### Extracto de Doctrina

Cuando el perjudicado no utiliza el paso de peatones, optando por otras vías no habilitadas al efecto, asume lo que la doctrina entiende en lo referente a la responsabilidad objetiva como teoría del riesgo aceptado.

### ANTECEDENTES

**PRIMERO.-** X. presenta el día 17 de junio de 2009 en el Registro de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia (Ventanilla Única de Lorca), escrito dirigido a la Consejería de Sanidad mediante el que interpone reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos como consecuencia de una caída en la salida de la cafetería del Hospital Rafael Méndez de Lorca (en lo sucesivo, HRM).

Describe que el 2 de octubre de 2008, sobre las 9 horas, al salir de la cafetería del HRM, donde presta sus servicios como enfermera, sufrió una caída debido a que al bajar de la acera introdujo el pie en un agujero existente en la calzada.

Manifiesta la reclamante que *“como consecuencia de la caída, debido al mal estado de la calzada sufrí lesiones, por las que tuve que ser asistida en el servicio de Urgencias del Hospital Rafael Méndez de Lorca, diagnosticándome esguince de tobillo derecho”*.

Indica, asimismo, que fueron testigos del accidente una serie de personas de las que señala nombre, apellidos y número de sus documentos nacionales de identidad.

Por los hechos descritos que la interesada imputa a la Administración por no haber observado su obligación de mantener la calzada en condiciones de seguridad o, al menos, haber señalizado el mal estado de la misma, se reclama la cantidad de

11.950,71 euros en concepto de días de baja y secuelas según detalle que se recoge al folio 7 del expediente.

Acompaña el parte del Servicio de Urgencias del HRM, fotografías del lugar donde ocurrieron los hechos descritos, así como documentos correspondientes al tratamiento médico recibido en x.

Finalmente, propone como medios de prueba la documental, confesión de la reclamante, testifical de las personas que presenciaron los hechos y reconocimiento del lugar del accidente.

**SEGUNDO.-** Subsanadas, a instancia del Servicio de Jurídico del Servicio Murciano de Salud (SMS), una serie de deficiencias observadas en el escrito de reclamación, por el Director Gerente del SMS se dictó resolución de admisión a trámite de la reclamación presentada que fue notificada a las partes interesadas.

**TERCERO.-** El 6 de agosto de 2009 la instructora solicita a la Gerencia del HRM la historia clínica de la reclamante, el informe de los profesionales que asistieron a la paciente, 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 del Servicio de Urgencias de 2 de octubre de 2008, con el siguiente Juicio Diagnóstico: “esguince tobillo derecho” .

Igualmente, se remitió informe elaborado por el Jefe del Servicio de Mantenimiento del Hospital con fotografías del lugar, que señala lo siguiente:

*“Tenemos constancia de que se produjo la caída a causa de la irregularidad del firme asfaltado de la calzada, pues personal del Servicio de Seguridad y Vigilancia que estaba cerca del accidente, nos alertó al Servicio de Obras y Mantenimiento de lo sucedido en aquel tiempo, procediendo de inmediato a señalar la zona y a realizar al día siguiente un relleno superficial de cemento y repaso con alquitrán líquido, que con el paso del tiempo el color negro de este último va desapareciendo. Ver fotografías 1.1 y 1.2*

*La causa de la irregularidad del firme en esta zona de la carretera interior se debe al desgaste que ocasionan los vehículos en el asfalto en las paradas y arranques, siendo este punto*

*en concreto el que viene siendo utilizado habitualmente por los conductores para estacionar y recoger a personas, Ver fotografías 1.3, 2.1 y 2.2.*

*Por otra parte, es mi deber aclarar la siguiente cuestión puramente técnica y objetiva, sin entrar en más consideraciones sobre este asunto, y es la siguiente:*

*La calle objeto del accidente, dispone de las siguientes partes, la calzada central o carretera destinada exclusivamente al tráfico rodado, las aceras laterales de adoquín para circulación de peatones y los pasos de cebra también de adoquín y perfectamente señalizados para el paso de peatones. Ver fotografías 2.1 y 2.2”.*

**CUARTO.-** En relación con la prueba propuesta por la interesada la instructora declara pertinente la documental, incorporando al expediente los documentos que se acompañaban al escrito de reclamación; sin embargo, se consideran innecesarias el resto de las propuestas, al estimar que los hechos que se pretenden acreditar con su práctica han quedado suficientemente probados con los documentos y fotografías que obran en el procedimiento.

**QUINTO.-** Otorgado trámite de audiencia a las partes interesadas, reclamante y aseguradora del SMS, la primera formula alegaciones mediante escrito que presenta en el día 30 de noviembre de 2009, en las que reitera lo expuesto en su escrito inicial de reclamación.

**SEXTO.-** La propuesta de resolución, de 28 de diciembre 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.

**SÉPTIMO.-** Con fecha 26 de enero de 2010 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.

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 2 de octubre de 2008, la interesada fue dada de alta médica el 10 de enero de 2009 y el escrito de reclamación fue presentado el 17 de mayo de 2009, 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.

**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 y el informe del Jefe de Servicio de Mantenimiento, ambos del HRM, que la interesada sufrió un esguince de tobillo el 2 de octubre de 2008, cuando, procedente de la cafetería del Hospital, bajó de la acera e introdujo el pie en una irregularidad del firme del asfaltado de la calzada.

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 (irregularidad del firme según el técnico o agujero 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 utilizado la franja de peatones, no se hubiese producido el accidente, existiendo, por tanto, culpa exclusiva de la reclamante”*.

En efecto, el informe emitido por el Jefe de Mantenimiento destaca que *“la calle objeto del accidente, dispone de las siguientes partes, la calzada central o carretera destinada exclusivamente al tráfico rodado, las aceras laterales de adoquín para circulación de peatones y los pasos de cebra también de adoquín y perfectamente señalizados para el paso de peatones”*, lo que permite apreciar que la interesada, a pesar de contar con una zona especialmente habilitada para el tránsito de peatones, invadió la calzada cuyo uso está reservado al tránsito de vehículos, lo que lleva a este Órgano Consultivo a coincidir con el parecer de la instructora en que el comportamiento de la reclamante implica la ruptura del nexo causal.

En igual sentido se pronunció este Consejo Jurídico en su Dictamen 118/2009, emitido en un supuesto muy similar al que nos ocupa, con cita de las Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de la Región de Murcia, Sala de lo Contencioso Administrativo, de 28 de noviembre y 14 de diciembre de 2007, en las que se considera que cuando el perjudicado no utiliza el paso de peatones, optando por otras vías no habilitadas al efecto, asume lo que la doctrina entiende en lo referente a la responsabilidad objetiva como teoría del riesgo aceptado.

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 163/2010**

**Asunto** 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

**Fecha** 16/09/2010

**Extracto de Doctrina**

Nota: igual doctrina que la expresada en el Dictamen 53/2010.



**DICTAMEN 164/2010**

**Asunto** Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hijo, debida a accidente escolar.

**Consultante** Consejero de Educación, Formación y Empleo

**Fecha** 16/09/2010

**Extracto de Doctrina**

Nota: igual doctrina que la expresada en el Dictamen 1/2010.



## DICTAMEN 165/2010

<b>Asunto</b>	Proyecto de Decreto por el que se aprueba el reglamento de derechos y obligaciones de viajeros del transporte por carretera de la Región de Murcia.
<b>Consultante</b>	Consejero de Obras Públicas y Ordenación del Territorio
<b>Fecha</b>	20/09/2010

### Extracto de Doctrina

La finalidad de los referidos preceptos legales es que se establezca un régimen general aplicable a todos los usuarios de cada clase de transporte, sin perjuicio de otras condiciones particulares que, a partir de las indicadas condiciones generales, puedan establecerse en el respectivo título concesional.

### ANTECEDENTES

**PRIMERO.-** El 22 de enero de 2009 la Subdirectora General de Transportes emite una memoria económica respecto de un anteproyecto de Decreto por el que se pretende aprobar una norma reglamentaria reguladora de los derechos y obligaciones de los usuarios del transporte público regular de uso general de viajeros por carretera de competencia de esta Comunidad Autónoma. En dicho informe se expresa que la futura norma no genera ni implica nuevas obligaciones económicas ni una disminución de ingresos, por lo que no tiene repercusiones presupuestarias.

**SEGUNDO.-** El 9 de febrero de 2009, la Sección de Estudio y Desarrollo del Transporte por Carretera de la Dirección General de Transportes y Puertos emite un informe sobre el impacto por razón de género de la disposición, favorable a su aprobación.

**TERCERO.-** El mismo día, el Servicio Jurídico-Administrativo y de la Junta Arbitral de Transportes de dicha Dirección informa favorablemente el borrador.

**CUARTO.-** El 25 de febrero de 2009 el Servicio Jurídico de la Secretaría General de la Consejería de Obras Públicas y Ordenación del Territorio informa favorablemente el anteproyecto, indicando, no obstante, su incidencia sobre la Orden de dicha Consejería de 4 de diciembre de 2003 por la que se establecen normas de pago de los billetes en los servicios regulares

permanentes de uso general de transporte por carretera, lo que debe tenerse en cuenta en el borrador.

**QUINTO.-** El anteproyecto fue sometido a información pública por un plazo de 15 días, trámite publicado en el BORM de 2 de julio de 2009.

**SEXTO.-** Mediante oficios de 20 de julio de 2009, la Directora General de Transportes y Puertos remite el anteproyecto a diversas entidades interesadas, de entre las que formularon alegaciones el Ministerio de Fomento (indicando que el texto versa sobre una competencia de la Comunidad Autónoma), Federación Nacional Empresarial de Transporte en Autobús (FENEBUS Murcia), CCOO, UGT y diversas Consejerías de la Administración regional, favorables en general al texto, con observaciones puntuales para su mejora técnica.

**SÉPTIMO.-** El 24 de agosto de 2009 el Asesor Jurídico de la citada Dirección resume las alegaciones presentadas, y el 27 siguiente el Servicio de Transportes las informa, excepto las de FENEBUS, por entender que ello corresponde a otros Servicios.

**OCTAVO.-** Elaborado un nuevo borrador, fue remitido al Consejo Económico y Social (CES) para la emisión de su informe, lo que cumplimentó el 30 de octubre de 2009, siendo, en general, favorable su dictamen, advirtiendo no obstante la necesidad de que se analicen las alegaciones de FENEBUS, y realizando observaciones puntuales para la mejora del texto en lo relativo al pago de los billetes y las reclamaciones de los usuarios, esencialmente.

**NOVENO.-** El 19 de noviembre de 2009 el Servicio de Transportes informa sobre las observaciones del dictamen del CES, pronunciándose favorablemente a su estimación.

**DÉCIMO.-** El 20 de noviembre de 2009, el Servicio de Inspección y Sanciones de dicha Dirección General emite informe sobre el anteproyecto, siendo, en general, favorable, con observaciones puntuales de mejora técnica del texto, atinentes, esencialmente, a su coordinación con la Orden de la Consejería de 19 de abril de 2004, sobre normas de control de los servicios públicos de transporte de viajeros por carretera, y el seguro de responsabilidad civil.

**UNDÉCIMO.-** El 26 de noviembre de 2009, la Subdirectora General de Transportes emite informe en el que propone la modificación del anteproyecto en diversos extremos, no sustanciales, para acoger la mayoría de las observaciones realizadas por el CES y los informes previos.

**DUODÉCIMO.-** El 1 de diciembre de 2009 se publicó en el BORM la Ley 10/2009, de 30 de noviembre, de creación del Sistema Integrado de Transporte Público de la Región de Murcia y Modernización de las Concesiones de Transporte Público Regular Permanente de Viajeros por Carretera (en adelante, Ley 10/09).

**DECIMOTERCERO.-** Elaborado un nuevo borrador de anteproyecto con fecha 2 de diciembre de 2009, fue remitido a la Dirección de los Servicios Jurídicos para la emisión de su preceptivo informe, que fue evacuado el 20 de enero de 2010, favorable, en general, al texto, si bien advirtiendo la insuficiencia de la memoria económica, así como que no se habían incorporado al expediente los informes del Consejo de Transportes de la Región de Murcia y del Consejo Regional de Cooperación Local, a pesar de haberse recabado, realizando observaciones puntuales de mejora técnica del texto, esencialmente relativas a su coordinación con las Órdenes de la Consejería de 4 de diciembre de 2003, sobre normas de pago de billetes en esta clase de transporte, y de 19 de abril de 2004, sobre normas de control de los servicios públicos de transporte de viajeros por carretera, y sobre la prevista habilitación reglamentaria al Consejero.

**DECIMOCUARTO.-** Obran en el expediente certificaciones acreditativas de la emisión de los informes, favorables al texto, emitidos el 14 de julio y 17 de diciembre de 2009 por los órganos consultivos indicados en el punto anterior.

**DECIMOQUINTO.-** El 5 y el 23 de febrero de 2010, el Servicio de Transportes y la Subdirectora General de Transportes informan, respectivamente, sobre las observaciones realizadas por la Dirección de los Servicios Jurídicos y el CES, concluyendo en la procedencia de introducir ciertas modificaciones al borrador para dar respuesta a lo planteado en tales observaciones, dando lugar a un nuevo texto de anteproyecto.

**DECIMOSEXTO.-** Dicho texto, en unión del expediente tramitado y de su extracto e índice reglamentarios, fue remitido a este Consejo Jurídico, en solicitud de su preceptivo Dictamen, por el órgano y en la fecha indicada en el encabezamiento 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 un proyecto de Decreto por el que se pretende aprobar una norma reglamentaria de desarrollo de una ley estatal, aplicable supletoriamente en defecto de ley autonómica, y de una disposición reglamentaria estatal de carácter básico, en los términos que se expondrán en la Consideración Tercera, concurriendo con ello el supuesto previsto en el artículo 12.5 de la ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia.

## **SEGUNDA.- Procedimiento.**

El procedimiento tramitado ha seguido 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, salvo lo que a continuación se dirá.

Aunque se omitió la inicial memoria de legalidad y oportunidad de la norma proyectada, estos aspectos se han abordado a lo largo de la tramitación del expediente. Se ha omitido asimismo el preceptivo informe final del Vicesecretario de la Consejería, lo que deberá subsanarse.

Por otra parte, la memoria económica formulada resulta insuficiente, porque, como hemos señalado en reiterados Dictámenes (nº 108/07, entre otros), no ha de limitarse al coste de eventuales nuevos servicios que se derivasen de la aprobación de la norma, sino que debe realizarse, en todo caso (aun sin creación de nuevos servicios), un análisis estimativo de la repercusión económica de la misma.

Dicho análisis económico debe hacerse hoy a la vista de lo establecido en la Ley regional 10/09, citada en los Antecedentes, vigente desde el 2 de diciembre de 2009, que prevé un sistema de modernización de las citadas concesiones en el que las inversiones a realizar, en los aspectos del transporte allí previstos, depende de lo que resulte del proceso de sustitución o renovación de las concesiones vigentes, de forma que la asunción del coste de tales inversiones corresponderá, bien a los concesionarios que voluntariamente acepten el sistema de prórroga- renovación concesional allí regulado (vía suscripción de unos denominados contratos-programa), bien a la Administración, para las concesiones que no se acojan a este régimen. Así, en su Exposición de Motivos se dice que *“los contratos-programa deberán fijar en detalle las condiciones de prestación de los servicios de transporte y las obligaciones asumidas tanto por la Administración como por los operadores, constituyendo la base contractual que permita el efectivo control (...) así como el punto de partida para la adaptación de las condiciones de prestación de los servicios a la evolución progresiva de las necesidades reales de movilidad de la población”*. Y en su artículo 7.1, a) y c), y

de entre los criterios previstos en la Ley para el establecimiento de condiciones mínimas de prestación de los servicios, a incluir en los contratos-programa que se suscriban, se recogen, entre otros, los relativos a la implantación de sistemas de monética, estándares de información del servicio a los usuarios en tiempo real, y mejora en las condiciones de accesibilidad de las personas con discapacidad, movilidad reducida o deficiencias visuales o auditivas. Como mejoras añadidas a las consideradas mínimas, el número 2 de dicho artículo 7 prevé otras, entre las que no se encuentra la instalación de marquesinas en todas las paradas en que sea posible, previstas en el proyectado artículo 7, por lo que tales inversiones no podrían ser asumidas por los concesionarios en el marco del referido proceso de prórroga-renovación de las concesiones previsto en dicha Ley (aunque sí en los casos de nueva licitación de la concesión), por lo que la asunción del coste de tales marquesinas debería ser asumido, en principio, por la Administración, sin que en el expediente conste ningún estudio económico realizado al respecto.

Esta evaluación económica de las inversiones a realizar en los aspectos del transporte abordados en el proyecto resulta aún más necesaria en la medida en que, como se razonará seguidamente, debe modificarse el alcance aplicativo de la futura norma, pues, por su naturaleza, debe ser de aplicación directa y general a los sujetos del transporte, y no operar en defecto de lo que establezcan los títulos concesionales, como se prevé en el proyecto, según lo que se razonará más adelante.

### **TERCERA.- Competencia autonómica y habilitación normativa.**

#### **I. Competencia autonómica.**

El artículo 10. Uno. Cuatro del vigente Estatuto de Autonomía regional atribuye a esta Comunidad Autónoma la competencia exclusiva, entre otras, en materia de transportes por carretera cuyo itinerario discorra íntegramente en el territorio de la misma. A partir de ello, en la medida en que el objeto del proyecto de Decreto son los servicios de transporte público regular de uso general de viajeros por carretera de titularidad de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia (artículo 1), no cabe realizar objeción alguna desde la perspectiva competencial. Debe añadirse que entre dichos servicios públicos (prestados, como se sabe, mediante concesión administrativa) se encuentran también algunas concesiones que, por discurrir en una pequeña parte por el territorio de otra Comunidad Autónoma, son de competencia estatal, pero sobre las que el Estado ha delegado su gestión en la Comunidad Autónoma por la que predominantemente discurren (mediante Ley Orgánica 5/1987, de 30 de julio).

## II. Habilitación normativa.

1. En defecto de legislación propia autonómica, es aplicable supletoriamente la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres (LOTT), cuyo artículo 40.2 establece que *“la Administración elaborará el catálogo de los derechos y deberes de los usuarios del transporte, cuya difusión y cumplimiento se tutelará por ésta. Los citados deberes vendrán fundamentalmente determinados por el establecimiento de las condiciones generales de utilización del servicio y de las obligaciones de los usuarios”*. A su vez, el artículo 41 de la ley señala que *“1. La Administración establecerá las condiciones generales que habrán de cumplir los usuarios, así como las obligaciones de los mismos en la utilización de los transportes terrestres. 2. El incumplimiento de las condiciones y obligaciones a que se refiere el punto anterior se sancionará conforme a lo previsto en el apartado i) del artículo 142 y en el artículo 173”*.

A la vista de lo anterior, y visto el contenido del Proyecto, se advierte que, junto al Capítulo III, sobre *“los derechos y obligaciones de los viajeros y condiciones generales de utilización”* de los servicios de transporte regular de uso general por carretera (que sería, en principio, el ámbito exclusivo de regulación reglamentaria habilitada por los transcritos preceptos), el proyecto incluye (aparte de un Capítulo I, de disposiciones generales) un Capítulo II, dedicado a regular los *“títulos de transporte”*, un Capítulo IV, sobre *“las obligaciones de las empresas prestatarias de los servicios”* y un Capítulo V, sobre las *“infracciones y sanciones”* aplicables. Sin embargo, ello no significa que lo contenido en estos otros Capítulos no pueda considerarse amparado por las referidas habilitaciones legales, pues, visto su contenido, se trata de determinaciones que pueden considerarse integrantes de condiciones generales de utilización del servicio, estrechamente vinculadas con el haz de derechos de los usuarios de esta clase de transporte, aun cuando sea por la vía indirecta del establecimiento de obligaciones a los titulares de las concesiones, ya que del contenido de aquéllas se desprende que tales obligaciones dan lugar, a su vez, a unos correlativos derechos para los usuarios. Quiere decirse, pues, que, más allá de la sistemática empleada en el proyecto (similar, por otra parte, a la de los análogos precedentes autonómicos, citados más adelante), su contenido puede considerarse globalmente amparado por la necesaria habilitación legal, sin perjuicio de lo que se dirá a continuación.

Así, desde la perspectiva ahora analizada, el principal reparo que puede oponerse se refiere a su prevista aplicación subsidiaria respecto a lo establecido en los títulos concesionales (artículo 1, segundo párrafo). En efecto, a pesar de que los citados preceptos legales prevén el establecimiento de una serie de condiciones *“generales”* de utilización de esta clase de transporte, y que en el párrafo primero del artículo 1 el proyecto establezca que su objeto es regular *“las*



*condiciones generales*” de utilización y prestación de los correspondientes servicios (condiciones que, como se ha dicho, determinan el estatuto general de derechos y deberes de los usuarios del transporte), ello se ve desmentido por el hecho de que, a renglón seguido, en su segundo párrafo, el citado artículo 1 dispone que el reglamento será de aplicación (a los usuarios, personal de las empresas concesionarias y a éstas) *“en cuantas materias no estén reguladas específicamente en las condiciones concesionales, o en el clausulado del convenio de aplicación”*. Es decir, que se configura la regulación proyectada como un cuerpo normativo aplicable en defecto de lo establecido particularmente en cada título concesional, de manera que, en realidad, queda desvirtuado el carácter general de las condiciones de utilización del servicio a que se refiere el precepto en su párrafo anterior. Esto no resulta admisible, pues la finalidad de los referidos preceptos legales es que se establezca un régimen general aplicable a todos los usuarios de cada clase de transporte, sin perjuicio de otras condiciones particulares que, a partir de las indicadas condiciones generales, puedan establecerse en el respectivo título concesional. De hecho, los análogos precedentes normativos de otras CCAA (Decretos 79/1997, de 3 de julio, y 206/2000, de 14 de septiembre, de la Comunidad de Madrid) no limitan la operatividad del estatuto de derechos y deberes del modo en que pretende hacerlo el proyecto informado, lo cual es acorde con la vocación general de tales condiciones de utilización y, en consecuencia, de los correspondientes derechos y deberes de los usuarios del transporte.

Por otra parte, la finalidad de una norma como la proyectada, dirigida a garantizar al usuario el conocimiento de un haz de derechos y deberes que puede exigir –en el primer caso- y respetar en el segundo, en la utilización de un servicio de transporte a los que se refiere el proyecto, conducen a que no se deba supeditar su aplicación a un hecho que normalmente es desconocido para el usuario, como son las condiciones particulares del correspondiente título concesional; por ello, si se mantuviera el segundo inciso del proyectado artículo 1, aquél no estaría en disposición de saber si los derechos y deberes establecidos en la norma a aprobar son efectivamente aplicables hasta conocer lo que pudiera disponer al efecto el correspondiente título concesional; esto no resulta admisible, pues se dificultaría en grado extremo el ejercicio y la reclamación de sus derechos y, en definitiva, se frustraría la finalidad legal de hacer público un catálogo general de derechos de estos usuarios, como pretende el reseñado artículo 40 LOTT.

Por todo lo expuesto, debe suprimirse el segundo párrafo del proyectado artículo 1.

Ahora bien, que las normas establecidas en el proyecto en cuestión deban ser directamente aplicables no significa, claro está, que la Administración no deba ponderar en qué medida la entrada en vigor del Decreto puede afectar al equilibrio económico de las concesiones vigentes,

para adoptar, en aquellos concretos extremos del articulado que lo demandasen, las oportunas previsiones al respecto, como así se ha hecho, por otra parte, en los proyectados artículos 7, último párrafo, y 8.3, en relación con la modernización de los sistemas de información al usuario en las paradas o vehículos, para supeditar su aplicación a los supuestos de renovación o nuevas concesiones, o a la introducción de vehículos nuevos en las concesiones vigentes, respectivamente.

Conforme con lo señalado en la Consideración anterior, el proceso de modernización y renovación-sustitución de las concesiones regulado en la Ley 10/09 debe haber concluido en la etapa relativa a la suscripción de los contratos-programa mediante los que se instrumenta tal proceso. A partir de ello, puede evaluarse en qué medida los derechos reconocidos al usuario y las obligaciones a los titulares de las concesiones establecidas en el proyecto inciden económicamente en las concesiones vigentes, después del indicado proceso de renovación concesional. En cualquier caso, y sin perjuicio de lo que resultare de ese estudio, debe decirse que, en la medida en que la norma que se pretende aprobar ha de tener la anteriormente indicada aplicación directa y general, resulta procedente que, en aquellos concretos y justificados preceptos de su articulado en los que se recojan derechos u obligaciones con relevancia para afectar al equilibrio económico de las concesiones, se establezcan determinaciones como las antes comentadas de los artículos 7 y 8, debiendo añadirse a ellas que la obligación corresponderá a la Administración o al titular de la concesión en los términos en que se hubiera previsto en la misma, tras el proceso de modernización de las concesiones regulado en la Ley 10/09, en su caso, y sin perjuicio de las compensaciones que procedieran en otros supuestos (en este sentido, vid. lo análogamente establecido en la Disposición Final Sexta del Real Decreto 1544/2007, de inmediato comentario).

2. Por otra parte, debe tenerse en cuenta que el Real Decreto 1544/2007, de 23 de noviembre, por el que se regulan las condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación para el acceso y utilización de los modos de transporte para personas con discapacidad, en desarrollo de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, sobre Igualdad de Oportunidades, no Discriminación y Accesibilidad Universal de las Personas con Discapacidad (en adelante, Ley 51/03), establece una serie de condiciones o requisitos que son de obligado cumplimiento en el transporte interurbano de viajeros por carretera (artículo 5.4 y 5), entre otros modos de transporte.

A este respecto, el proyectado artículo 12, como no podría ser de otra manera, recoge la obligación de cumplir con lo establecido en dicho Real Decreto, añadiendo en dicho artículo, en sus apartados 1 y 3, unas determinaciones que vienen a desarrollar lo previsto en dicha norma para el transporte interurbano regular de viajeros por carretera. A estos efectos, del artículo 5.4, a), en

relación con el apartado 1,b) del Anexo IV.2 de dicho RD se desprende la obligación, desde la entrada en vigor del mismo, de que en todos los servicios de transporte regular interurbano en autobús, y en todas las expediciones, se reserven plazas para personas con discapacidad cercanas a los accesos al vehículo. Sin embargo, el apartado 1 del proyectado artículo 12 parece limitar la reserva de asientos, en un 10% del total, a los vehículos que permitan viajeros de pie. Para evitar dudas sobre el ajuste de dicho precepto con el estatal básico, parece lógico que no se limite tal reserva a los citados vehículos, o bien que se establezca una análoga reserva (con un porcentaje de asientos distinto, si así procede) para los vehículos que no permitan viajeros de pie, pues así viene obligado por dicho RD.

Por otra parte, en el proyectado artículo 12, cuando se hace referencia al obligado cumplimiento de dicho RD (junto a otras normas aplicables, como la Ley regional 5/1995, de 7 de abril, sobre promoción de la accesibilidad), se introduce un inciso en el que se hace referencia a su cumplimiento *“especialmente con ocasión de la adscripción de vehículos nuevos y de la construcción y remodelación de estaciones de autobuses y lugares de parada”*; sin embargo, del artículo 5.4 y 5 de dicho RD se desprende que hay obligaciones establecidas en el mismo que son exigibles desde su entrada en vigor (por ejemplo, la antes comentada sobre reserva de plazas) o, en otros casos, en momentos posteriores; por ello, la presencia del inciso antes entrecomillado, unido al hecho de que en los apartados 1 y 3 del artículo 12 comentado se hace una referencia a la inmediatez en el cumplimiento de las obligaciones allí recogidas (pero no otras), resulta en cierto modo inconveniente, en cuanto puede suscitar la duda acerca del momento en que sea exigible lo establecido en dicho RD, que será, obviamente, cuando lo haya dispuesto dicha norma. Por ello, resulta conveniente suprimir tal inciso.

Por último, y en coherencia con lo expuesto anteriormente, considerando que la Disposición Adicional Cuarta de dicho RD establece que el incumplimiento de lo establecido en el mismo será sancionable de conformidad con lo dispuesto en la legislación de infracciones y sanciones en materia de accesibilidad universal y no discriminación, resulta obligado añadir en los proyectados artículos 23 y 24, sobre infracciones y sanciones, el inciso *“...y la Ley 51/2003, de 2 de diciembre..., en sus respectivos ámbitos de aplicación”*, o expresión análoga.

**CUARTA.- El Proyecto dictaminado en relación con otras normas reglamentarias regionales relacionadas con los aspectos regulados por el mismo: procedencia de derogar plenamente la Orden de 4 de diciembre de 2003 y de integrar en aquél lo establecido en la Orden de 24 de abril de 2009.**

La aprobación de toda norma reglamentaria exige ponderar su incidencia sobre las normas del mismo o inferior rango vigentes en la materia que regula, a efectos de determinar el régimen de derogaciones y vigencias que proceda. Uno de los objetivos de la aprobación de una nueva norma debe ser el de procurar eliminar la dispersión normativa que pudiera existir al respecto, en la medida en que ello sea posible y conveniente. Ello depende, en buena medida, de la conexión que exista entre lo regulado en la norma que se pretende aprobar y las vigentes, por cuanto, de existir una estrecha relación entre los aspectos abordados por una y otras, deberá procurarse su integración, lo que facilitará el conocimiento y aplicación del régimen jurídico de que se trate.

Aplicado lo anterior al proyecto que nos ocupa, éste propone, en su Disposición Derogatoria Única, la derogación del artículo 1 de la Orden de 4 de diciembre de 2003, sobre pago de billetes en los servicios del transporte objeto de regulación, lo cual es correcto, porque su contenido se verá alterado por lo previsto en el artículo 4.2 del proyecto; ahora bien, a resultas de tal derogación, de esta Orden sólo quedaría formalmente vigente su artículo 2 (la vigencia de su Disposición Transitoria quedó extinguida por su propio contenido), que se limita a expresar que *“la empresa concesionaria deberá realizar una amplia campaña divulgativa de información al viajero, en la que se comuniquen claramente lo establecido en el artículo anterior”*; y se dice formalmente vigente porque, en la práctica, se habría producido su derogación tácita, en la medida en que el precepto quedaría sin objeto, al haber derogado la nueva norma el artículo 1 al que se refiere. Por ello, procede también su derogación expresa, es decir, y en definitiva, la derogación total de la referida Orden.

Ello se entiende, claro está, sin perjuicio de que en el proyectado artículo 4 se establezca la obligación de la Administración regional y de los titulares de las concesiones de difundir adecuadamente el nuevo régimen de pago de billetes establecido en dicho precepto.

Por otra parte, el proyecto, en su artículo 12.2, aborda de forma parcial lo que regula más completamente en la Orden de la Consejería de Obras Públicas y Ordenación del Territorio de 24 de abril de 2009, reguladora de las condiciones que han de observar los usuarios que viajan con niños en coches, sillas o carritos desplegados en los servicios de transporte público regular de viajeros de uso general por carretera de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia (es decir, el mismo ámbito de transporte regulado por el proyecto). Visto el contenido de dicha Orden, las únicas determinaciones que restarían por incorporar a lo ya dispuesto por el proyecto en esta específica materia sería lo previsto en los artículos 3.1 y 3 y 5.1 de aquélla, debiendo resolverse, además, en todo caso la contradicción que existe entre su artículo 4 (que limita a dos por autobús

el número de coches o sillas de niño desplegados) y lo previsto en el proyectado artículo 12.2, que no contempla ninguna limitación al respecto (derogando, pues, en este punto, lo previsto en aquél).

De lo anterior se desprende, pues, que concurre plenamente la necesaria conexión o relación entre el contenido de la referida Orden y el objeto del proyecto de que se trata, por lo que, conforme con lo dicho al principio, razones de simplificación normativa y de adecuada sistemática aconsejan integrar en éste el contenido de aquélla no incorporado al mismo, en los términos expuestos. En consecuencia con ello, deberá derogarse expresamente dicha Orden.

**QUINTA.- Otras observaciones al proyecto.**

Para la mejora técnica del proyecto, se realizan las siguientes observaciones.

- Título de la disposición, tercer párrafo de la Exposición de Motivos, artículo único del Decreto y artículo 1 del reglamento.

Conforme con lo razonado en la Consideración Tercera, I, y con lo expresado en el artículo 1 del Reglamento a aprobar, el proyecto de Decreto y dicho reglamento versa tanto sobre los derechos y deberes de los usuarios como sobre las condiciones generales de utilización y prestación de los servicios de transporte objeto de regulación. Por ello, al propuesto título del Decreto debería añadirse *“y de condiciones generales de su utilización y prestación”*, o expresión análoga, pues resulta una descripción más completa de su contenido.

La misma adición habrá de hacerse, pues, en las referencias al reglamento realizadas en el artículo único, el índice y la rúbrica del mismo que precede al Capítulo I.

A su vez, en el tercer párrafo de la Exposición de Motivos debería añadirse un inciso relativo a la referencia que hacen los artículos de la LOTT allí citados al establecimiento de las condiciones generales de utilización del servicio (*“...y establecerá las condiciones generales de utilización del servicio”*, o similar).

Por análogas razones, pero en sentido contrario, en el primer párrafo del artículo 1 del reglamento se ha omitido la referencia a los derechos y deberes de los viajeros, lo que debe subsanarse (*“El presente Reglamento tiene por objeto regular los derechos y deberes de los viajeros y las condiciones generales de utilización...”*).

- Artículo 6.

En su número 1, corregir: “30 euros”.

- Artículo 8.

En un artículo dedicado a los vehículos, la referencia contenida en el artículo 8.3, *“in fine”* relativa a que las paradas deberán contar con señales audiovisuales que anuncien la parada – mejor, llegada- próxima del vehículo (para las renovaciones o nuevas concesiones) resulta asistemático, siendo su lugar adecuado el precedente artículo 7, dedicado precisamente a las paradas. Así, por ejemplo, en la frase de su primer párrafo que se refiere a la información sobre el *“esquema del recorrido de las líneas que transcurran por la misma y horarios de paso por dicha parada”* puede añadirse *“...y señales audiovisuales que anuncien la llegada próxima del vehículo.”*

- Artículo 9.

En el último inciso de este artículo se prevé la validez de los títulos de transporte adquiridos y aún no utilizados afectados por una modificación sobrevenida en las tarifas, el tipo de título o sus condiciones de utilización, permitiéndose su uso durante los quince días siguientes a aquélla. En los casos en que el cambio operado sea de tarifas, dicha permisión parece implicar que durante tal período el usuario no debe abonar (ni, en su caso, recibir) la diferencia en el importe resultante de la modificación. En cualquier caso, esto debería aclararse para evitar dudas al respecto. La aclaración también parece necesaria, en el sentido que proceda, en el supuesto de canje de títulos, igualmente previsto en este artículo.

- Artículo 11.

En la letra e) debe precisarse: *“salvo que se trate de reclamaciones de responsabilidad patrimonial, que se regirán por su normativa específica”*.

En la letra i), a las magnitudes allí expresadas debe añadirse la referencia expresa a los parámetros correspondientes, en lugar de los asteriscos existentes. Parece procedente establecer un máximo de peso por objeto o bulto de mano, como se hace en la letra siguiente para el equipaje en bodega, por razones de seguridad en el vehículo.

-Artículo 12.

En el primer párrafo, corregir: “...y lugares de parada, en consecuencia con...”; “... en materia de transportes de obligado cumplimiento, y en el Real Decreto...”.

El segundo párrafo debería comenzar expresando: “Sin perjuicio de lo anterior, de manera inmediata las empresas deberán tomar medidas...”, o similar.

En el número 3, debe precisarse: “salvo lo relativo al cinturón o arnés de sujeción”, y ello porque estos elementos, exigidos razonablemente en el punto anterior para coches, sillas o carritos de niño, no debe aplicarse en supuestos de personas en sillas de ruedas.

- Artículo 20.

En el segundo párrafo, sería conveniente añadir que el conductor deberá recoger en dicho parte de incidencias lo manifestado por los usuarios implicados y, en su caso, lo advertido por él; asimismo, debe preverse que una copia de dicho parte deberá entregarlo a la empresa, que deberá remitir otra a la Administración en el plazo que se establezca, sin perjuicio de la denuncia que procediera, en su caso.

- Artículo 21.

La referencia a un título de transporte válido “según el cuadro de tarifas” introduce la duda de la validez, a los efectos de reintegro del importe del billete aquí regulado, de los títulos válidos conforme a lo establecido en el artículo 9 sobre utilización de títulos antiguos; por ello, debería eliminarse el inciso entrecomillado, o incluir también en el artículo la referencia a los títulos a que se refiere dicho precepto.

-Artículo 25.

En el número 2, corregir: “...la correspondiente denuncia, que dará lugar...”.

En el número 3, debe eliminarse la referencia al presente Reglamento, pues en él no se regula ningún procedimiento sancionador; también la referencia a la Ley 16/87, pues la misma (y sus reglamentos de desarrollo) ya se cita en el número siguiente, a los precisos efectos a que se refiere este número. En concordancia, en el mismo debe añadirse: “...concesiones incluidas en el ámbito de aplicación de este Reglamento, es el titular del órgano competente...”.

En el mismo número, parece conveniente contemplar como denunciante, en su caso, a la empresa concesionaria, y no a su empleado (sin perjuicio de que aquella acompañe la declaración de éste, en su caso).

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 Segunda sobre la memoria económica y el informe del Vicesecretario, y en la Consideración Tercera sobre los artículos 1, 7, 8, 12, 23 y 24, con el carácter de observaciones sustanciales.

**SEGUNDA.-** Por razones de una adecuada sistemática y simplificación normativa, resulta procedente la derogación plena de la Orden de 4 de diciembre de 2003 y la integración en el proyecto de lo establecido en la Orden de 24 de abril de 2009, con subsiguiente derogación de la misma, en los términos expresados en la Consideración Cuarta del Dictamen.

**TERCERA.-** Para la mejora técnica del proyecto, deben introducirse las modificaciones indicadas en la Consideración Quinta sobre los siguientes extremos: título de la disposición, tercer párrafo de la Exposición de Motivos, artículo único del Decreto; y, del Reglamento, los siguientes artículos: 1; 6.1; 8.3; 9; 11, e) e i); 12; 20; 21; 25.2 y 3.

No obstante, V.E. resolverá.





**DICTAMEN 166/2010**

**Asunto** Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hijo, debida a accidente escolar.

**Consultante** Consejero de Educación, Formación y Empleo

**Fecha** 20/09/2010

**Extracto de Doctrina**

Nota: igual doctrina que la expresada en el Dictamen 5.



**DICTAMEN 167/2010**

**Asunto** Responsabilidad patrimonial instada por X, en nombre y representación de su hija, debida a accidente escolar.

**Consultante** Consejero de Educación, Formación y Empleo

**Fecha** 20/09/2010

**Extracto de Doctrina**

Nota: igual doctrina que la expresada en el Dictamen 14.



**DICTAMEN 168/2010**

**Asunto** Anteproyecto de Ley del derecho de admisión en espectáculos públicos, actividades recreativas y establecimientos públicos de la Región de Murcia.

**Consultante** Consejera de Presidencia y Administración Pública

**Fecha** 20/09/2010

**Extracto de Doctrina**

De los artículos 1,a) y 2.1 del Real Decreto 2364/1994, de 9 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de Seguridad Privada, se desprende que sólo las empresas de seguridad (y su correspondiente personal) que reúnan los requisitos establecidos en la Ley 23/1992, de 30 de julio, de Seguridad Privada, y en dicho Reglamento, pueden desempeñar servicios privados de vigilancia y protección, en definitiva, de seguridad, sobre “bienes, establecimientos, espectáculos, certámenes o convenciones”, siendo la atribución de funciones al personal de vigilancia privada una competencia exclusiva estatal .

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** El 18 de mayo de 2009, el Secretario General de la Consejería de Presidencia y Administraciones Públicas formuló propuesta, a elevar al Consejo de Gobierno, para que encomendara a dicha Consejería la iniciación de un procedimiento para la tramitación de un anteproyecto de ley regulador del derecho de admisión en espectáculos públicos, actividades recreativas y establecimientos públicos de la Región de Murcia, fundado, en síntesis, en tener atribuidas dicho departamento las competencias autonómicas en materia de espectáculos públicos. Tal encomienda de tramitación fue acordada por el Consejo de Gobierno en su sesión de 26 de junio de 2009, previos los informes favorables del Servicio Jurídico de la Consejería y de la Dirección de los Servicios Jurídicos.

**SEGUNDO.-** El 3 de julio de 2009, el Vicesecretario de la Consejería emite una memoria de motivación técnico-jurídica sobre un primer borrador de anteproyecto, en la que, en síntesis, se expresa que, a partir de las competencias autonómicas en materia de espectáculos públicos y actividades recreativas, asumidas en virtud de la Ley Orgánica 9/1992, de 23 de diciembre, y el Real Decreto 1279/1994, de transferencia de funciones en la materia, resulta necesaria la regulación del derecho de admisión en los espectáculos públicos, actividades recreativas y establecimientos públicos en los que aquéllos se desarrollen, en el ámbito de la Región de Murcia,

con el objetivo de evitar, corregir y erradicar cualquier situación abusiva o discriminatoria de los usuarios contraria al derecho constitucional a la igualdad.

En la misma fecha emite un informe sobre el impacto por razón de género de la norma proyectada, en el que no se oponen reparos a la misma desde este punto de vista, y una memoria económica, en la que se indica que el coste previsible de la futura norma para la Administración regional deriva del régimen jurídico previsto en ella sobre el proceso de habilitación administrativa del personal de control de acceso a los espectáculos públicos, en cuanto el Anteproyecto prevé la realización de pruebas específicas de aptitud (entre otros requisitos de los aspirantes para obtener la referida habilitación profesional), que deberán motivar la creación de la correspondiente tasa que sufrague su coste.

**TERCERO.-** A propuesta de la Consejera competente, el 10 de julio de 2009 el Consejo de Gobierno toma conocimiento del referido Anteproyecto y acuerda que se someta a consulta de determinados organismos (varias Consejerías de la Administración regional, Federación de Municipios de la Región de Murcia y los Consejos Asesores Regionales de Empleo y Formación, y de Consumo) y se soliciten diversos informes preceptivos.

**CUARTO.-** Remitido el texto a los indicados entes, los alegantes se muestran favorables al mismo, sin observaciones significativas al respecto.

**QUINTO.-** Solicitado informe al Consejo Económico y Social de la Región de Murcia (CES), fue emitido el 4 de diciembre de 2009, siendo favorable, en general, al anteproyecto, si bien considera que hubiera sido conveniente que la regulación del ejercicio del derecho de admisión se hubiera integrado en una ley general de espectáculos públicos y actividades recreativas (en adelante EPYAR) que regulase de forma integral estas actividades, a la que insta a la Administración regional, con la necesaria coordinación de todas las Consejerías afectadas.

Además, realiza diversas observaciones puntuales al articulado, tanto en aspectos de oportunidad como de mejora técnico-jurídica del texto.

**SEXTO.-** Elaborado un segundo borrador de Anteproyecto de Ley, para incorporar buena parte de las observaciones puntuales del CES al articulado del primero, fue remitido a los mismos organismos inicialmente consultados, que se muestran favorables al texto, salvo x. (Federación Regional de Empresarios de Hostelería y Turismo), que considera procedente un anteproyecto de ley general de espectáculos públicos, en el que se coordinen las necesarias intervenciones de

otras Consejerías competentes. Por otra parte, el informe favorable del Consejo Asesor Regional de Turismo cuenta con el voto en contra del representante de la x., fundado en las mismas razones señaladas por x.

**SÉPTIMO.-** El 18 de febrero de 2010, el Servicio de Registros Especiales y Espectáculos Públicos de la Consejería competente emite informe sobre el segundo borrador de Anteproyecto, realizando observaciones puntuales al mismo, lo que dio lugar a un informe del Vicesecretario, del 26 siguiente, en el que se analizan las observaciones realizadas por diversos informantes y alegantes, señalando, en lo sustancial, que el presente Anteproyecto se debe a la más inmediata necesidad de regular el específico aspecto del derecho de admisión y el control del acceso de los usuarios a los espectáculos públicos, actividades recreativas y establecimientos en los que se desarrollan, sin perjuicio de que se comparte la preocupación por la necesidad de una ley general en la materia, lo que se tendrá en cuenta en el futuro ejercicio de la oportuna iniciativa legislativa; también se indica que el anteproyecto de ley es de aplicación supletoria al sector turístico, que se regula por su normativa específica.

**OCTAVO.-** Elaborado un tercer borrador de Anteproyecto (con cambios poco significativos, globalmente considerados, respecto del anterior), fue remitido a este Consejo Jurídico por el órgano y en la fecha indicada en el encabezamiento del presente, en solicitud 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 anteproyecto de ley regional, de conformidad con lo previsto en el artículo 12.2 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia.

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

La tramitación realizada ha seguido, en lo sustancial, lo previsto en el artículo 53 de la Ley 6/2004, de 28 de diciembre, del Estatuto del Presidente y del Consejo de Gobierno de la Región de Murcia.

No obstante lo anterior, la memoria de motivación jurídico-técnica no tiene el grado de detalle suficiente que requiere el caso y exige dicho precepto, pues dicho informe debe analizar las “*concretas determinaciones normativas propuestas*”, y no limitarse a un análisis general de la iniciativa legislativa, que es lo que se ha hecho. De esta manera, existe un déficit de motivación en lo que atañe al contenido de buena parte de sus preceptos, no obstante lo cual aquélla puede ser deducida del tenor de los mismos y del examen de normas autonómicas precedentes en la materia.

Por otra parte, se echa en falta que, entre las Consejerías consultadas, no estuviera la de Cultura y Turismo, pues no es exacto que, como señala el último informe del Vicesecretario de la Consejería proponente, el Anteproyecto sea de aplicación supletoria, en su integridad, al sector turístico (en rigor, a los espectáculos públicos y actividades recreativas organizadas por empresas turísticas en establecimientos de esta índole, según la normativa en la materia), ya que, según el artículo 2.2, le es de aplicación directa el proyectado artículo 12.3, de gran importancia, en cuanto establece la obligación de contar con control de acceso para los establecimientos con aforo autorizado igual o superior a 300 personas en los que se realicen espectáculos o actividades recreativas, que pueden ser desarrolladas por los establecimientos turísticos regulados en la Ley 11/1997, de 12 de diciembre, del Turismo de la Región de Murcia (LTMU), señaladamente algunos de restauración (bares con música, art. 27,d) y los locales de actividades recreativas (discotecas, salas de baile y demás, artículo 30, en relación con el 8.1, b) y 9).

Pero es que, aun en lo que el anteproyecto y la futura ley fuera de simple aplicación supletoria a tales establecimientos turísticos, ello no eliminaría la conveniencia de haber consultado con la Consejería competente en esta materia, pues tal aplicación supletoria podría plantear cuestiones a estudiar en el seno de la tramitación del procedimiento. Así, por ejemplo, la aplicación supletoria de la nueva ley a los establecimientos turísticos se producirá, en el caso de los bares con música, en el supuesto previsto en el artículo 3 del Decreto 127/2005, de 11 de noviembre, por el que se regulan los establecimientos de restauración en esta Comunidad Autónoma, por cuanto el precepto remite, en su último inciso (en lo relativo a la prohibición de discriminación en el derecho de admisión a estos establecimientos), a lo que disponga la legislación vigente, debiendo acudir en primer lugar a la normativa turística que existiese (hoy, art. 47.2 LTMU) y complementariamente a la nueva ley. (Análogamente en materia de juego, vgr. art. 26.3 del Decreto 194/2010, de 16 de julio, en relación con el derecho de admisión en las salas de bingo, si bien en este caso en el expediente consta que fue consultada la Dirección General de Tributos).

La consulta a la referida Consejería era conveniente, además, por cuanto la misma es la competente también en materia de deportes, y la futura ley será de aplicación supletoria en el caso de espectáculos deportivos (artículo 2.2 del Anteproyecto), todo lo cual deberá tenerse en cuenta por el órgano consultante previamente a la elevación del Anteproyecto al Consejo de Gobierno, en su caso.

### **TERCERA.- Competencia autonómica.**

I. El Anteproyecto objeto de Dictamen pretende fundarse esencialmente en la competencia regional sobre espectáculos públicos prevista en el artículo 10.Uno.Veinticuatro del vigente Estatuto de Autonomía.

A la vista de su contenido, en términos generales debe ratificarse ahora tal apreciación, por cuanto su objeto se conecta directamente, bien con un aspecto relevante de los espectáculos públicos (y de las actividades recreativas, que usualmente se asimilan a éstos a los efectos aquí pretendidos, según los precedentes autonómicos), como es lo relativo a la determinación del régimen jurídico sobre la admisión del público a dichos espectáculos y actividades, bien, como seguidamente se verá, con otros aspectos que, aun no estando relacionados con tal admisión, pueden considerarse vinculados con los espectáculos públicos (sin perjuicio, en este segundo caso, de lo que se dirá más adelante sobre su asistemática e improcedente inclusión en el presente Anteproyecto). Junto con el título competencial, también autonómico, en materia de protección del consumidor y usuario (que ha de considerarse en este punto menos específico que el que nos ocupa), el relativo a espectáculos públicos es el predominantemente invocado en otras normas autonómicas dictadas con similar finalidad y objeto que la analizada (con la particularidad de que todas ellas tienen rango reglamentario, dictadas en desarrollo de previsiones legales sobre admisión del público incluídas en las correspondientes leyes generales de EPYAR, aspecto que más adelante se comentará).

II. No obstante lo anterior, desde la perspectiva competencial que ahora se analiza, debe advertirse que el Anteproyecto atribuye al personal de control de acceso a los establecimientos en los que se desarrollen EPYAR (personal cuyo régimen de habilitación administrativa para el ejercicio de sus funciones se regula en su Título II), unas funciones de “control” de determinados lugares de tales establecimientos (guardarropa y aparcamiento, vid. artículo 13, i) y j), que pueden suponer una indirecta atribución de unas funciones de vigilancia privada, que están legalmente reservadas al personal habilitado conforme con la normativa aplicable en esta otra materia. Así, de los artículos 1,a) y 2.1 del Real Decreto 2364/1994, de 9 de diciembre, por el que se aprueba el

Reglamento de Seguridad Privada, se desprende que sólo las empresas de seguridad (y su correspondiente personal) que reúnan los requisitos establecidos en la Ley 23/1992, de 30 de julio, de Seguridad Privada, y en dicho Reglamento, pueden desempeñar servicios privados de vigilancia y protección, en definitiva, de seguridad, sobre *“bienes, establecimientos, espectáculos, certámenes o convenciones”*, siendo la atribución de funciones al personal de vigilancia privada una competencia exclusiva estatal (vid. f.j. noveno de la STSJ de Andalucía, sede de Sevilla, de 25 de abril de 2006, sobre determinados preceptos del Decreto andaluz 10/2003, de 28 de enero, por el que se aprueba el Reglamento General de la Admisión de Personas en los Establecimientos de Espectáculos Públicos y Actividades Recreativas).

Por ello, salvo que se admitiera que controlar el buen funcionamiento del servicio de guardarropía y el aparcamiento del establecimiento es algo distinto de la tarea de vigilar tales lugares y los bienes que albergan (lo que resulta ciertamente difícil), habría que considerar que se invade la competencia estatal en materia de seguridad privada al asignar tales funciones de control o vigilancia a personas habilitadas al margen de dicho cuerpo normativo, por lo que las indicadas funciones no podrían ser atribuidas al personal de control de acceso regulado en el Anteproyecto. La simple adición a estos apartados de una referencia a la exclusión de las funciones de vigilancia y protección de tales lugares no parecería suficiente, ya no entonces por cuestiones competenciales, sino de seguridad jurídica, atinente a la debida claridad y alcance de la norma, pues en tal caso resultaría difícil determinar cuáles serían en estos supuestos las funciones del personal en cuestión (teniendo en cuenta, entre otros aspectos, el sancionador, ex art. 27, c); quiere decirse con ello que el eventual mantenimiento de estos preceptos requeriría en todo caso de una especificación de las funciones en cuestión que las diferenciase de las de vigilancia y protección, si es que ello fuera posible.

Por otra parte, el mismo Anteproyecto parece revelar su intención de respetar el ámbito competencial estatal sobre vigilancia privada, al disponer el proyectado artículo 12.2 que el personal de control de acceso debe quedar claramente diferenciado de los servicios de vigilancia privada regulados en la citada Ley 23/1992, lo que justifica asimismo la apuntada necesidad de diferenciar con claridad en el texto las funciones del personal de control de accesos respecto de las del personal de vigilancia.

Por último, y en concordancia con todo lo anterior, en el artículo 27, c) debe añadirse: *“sin perjuicio de lo establecido en la legislación sobre seguridad privada”*, o similar.

**CUARTA.- El objeto del Anteproyecto. Análisis de su alcance y sistemática.**



I. Especial análisis requiere la determinación del objeto del Anteproyecto, pues se advierten importantes discordancias en este aspecto entre lo que se deduce de su título y artículo 1 y lo que se desprende del resto del articulado, revelando la presente iniciativa legislativa una cierta falta de sistemática, que debe ser clarificada.

En primer lugar, se advierte que, a pesar de que el Anteproyecto se titula como de regulación del denominado *“derecho de admisión”* que, respecto del público, puede ejercer el titular del establecimiento u organizador del evento en cuestión, mediante la fijación de condiciones específicas de admisión (así se define tal derecho en su artículo 4), y que la regulación proyectada pretende, según su Exposición de Motivos, *“evitar, corregir y, en definitiva, erradicar cualquier situación abusiva o discriminatoria”* en la admisión del público, el contenido del Anteproyecto incluye otros aspectos que no pueden considerarse propiamente integrantes de tal derecho de admisión ni, en todo caso, responden al fin de evitar la discriminación de trato, sino a otros fines. Así, por ejemplo, la norma proyectada incluye obligaciones –no derechos- impuestas a dichos titulares sobre el establecimiento de un servicio de control de accesos a los establecimientos, y las limitaciones o prohibiciones de acceso a los EPYAR impuestas en el proyectado artículo 6 (que constituyen una especie de condiciones generales de admisión, frente a las específicas que pueden fijar los titulares de los establecimientos en ejercicio de su derecho de admisión) responden a fines muy distintos de los de evitar la indicada discriminación de trato, como son los de seguridad pública, protección de menores, medio ambiente y salud pública. Ello revela que el Anteproyecto realmente pretende establecer un régimen jurídico de la admisión, en general, del público a los EPYAR, teniendo dicho concepto un significado y alcance mayor que lo relativo específicamente al indicado derecho de admisión. Ello justificaría realizar ciertas modificaciones al título (ley reguladora de la admisión de personas en EPYAR, al modo de la citada norma reglamentaria andaluza, o similar) y en diversos preceptos del Anteproyecto, para delimitar con mayor claridad y sistemática su objeto y contenido, conforme con lo que se dirá más adelante.

Se advierte también que, junto a preceptos conectados rectamente con lo relativo a la admisión del público en los EPYAR, existen otros que ni siquiera pueden considerarse propios de tal aspecto, sino relativos al funcionamiento general de los establecimientos (vgr. la regulación de los horarios de apertura y cierre -art. 7, y, en concordancia, el 26.1, c- o la previsión de infracciones relativas a conductas o situaciones que se pueden producir dentro del establecimiento -arts. 27, m y 28, a y c) lo que desborda su confesado objeto, y que deberían ser eliminados del Anteproyecto para no desvirtuarlo, por razones de coherencia y sistemática, en beneficio de la necesaria seguridad jurídica requerida en la delimitación del objeto de la norma, e incluirlos en su momento

en su sede adecuada, es decir, una ley general en la materia, pues en tales aspectos nada se ha justificado sobre la necesidad de su urgente aprobación.

En este sentido, y conectando lo anterior con lo relativo a la procedencia de abordar la regulación relativa al derecho de admisión del público en el seno de una ley regional general en la materia, y no en una previa y específica ley al efecto, que ha sido una de las cuestiones esencialmente planteadas durante la tramitación del Anteproyecto, la Consejería proponente reconoce la procedencia de dicha ley general, pero señala la necesidad “*apremiante*” de abordar antes y de manera inmediata lo específicamente relacionado con la admisión del público a los EPYAR, según se desprende del informe del Vicesecretario reseñado en el Antecedente Séptimo.

Sobre esta cuestión, el Consejo Jurídico, desde la perspectiva que le compete, debe limitarse a realizar dos observaciones: a) que en el expediente no obran razones o estudios que justifiquen tal urgencia, aparte de la manifestación realizada en el referido informe (considerando, además, que tampoco constan razones que hayan impedido la formulación de un anteproyecto de ley general en el que se hubiera integrado la regulación pretendida, teniendo en cuenta que las competencias en la materia se ostentan efectivamente desde 1994); b) que, no obstante lo anterior, y salvo lo ya dicho sobre los preceptos, aislados y asistemáticos, del Anteproyecto propios de una regulación sobre el funcionamiento general de los establecimientos de EPYAR (y que, por tanto, desbordan el objeto propio sobre la admisión del público en aquéllos), no hay obstáculo para que la Comunidad Autónoma pueda aprobar una regulación como la pretendida, aun cuando hubiera resultado más adecuada su inserción en una ley general de EPYAR.

II. Dicho cuanto antecede, debemos partir, pues, de la iniciativa legislativa tal y como viene planteada, a cuyo efecto conviene reiterar, en primer lugar, la necesidad de modificar el título de la ley para adecuarlo a su verdadero y procedente contenido, en los términos antes apuntados.

En segundo lugar, en el epígrafe II de su Exposición de Motivos debería incluirse un párrafo en el que, junto al ya existente sobre el fin de la ley de evitar tratos discriminatorios en el ejercicio del derecho de admisión por parte de los titulares de los establecimientos en que se desarrollen EPYAR, se recogiera que, con la inclusión de un listado de limitaciones generales de acceso a los mismos y la regulación de un servicio de control de acceso, se persiguen fines relacionados con la seguridad de las personas, la protección de menores, el medio ambiente y la salud pública que deben tutelarse con ocasión de la admisión del público a establecimientos en los que se desarrollan esta clase de espectáculos y actividades, todo ello en el marco de la competencia sobre espectáculos públicos en relación con las correspondientes competencias sectoriales. En

coherencia con ello y con lo previsto en el proyectado artículo 6, en el artículo 1, a) debería precisarse que es objeto de la ley *“el establecimiento de las limitaciones generales de acceso a los EPYAR, que constituyen las condiciones objetivas y de obligado cumplimiento en el ejercicio del derecho de admisión, regulando los límites...”*, o fórmula análoga.

En tercer lugar, deben suprimirse los proyectados artículos 7, 26.1, c), 27, m) y 28, a) y c), por las razones expresadas en su momento, esto es, para que el contenido del Anteproyecto no desborde su objeto propio y específico de regulación de la admisión del público en EPYAR, que es lo que, según la Consejería proponente, justifica ahora su inmediata tramitación al margen de una futura ley general de espectáculos públicos.

Por las mismas razones, han de modificarse algunos preceptos del régimen sancionador. Así, en el artículo 25.1 debe precisarse: *“Constituyen infracciones en materia de admisión en los espectáculos públicos...”*. Asimismo, el artículo 26.1, a) debe modificarse para expresar que la infracción de no colocar los rótulos establecidos se refiere, no a los previstos, en general, *“por la normativa vigente”* (que sugiere pensar en toda la normativa vigente en materia de espectáculos públicos), sino a los rótulos *“establecidos en esta ley o sus reglamentos, y que sean de instalación obligatoria”*, o similar. Igualmente, en los artículos 27, g) y h) y 28, d) debe añadirse *“...en las materias reguladas en la presente ley”*, o similar.

#### **QUINTA.- Otras observaciones.**

Para conseguir otras mejoras técnicas del Anteproyecto, resulta procedente realizar asimismo las siguientes observaciones puntuales, junto a la general de tener que revisarse la utilización de los signos de puntuación, singularmente por la advertida omisión en varios preceptos del necesario uso de las comas.

##### **- Exposición de Motivos.**

En el segundo párrafo de su epígrafe III, debería precisarse: *“...espectáculos públicos, actividades recreativas y establecimientos públicos en los que se desarrollan, en una de las exigencias sociales...”*.

El quinto párrafo de su epígrafe IV debe comenzar así: *“En el Capítulo II de este Título II se regulan las condiciones...”*.

- Artículo 2.

En su número 1, completar: “...y establecimientos públicos en los que se realicen, que se desarrollen o ubiquen en...”. (Una vez esta hecha precisión en este artículo y en el anteriormente indicado párrafo de la Exposición de Motivos, ya no será necesario reiterarla en el resto del articulado de la ley).

Asimismo, completar: “...entidades públicas o privadas, personas físicas...”.

En su número 3, párrafo dedicado a los espectáculos públicos, completar: “...proyección o competición...”.

-Artículo 3.

En su número 1, debe completarse: “...desarrollo de actividades recreativas...”.

Por otra parte, la exclusión del ámbito de la ley de espectáculos (públicos, pues los privados se excluyen de ella) y actividades (recreativas, pues a eso se refiere la ley) “que supongan el ejercicio de derechos fundamentales en el ámbito laboral, político, religioso, sindical o docente”, resulta poco comprensible, pues los fines perseguidos por el Anteproyecto en orden a evitar la discriminación en la admisión del público deben asegurarse en la celebración de todo EPYAR, independientemente de que se realice en el marco de otras actividades a las que no les sea de aplicación la nueva ley, como las que parecen indicarse en el referido inciso, siendo evidente que habrá de aplicarse con respeto del legítimo ejercicio de todos los derechos fundamentales, ya sea en los ámbitos indicados o en cualquier otro. En cualquier caso, si así se estima, podría introducirse un párrafo aclaratorio al respecto, pero no en la forma de exclusión de la aplicación de la ley tal y como ahora viene formulado.

El número 2 es un precepto superfluo, pues lo previsto en el número 1 sólo supone la no aplicación, a los supuestos allí previstos, de lo establecido “ex novo” en la nueva ley, es decir, sin que se excluya, obviamente, la aplicación de lo establecido en otras normas jurídicas. No obstante, si se decidiera mantener tal número 2 como recordatorio de la observancia de otras normas jurídicas aplicables, debería mejorarse la redacción: “...exigidas por la normativa aplicable y, en cualquier caso, deberá cumplirse la normativa vigente en materia de contaminación ambiental y acústica”, o similar.

- Artículo 5.

Corregir: “...*en ellos.*”

- Artículo 6.

Conforme con lo dicho en la Consideración anterior sobre la redacción propuesta para el artículo 1, a), y en concordancia asimismo con la mención realizada en el proyectado artículo 8.1, debería titularse “*limitaciones generales de acceso a los establecimientos públicos*” (frente a las limitaciones específicas que pudieran fijarse en ejercicio del derecho de admisión, reguladas en el artículo 9). Además, después de la palabra “usuarios” del apartado 2 b) debería ponerse un punto.

- Artículo 8.

En el número 2, la expresión, referida al cartel informativo allí regulado, que dispone “*en los términos que establezca la Consejería competente en materia de espectáculos públicos*” suscita la duda sobre si con la misma se pretende aludir a la necesidad de que se apruebe un modelo de cartel al efecto, pues, por otro lado, en este número y en el 1 anterior ya se establecen indicaciones precisas sobre el contenido y la forma del cartel. Debería aclararse este extremo.

- Artículo 9.

En la letra c) debería aclararse: “...*sin perjuicio del respeto a las normas de etiqueta que pudieran existir*”, o similar (como análogamente dispone el artículo 6, d) del Decreto andaluz 10/2003, ya citado).

-Artículo 12.

Por contraposición a lo previsto en su número 3, primer párrafo, en el que se exige un servicio de control de acceso en determinados “*establecimientos*” en que se celebren los espectáculos y/o actividades recreativas comprendidas en los apartados a) a c) de dicho número, en su letra d) se exige también tal servicio en los “*espectáculos y/o actividades recreativas – comprendidos en tales apartados- que tengan el carácter de extraordinarios*”, es decir, parece aludirse al supuesto en que tales espectáculos o actividades extraordinarios no se desarrollen dentro de establecimientos. Sin embargo, esto carece de sentido, pues la noción misma de “*admisión*” implica necesariamente la existencia de un establecimiento, del modo en se definen en

el artículo 2.3.3 (locales, instalaciones o recintos), ya que no cabe imaginar la acción de admisión (y su correspondiente control de acceso) en un lugar que no esté acotado o delimitado a tal efecto. En este sentido, el artículo 1, c) del Anteproyecto se refiere, correctamente, al *“régimen de habilitación y funciones del personal de control de acceso en los establecimientos públicos dedicados a la celebración de espectáculos públicos...”*. Cuestión distinta (y que es lo que parece pretenderse en realidad con el precepto comentado) es que se aluda a la realización tanto ordinaria como extraordinaria de tales actividades, (pero siempre realizable en establecimientos, pues de lo que se trata es de regular el acceso). A tal efecto, resulta más adecuado que en la mención sobre los establecimientos realizada en el primer párrafo de este número 3, se añada *“...en los que se desarrollen, ordinaria o extraordinariamente, las siguientes actividades:...”*, suprimiendo correlativamente el actual apartado d).

- Artículo 13.

En el número 1, debe mejorarse la redacción: *“...ejercicio del derecho de admisión con arreglo a las condiciones específicas de admisión que en su caso se establezcan y a las normas particulares o instrucciones de uso del establecimiento”*, o similar.

En el número 2, letra b) debe corregirse la numeración: *“...establecidos en el artículo 6... lo previsto en el artículo 10.3.”*

Respecto de la letra k) de este mismo número, sobre la función del personal de control de accesos de auxiliar a las personas dentro y en el *“entorno próximo”* al establecimiento, debe decirse que el empleo de la expresión entrecomillada resulta harto imprecisa para delimitar una de las obligaciones de este personal, teniendo en cuenta las responsabilidades, incluso en el orden penal, que para dicho personal podría implicar una determinación semejante en lo atinente a su deber de auxilio. Pero, además, debe señalarse la inconveniencia de atribuir funciones a este personal, como la señalada, que podrían comprometer el ejercicio de sus esenciales y preferentes obligaciones sobre el control de acceso, propiamente dicho, al establecimiento; todo ello obviamente sin perjuicio del deber general de auxilio a terceros de acuerdo a las concretas circunstancias de cada caso, para lo que no hace falta previsión alguna en esta ley, por lo que el apartado debería suprimirse.

-Artículo 15.

En el número 1, primer párrafo, la referencia a la *“función de personal de control de acceso”* puede dar a entender, a la vista de lo establecido en el artículo 12.1, que la habilitación administrativa prevista en dicho número no es exigible al titular del establecimiento u organizador del espectáculo si tal función la desempeñan éstos por sí mismos y no con personal al efecto. Dado que ello no sería justificable, es conveniente que en el precepto comentado se precise que para poder *“desarrollar la función de control de acceso, debe obtenerse la habilitación...”*, o similar.

En la letra d), debe completarse: *“...ni inhabilitado, en ambos casos mediante sentencia firme, en su caso, para el servicio...”*.

En la letra e), corregir: *“2 o 4 años anteriores por infracción grave o muy grave, respectivamente, prevista en la Ley 23/1992...”*.

En la letra f), corregir: *“enseñanza secundaria obligatoria...”*.

La letra i) debe suprimirse, pues establecer como requisito para obtener la habilitación la inscripción en el Registro regulado en el proyectado artículo 21 no sólo es contradictorio con los efectos de mera publicidad allí previstos para el indicado Registro, sino porque la habilitación administrativa para el desempeño de las correspondientes funciones la otorgará la pertinente resolución administrativa, debiendo ser la posterior inscripción de la misma en dicho Registro un mero acto realizado de oficio por el órgano competente y a los indicados efectos de publicidad.

El número 2 debe corregirse: *“La obtención del carné a que se refiere el número anterior (...). La renovación del carné se llevará a cabo, a instancia del interesado, siempre que acredite cumplir...”*.

-Artículo 17.

En el número 2, completar: *“...requisitos que reglamentariamente establezca la Consejería...”*.

-Artículo 19.

El número 3 del artículo 19 debería completarse para precisar que la inhabilitación a la que se refiere (derivada de la revocación de la resolución de habilitación, por incumplimiento sobrevenido de los requisitos que justificaron su otorgamiento) durará hasta que el interesado

vuelva a reunir los requisitos previstos en el apartado b), se cancelen los antecedentes penales o vuelva a estar habilitado para prestar los servicios a que se refieren los apartados d) y e) del artículo 15, en sus respectivos casos.

- Artículo 26.

En el número 1, b), y en concordancia con lo previsto en el proyectado artículo 10 sobre el régimen de aprobación administrativa previa (aun por silencio administrativo) de las condiciones específicas de admisión, debe determinarse que la infracción es *“establecer condiciones específicas de admisión sin haberlas autorizado el órgano competente”*, o similar.

- Artículos 30 y 31.

En la letra c) del artículo 30 y la b) y d) del 31 se prevé como modalidad de sanción la revocación de la habilitación administrativa para desempeñar funciones de entidad colaboradora o de control de acceso a los establecimientos, o la revocación de la autorización o licencia del establecimiento, respectivamente. En cuanto se trata de una revocación-sanción (frente a la revocación como medida de restablecimiento de la legalidad contemplada en los proyectados artículos 17.4 y 19 -cuyo número 3 ha sido comentado anteriormente- y que operaría, en todo caso, sin perjuicio de la sanción), debería establecerse un plazo durante el cual el sancionado no podrá volver a obtener dicha habilitación, autorización o licencia, o incluso la imposibilidad definitiva de obtener una nueva habilitación, autorización o licencia (aunque esto último sólo para los supuestos más graves en que se estimara, en su caso). De otro modo, es decir, de no añadirse tales determinaciones a los preceptos tal y como están actualmente redactados, nada impediría al sancionado instar –y obtener, en su caso, en su momento- una nueva habilitación, autorización o licencia al día siguiente al de la correspondiente resolución sancionadora de revocación, lo que desvirtuaría en buena medida la finalidad de la sanción.

-Artículo 33.

En su número 2, debería aclararse la referencia alternativa que se hace a los titulares de los establecimientos y de las licencias. Además, sobra la mención realizada a los establecimientos públicos tras *“actividades recreativas”*, pues el precepto se refiere a los responsables de las infracciones, que serán los titulares de aquéllos o los organizadores de los EPYAR (pero no los espectáculos propiamente dichos, como es obvio). El precepto podría quedar redactado así: *“Los titulares de la licencia de funcionamiento de los establecimientos, o los titulares de éstos, en caso*



*de carecer de la preceptiva licencia, y los organizadores o promotores del espectáculo público o actividad recreativa que se desarrolle en dichos establecimientos, de ser personas distintas a aquéllos, serán responsables solidarios de las infracciones administrativas reguladas en la presente ley...”, o análogo.*

- Artículo 35.

Su número 3 se refiere a la subrogación *“en las condiciones previstas en el artículo 60 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local”* (LBRL) de la Administración autonómica en la competencia que el anteproyecto atribuye a los Ayuntamientos para incoar, tramitar y resolver procedimientos sancionadores por la comisión de las infracciones leves previstas en aquél, para el supuesto de inacción del correspondiente Ayuntamiento en un caso concreto. Tal remisión resulta inadecuada porque el supuesto de subrogación competencial contemplado en dicho artículo 60 requiere, entre otros, de la concurrencia de dos requisitos: a) que la inactividad municipal en el ejercicio de su competencia sancionadora *“afectara al ejercicio de competencias”* autonómicas en la materia, es decir, las sancionadoras de infracciones graves y muy graves, y lo cierto es que, en rigor, tal inactividad municipal no afectaría al ejercicio de dichas competencias, el cual es independiente, técnica y jurídicamente, del de las municipales sancionadoras; y b) que la obligación municipal de ejercitar sus competencias fuera posible por contar con cobertura económica legal o presupuestariamente garantizada.

Ahora bien, el supuesto de subrogación competencial previsto con carácter general en dicho precepto estatal básico no impide que el legislador autonómico con competencias en materia de régimen local y en la sectorial que nos ocupa, como resulta tener nuestra Comunidad Autónoma, prevea otros supuestos de subrogación competencial, siempre que ello no lesione los límites derivados de la autonomía local. En el caso abordado por el proyectado artículo 35.3 no habría tal lesión. La misma ley que atribuye a los Ayuntamientos la potestad sancionadora en la específica materia que nos ocupa (infracciones leves sobre admisión en EPYAR) puede prever la subrogación competencial autonómica en el caso de que el Ayuntamiento no ejercite aquélla en un plazo razonable desde que fuese requerido al efecto, referido siempre a casos concretos y no en general. La subrogación estaría plenamente fundada en tales casos, pues con ella se trataría de garantizar no ya el ejercicio de las competencias autonómicas (que es el supuesto previsto en el referido artículo 60) sino, en general, los fines que persigue la nueva ley, teniendo en cuenta las disfunciones que se producirían en este orden sancionador de no preverse la analizada subrogación competencial, pues en un determinado municipio podrían perseguirse unas infracciones (las de competencia directa autonómica) y no otras (las de inicial competencia

municipal). Todo ello considerando, además, que la sancionadora es una potestad-función en cuyo ejercicio, en principio, no debe existir un margen de oportunidad, por lo que la eventual inacción municipal no resultaría justificable.

Por todo lo expuesto, no resulta procedente la prevista remisión al artículo 60 LBRL, sino incorporar al proyectado artículo 35.3 la única determinación que le falta para que el precepto esté completo por sí mismo y sin necesidad de remisión alguna, que es el plazo cuyo transcurso sin incoar el Ayuntamiento el oportuno procedimiento sancionador, contado desde el requerimiento realizado al efecto por el órgano autonómico, determina la subrogación competencial. En este punto, el plazo de un mes previsto en el supuesto del artículo 60 no parece el más adecuado en nuestro caso, dado el plazo de prescripción de las infracciones (seis meses), pudiendo establecerse el de 15 días previsto en el vigente Texto Refundido de la Ley regional del Suelo para el análogo supuesto de la subrogación de la Administración regional en la competencia sancionadora municipal sobre infracciones urbanísticas (vid. art. 244.2 del Decreto Legislativo 1/2005, de 10 de junio). Además, en el Anteproyecto podría ampliarse el supuesto de subrogación a los casos en que de la documentación remitida por el Ayuntamiento se desprendiera la caducidad del procedimiento sancionador incoado por aquél sin constar una nueva incoación.

- Disposiciones Adicionales.

Existiendo sólo una, debe titularse *“Disposición Adicional Única”* o simplemente *“Disposición Adicional”*.

- Disposición Transitoria Segunda.

Debe mejorarse su sistemática y precisarse alguna de sus determinaciones.

Así, el primer párrafo debería ser el único de esta Disposición, para diferenciarlo adecuadamente de lo previsto en el segundo, al que debería dedicarse otra Disposición Transitoria (la Tercera), pues sus contenidos son distintos.

De este modo, el citado primer párrafo debería constituir en exclusiva la DT Segunda, que podría titularse *“Dispensa del requisito de titulación para la obtención de la habilitación de control de acceso”*, o similar, pues tal es su contenido.

En cuanto al actual segundo párrafo de dicha Disposición, su objeto es diferir a una determinada fecha la obligación de los establecimientos previstos en el artículo 12.3 de contar con servicio de control de acceso, una vez que se hayan expedido los correspondientes carnés a los interesados que hubieran superado la primera prueba de aptitud. Sin embargo, no parece haberse reparado en que tal *“primera promoción”* de controladores de acceso pudiera tener un número de personas insuficiente para dar cobertura a las necesidades de dichos establecimientos. Parece más adecuado diferir el momento de la exigencia (en rigor, de la entrada en vigor) de lo previsto en tal precepto a una posterior Orden de la Consejería, previa evaluación del resultado de las referidas pruebas de aptitud y de un estudio de los establecimientos afectados por lo previsto en el referido artículo. Con este otro contenido, esta nueva Disposición Transitoria Tercera podría titularse *“Entrada en vigor de lo establecido en el artículo 12.3”*, o similar.

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

### **CONCLUSIONES**

**PRIMERA.**- La Comunidad Autónoma de la Región de Murcia dispone de competencia para aprobar el Anteproyecto de Ley objeto de Dictamen, sin perjuicio de lo expresado en su Consideración Tercera respecto de los artículos 13, i) y j), y 27, c).

**SEGUNDA.**- Para adecuar el Anteproyecto al objeto que le es propio y clarificar su alcance y sistemática, deberían realizarse las modificaciones y supresiones, en su caso, indicadas en la Consideración Cuarta respecto de su título, epígrafe II de su Exposición de Motivos y artículos 1, a); 7; 25.1; 26.1, a) y c); 27, g), h) y m); 28, a), c) y d).

**TERCERA.**- Para otras mejoras de carácter técnico del Anteproyecto, deberían introducirse las modificaciones indicadas en la Consideración Quinta respecto de los epígrafes III y IV de su Exposición de Motivos y artículos 2.1 y 3; 3.1 y 2; 5; 6; 8.2; 9, c); 12, d); 13.1 y 2, b) y k); 15.1 y 2; 17.2; 19.3; 26.1, b); 30, c); 31, b) y d); 33.2; 35.3; Disposición Adicional y Disposición Transitoria Segunda.

No obstante, V.E. resolverá.





**DICTAMEN 169/2010**

**Asunto** Revisión de oficio de diversas Órdenes de la Consejería por la que se inadmitía a - -, S.L., del concurso público para la concesión de frecuencias de radiodifusión sonora.

**Consultante** Consejera de Economía y Hacienda

**Fecha** 29/09/2010

**Extracto de Doctrina**

Nota: igual doctrina que la expresada en el Dictamen 160/2010.



**DICTAMEN 170/2010**

**Asunto** Revisión de oficio del Acuerdo de Pleno de fecha 28/10/2004, por el que se aprueba definitivamente el proyecto de Estudio de Detalle de un solar en la calle Gitanos de Puerto Lumbreras.

**Consultante** Ayuntamiento de Puerto Lumbreras

**Fecha** 29/09/2010

**Extracto de Doctrina**

Nota: igual doctrina que al expresada en el Dictamen 104/2010.



**DICTAMEN 171/2010**

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

**Consultante** Consejera de Sanidad y Consumo

**Fecha** 29/09/2010

**Extracto de Doctrina**

Con los datos expuestos y avalados por la prueba practicada por la Administración, cabe concluir que la decisión de no practicar cesárea electiva fue correcta y legítima desde el punto de vista de la lex artis y que una vez iniciado el parto vaginal las actuaciones médicas que se llevaron a cabo se ajustaron en todo caso a normopraxis, de forma que las lamentables lesiones neurológicas que presentó el hijo y hermano de los reclamantes, así como su posterior fallecimiento, no pueden considerarse consecuencia del funcionamiento del servicio sanitario público.

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** Con fecha 28 de julio de 2004 tiene entrada en el Registro General de la Consejería de Sanidad y Consumo un escrito presentado por x., abogado, en nombre y representación de x, y., ambos por sí y en representación de su hijo, por la deficiente atención sanitaria prestada a la x. Los reclamantes efectúan la siguiente narración de los hechos:

1. La reclamante, x., quedó embarazada en junio de 2001. El embarazo fue controlado desde septiembre de ese año, considerándose como de evolución normal por la observación y analítica, aunque la biometría fetal era ligeramente mayor en todas las ecografías practicadas. Durante el embarazo sufrió una amenaza de parto prematuro controlada por el médico tocólogo mediante tratamiento con Prepar para tocolisis.

2. El día 15 de marzo de 2002 ingresa en el Hospital Universitario Virgen de la Arrixaca (HUVA) por pródromos de parto espontáneo, y mediante parto dirigido con amniorrexia cinco horas antes del parto, cefálico, vaginal y distócico, con expulsivo muy prolongado, que precisó ventosa y fórceps dio a luz, sobre las 3:30 horas del 16 de marzo, un varón de 3,459 Kgs., con apgar 2, con tendencia a la bradicardia y ausencia de respiración espontánea de origen neurológico, que precisó asistencia inmediata con reanimación profunda y ventilación mecánica, e ingreso en la Unidad de Cuidados Intensivos Neonatales, siendo dado de alta con el siguiente diagnóstico:

- Asfixia neonatal grave.
- Crisis convulsivas secundarias a la asfixia.
- Insuficiencia renal aguda secundaria a la asfixia.
- Coagulopatía secundaria a la asfixia.
- Encefalopatía hipóxico-isquémica.

El menor falleció el día 2 de junio de 2002, por fracaso cardiorrespiratorio agudo irreversible determinado por bronconeumonía y atelectasia en ambos pulmones, congestión y edema pulmonar.

3. A instancia de los reclamantes se siguieron Diligencias Previas núm. 2.940/2002, incoadas por un presunto delito de imprudencia profesional contra la doctora x., contra el Dr. x., así como contra el resto del equipo del Servicio de Obstetricia del HUVA que entró de guardia el 15 de marzo de 2002, a las 22 horas. El procedimiento penal, tras la vicisitudes que se recogen a los folios 4 y 5 del expediente, finaliza mediante Auto de la Audiencia Provincial de Murcia, notificado el día 29 de julio de 2003, en el que confirma el Auto de sobreseimiento libre y archivo de actuaciones dictado por el Juzgado de Instrucción núm. Uno de los de Murcia, al considerar que los hechos denunciados no eran constitutivos de delito.

Para los reclamantes la circunstancia de que los hechos no sean considerados como constitutivos de infracción penal no constituye óbice para que los mismos sí sean susceptibles de generar responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria regional, pues, a su juicio, se habría producido una defectuosa asistencia sanitaria que dio lugar a una serie de daños físicos que culminaron con el fallecimiento del hijo y hermano de los reclamantes, por lo que solicitan ser indemnizados en una cantidad de 100.000 euros para cada uno de los progenitores y de 60.000 euros para el hermano.

Acompañan a su escrito diversa documentación médica que, a su juicio, acredita la veracidad de las afirmaciones que se contienen en la reclamación.

Acaban proponiendo como medios de prueba las historias clínicas de la x. y del menor fallecido; la documentación que se acompaña a la reclamación y la testifical de los Dres. x.

**SEGUNDO.-** Admitida a trámite la reclamación y designado órgano instructor, por éste se procedió, con fecha 9 de septiembre de 2004, a comunicar a los interesados la recepción de su



reclamación, el órgano encargado de su tramitación, el plazo para la resolución y el efecto del silencio administrativo. En la misma fecha solicita del HUVA copia cotejada de la historia clínica y los informes de los profesionales que atendieron a la x. y a su hijo. Finalmente también remite copia de la reclamación a la Dirección General de Asistencia Sanitaria, así como a la aseguradora del Servicio Murciano de Salud (SMS).

**TERCERO.-** Mediante escrito fechado el 16 de noviembre de 2004 el Director Gerente del HUVA remite la siguiente documentación:

- Historias clínicas correspondientes a la x. y a su hijo.

- Informe del Dr. x., facultativo especialista en Obstetricia y Ginecología de dicho Hospital, en el que se señala lo siguiente:

*“1. X., de 34 años de edad, tercigesta con una cesárea y aborto anteriores, ingresa a las 21 horas del 15-03-2002 en la semana 28+2 (sic) de gestación por PRÓDROMOS DE PARTO.*

*A las 23 horas del 15-03-2002 inicia de forma espontánea periodo activo de parto. Se practica amniorrexis artificial saliendo líquido amniótico en cantidad normal y claro.*

*A las 0.30 horas del día 16-03-2002 se practica anestesia epidural.*

*A las 03.10 horas del día 16-03-2002 con dilatación completa y presentación cefálica entre segundo y tercer plano, pasa a paritorio para completar periodo expulsivo.*

**RESUMEN:**

*Duración del periodo de dilatación: 4 horas 10 mn. La duración normal del periodo de dilatación en primípara es de 10-12 horas. En el caso que nos ocupa estamos pues ante un periodo de dilatación muy satisfactorio que culminó en dilatación completa y cabeza fetal en 3º plano en tan solo 4 horas 10 minutos, lo que obliga a terminar el parto por vía vaginal.*

*Control fetal mediante monitorización y PH-metría normal.*

*A las 3.10 horas del día 16-03-2002 comienza en paritorio el periodo expulsivo. Exploración: dilatación completa, presentación cefálica entre segundo y tercer plano.*

*Dado que la paciente tiene una cesárea anterior y además está bajo los efectos de la anestesia epidural se indica la aplicación de una ventosa para aliviar y acortar el período expulsivo, hecho que no puede llevarse a cabo porque la paciente en un estado de agitación y movimientos desordenados del cuerpo, elevando y descendiendo la pelvis, e intentando cerrar las piernas, impide la aplicación correcta de la ventosa y la salida de la cabeza fetal a pesar de insistirle del riesgo que corría su niño teniendo la cabeza ya prácticamente coronada.*

*Es a partir de este momento y por el total y absoluto descontrol psíquico de la paciente que no atiende a razón alguna por lo que la Doctora x. que asiste el parto, solicita mi presencia en paritorio, perdiendo con ello un tiempo precioso a causa de su actitud.*

*Tras conseguir imponernos a la situación y con serias dificultades podemos aplicar una ventosa del número 6 que nos permite mediante una suave tracción, extraer un feto varón con el cordón umbilical en bandolera seguido de una vuelta completa y muy apretada al tórax.*

*El feto nace deprimido, precisa de reanimación profunda y pasa a la UCI neonatal.*

*A continuación se produce la expulsión espontánea y completa de la placenta y la sutura de la episiotomía.*

**RESUMEN:**

*Duración del periodo de expulsión: 22 mn.*

*Vacuo-extracción fetal para aliviar periodo expulsivo por cesárea anterior y anestesia epidural.*

*Alumbramiento espontáneo.*

*Episiorrafia.*

*La duración normal del periodo expulsivo en primípara es de unos 40 minutos.*

**CONCLUSIÓN:**

*Contrasta el hecho de que siendo la evolución del parto y el estado del feto tanto en el periodo de dilatación como en el periodo de expulsión rigurosamente normal, y estimando que la conducta obstétrica ha sido en todo momento impecable contrasta, repito, con el nacimiento de un feto deprimido que precisa de reanimación profunda y posterior ingreso en UCI NEONATAL.*

*Quizás la única explicación que podría justificar este hecho sería el ligero retraso que provocó en la expulsión de la cabeza fetal el total descontrol y nula colaboración de la paciente cuando la cabeza estaba coronando, por los hechos antes relatados, junto con los problemas derivados de la disposición anómala del cordón umbilical (en bandolera seguido de una vuelta muy apretada alrededor del tórax, con el consiguiente acortamiento de su longitud lineal referida desde su inserción placentaria a su inserción umbilical) los que produjeron un estado de hipoxia fetal que se agravó con el descenso del feto que duro quizás más de lo debido por la actitud de la paciente”.*

**CUARTO.-** Mediante escrito fechado el 28 de diciembre de 2004 el órgano instructor notifica a los reclamantes la admisión de la prueba propuesta, aunque en relación con la testifical de los Dres. x, y., debido a la dificultad de su comparecencia personal por motivos profesionales, se les requiere para que en el plazo de diez días presenten el pliego de preguntas que pretenden efectuarles para que las mismas sean evacuadas por escrito.

Presentados los pliegos de preguntas la prueba se practica con el siguiente resultado:

En relación con el Dr. x:

*1. Diga ser cierto que el día 16 de marzo del año 2002, el testigo estaba de guardia en el HUVA, desempeñando el testigo en aquel momento el puesto de Jefe de Servicio de guardia de Ginecología de dicho Hospital.*

*R. Respuesta (en lo sucesivo, R). Que es cierto.*

*2. Diga ser cierto que dicho día sobre las 3.30 horas aproximadamente fue requerido de urgencia de paritorio por Ventosa Fallida en el parto del hijo de x., circunstancia ésta que se hizo constar en la Hoja de Parto.*

*R. Que se me requirió porque la paciente estaba psíquicamente descontrolada e impidiendo con sus movimientos la aplicación de la ventosa y la terminación del parto.*

*3. Diga ser cierto que para llevar a cabo el parto hubo que recurrir a los fórceps, tal y como consta en el informe de alta de la Unidad de Cuidados Intensivos de Neonatales de la Arrixaca de fecha 3 de abril de 2002.*

R. Que no. En ningún momento se recurrió, por mi parte, al fórceps para la extracción de la cabeza fetal.

4. Diga ser cierto que el parto fue inicialmente asistido por la Dra. x. quien ante la imposibilidad de llevarlo a término requirió de su ayuda.

R. Que es cierto.

5. Diga ser cierto que el niño nació, tras un parto muy prolongado, con Encefalopatía Hipóxico-Isquémica.

R. Que no es cierto, ya que el parto no fue ni prolongado, ni mucho menos "muy prolongado". Ya expliqué en mi informe anterior sobre este aspecto cual pudo ser la causa de la hipoxia fetal.

6. Diga ser cierto que entre los antecedentes obrantes en la Historia Clínica de la madre x., figuraba la existencia de un parto anterior por cesárea.

R. Que es cierto.

7. Diga ser cierto que un parto vaginal no es aconsejable siempre que haya dudas sobre la condición de la cicatriz de una cesárea anterior.

R. No, en ningún momento se plantearon dudas sobre la condición de la cicatriz de la cesárea anterior.

8. Diga ser cierto que por la propia estatura de la paciente 1.48 metros con aumento de 14 Kgr. de peso durante el embarazo y por las propias dimensiones del feto en biometría realizada a las 36 semanas (diámetro biparietal de 9.3 cm y longitud de fémur 7.3 cm) hubieran aconsejado antes de decidirse por un parto vaginal, al que de forma virulenta se oponía la paciente, la Dra. x. debería haber recurrido a la aplicación de medios de diagnóstico complementarios (valoración de pelvimetría y biometría fetal actualizada).

R. Que no es cierto, que depende de la evolución clínica del parto. Se agradece que la propia reclamante se defina como una paciente que de forma virulenta se opone a la indicación del médico.

9. *Diga ser cierto que el hecho de llevar a cabo la práctica de una PHmetría sanguínea capilar fetal llevada a cabo a las 4.45 horas desde el comienzo de la monitorización, supone la existencia de posibles problemas en el feto.*

*R. Que no es cierto.*

10. *Diga ser cierto que en el gráfico de la monitorización que se le exhibe (consta incorporado al expediente) faltan los gráficos de la monitorización entre las 0.34 horas y las 1.16 horas.*

*R. Lo desconozco.*

11. *Diga ser cierto que la falta de tales gráficos impide precisar si los resultados de la monitorización durante dicho proceso fueron o no buenos.*

*R. Lo desconozco.*

12. *Diga ser cierto que de lo expuesto se deduce que hay una relación causal evidente entre el prolongado tiempo que el feto ha mantenido la alteración metabólica ocasionada durante la última fase del parto y la falta de detección de las alteraciones que manifiesta la situación de sufrimiento fetal.*

*R. Que no es cierto.*

13. *Diga ser cierto que si a la paciente se le hubiera practicado a tiempo una cesárea el niño habría nacido sin complicaciones algunas.*

*R. Que no es cierto. La práctica de la cesárea no está exenta de riesgos materno fetales, no garantizando, por consiguiente, el nacimiento de un feto sano y sin complicaciones."*

En relación con la Dra. x:

*"1. Diga ser cierto que en la madrugada del día 16 de marzo del año 2002, la testigo estaba de guardia en el Hospital Virgen de la Arrixaca de Murcia.*

R. Que es cierto.

2. Diga ser cierto que en dicho servicio estaba ingresada la paciente x. quien había sido ingresada por presentar *pródromos de parto espontáneo*.

R. Que es cierto.

3. Diga ser cierto que la paciente desde el primer momento solicitó que se le practicara una cesárea pues así se lo había recomendado su Ginecólogo, dados los antecedentes (cesárea anterior) y sus propias condiciones físicas.

R. Que si bien es cierto que la paciente desde un principio se opone a un parto vaginal; no existía indicación de cesárea ya que, según el protocolo seguido en nuestro Servicio, no existía indicación de cesárea electiva en este caso, pues la evolución clínica del parto era muy favorable. Por otra parte, y a pesar de lo manifestado verbalmente por la paciente, no aportaba documentación de su ginecólogo donde se recomendara cesárea electiva.

4. Diga ser cierto que tras una preparación al parto se inició el parto, que no pudo concluir la testigo al fallar los múltiples intentos de extracción con ventosa, motivo por el cual sobre las 3.30 horas aproximadamente hubo que requerir la presencia del Jefe de Servicio, Dr. x..

R. Que es cierto que, una vez iniciado el parto, y al ir a colocar la ventosa para acortar el periodo expulsivo, la paciente grita, cierra las piernas, y en ese estado de agitación me impide la extracción fetal.

5. Diga ser cierto que para llevar a cabo el parto hubo que recurrir a los fórceps, tal y como consta en el informe de alta de la Unidad de Cuidados Intensivos de Neonatales de la Arrixaca de fecha 3 de abril de 2002, y el niño nació, tras un parto muy prolongado, con encefalopatía Hipóxico-isquémica.

R. Que no es cierto, ya que ni se colocó el fórceps, ni el parto fue prolongado. Que nació un feto varón con el cordón umbilical en bandolera seguido de una vuelta completa y muy apretada al tórax.

6. Diga ser cierto que entre los antecedentes obrantes en la Historia Clínica de la madre x., figuraba la existencia de un parto anterior por cesárea.

R. Que es cierto.

7. Diga ser cierto que un parto vaginal no es aconsejable siempre que haya dudas sobre la condición de la cicatriz de una cesárea anterior.

R. No, en ningún momento se plantearon dudas sobre la condición de la cicatriz de la cesárea anterior.

8. Diga ser cierto que por la propia estatura de la paciente 1.48 metros con aumento de 14 Kgr. de peso durante el embarazo y por las propias dimensiones del feto en biometría realizada a las 36 semanas (diámetro biparietal de 9.3 cm y longitud de fémur 7.3 cm) hubieran aconsejado antes de decidirse por un parto vaginal, al que de forma virulenta se oponía la paciente, la Dra. X. debería haber recurrido a la aplicación de medios de diagnóstico complementarios (valoración de pelvimetría y biometría fetal actualizada).

R. Que no es cierto, que depende de la evolución clínica del parto. Se agradece que la propia reclamante se defina como una paciente que de forma virulenta se opone a la indicación del médico.

9. Diga ser cierto que el hecho de llevar a cabo la práctica de una PHmetría sanguínea capilar fetal llevada a cabo a las 4.45 horas desde el comienzo de la monitorización, supone la existencia de posibles problemas en el feto.

R. Que no es cierto.

10. Diga ser cierto que en el gráfico de la monitorización que se le exhibe (consta incorporado al expediente) faltan los gráficos de la monitorización entre las 0.34 horas y las 1.16 horas.

R. Que es irrelevante, ya que consta en la historia que la phmetría realizada a la 1.40 horas (posterior al tramo de monitor al que hacen referencia) refleja un estado de bienestar fetal.

11. Diga ser cierto que la falta de tales gráficos impide precisar si los resultados de la monitorización durante dicho proceso fueron o no buenos.

R. Queda contestada con la anterior.

12. *Diga ser cierto que de lo expuesto se deduce que hay una relación causal evidente entre el prolongado tiempo que el feto ha mantenido la alteración metabólica ocasionada durante la última fase del parto y la falta de detección de las alteraciones que manifiesta la situación de sufrimiento fetal.*

*R. Que no es cierto. No hay tiempo prolongado de parto, no existía alteración metabólica (se demuestra con el Ph normal), y no se puede detectar una circular prieta de tórax en periodo expulsivo).*

13. *Diga ser cierto que si a la paciente se le hubiera practicado a tiempo una cesárea el niño habría nacido sin complicaciones algunas.*

*R. Que no es cierto. Una cesárea no garantiza la ausencia de riesgos tanto en la madre como en el feto.”*

**QUINTO.-** Con fecha 5 de diciembre de 2005 se solicita informe a la Inspección Médica, que lo emite en junio del año 2009, con las siguientes conclusiones:

*“1. Tras el estudio de la documentación y la bibliografía consultada al efecto, encontramos que la actitud seguida por el equipo médico, atendiendo las circunstancias que se iban sucediendo en el parto ha sido la correcta y acorde con la lex artis y acorde con los protocolos de la SEGO y la ACOG. Desde que un paciente ‘entra en el sistema’ queda sometido a las directrices del equipo médico correspondiente. Es este equipo el que tiene la potestad de adoptar las decisiones correspondientes asumiendo -por supuesto- la responsabilidad de esas decisiones:”*

*2. En ningún caso el haber sufrido una cesárea previa es considerada indicación para una posterior, sino que hay que valorar en el nuevo parto la nueva indicación, ya que está demostrado que tanto para la madre como para el hijo los riesgos son muy superiores a los posibles beneficios de dicha intervención quirúrgica.*

*3. Tanto la sociedad de obstetricia española como la americana tienen protocolizado que la indicación de cesárea en el segundo parto se establece de nuevo sin tener en cuenta la cesárea anterior salvo que esta se produjera por problemas intrínsecos de la madre y permanentes.*



4. *La evolución del parto en el período de dilatación, como su proyección y duración estaba dentro de los márgenes establecidos como normales.*

5. *La monitorización del periodo de dilatación, no ofrecía señales de alarma, que hicieran suponer o interpretar que existiera sufrimiento fetal.*

6. *El líquido amniótico era de color normal y la pHmetría que se realizó arroja valores normales.*

7. *La firma del consentimiento informado para la esterilización quirúrgica, se realiza para los casos en que existe una indicación médica de cesárea y realizar dicha intervención en el mismo acto quirúrgico. No ha lugar en caso de no realización de cesárea.*

8. *La instrumentación en los partos se realiza de forma programada y en partos rigurosamente normales, con el fin de acelerar y aliviar el expulsivo.*

9. *La paciente y el neonato, no tenían ningún factor de riesgo de sufrimiento fetal, que hiciera que se adoptase un protocolo diferente al que se realizó por tanto, ni era previsible ni evitable. Tampoco presentaba ningún síntoma que hiciera sospechar ni situación de hipoxia fetal ni vuelta de cordón hasta la presentación del neonato.*

10. *El paciente sufrió asfixia neonatal grave y encefalopatía hipóxico isquémica probablemente debido a la presencia del cordón umbilical en bandolera seguido de una vuelta completa y muy apretada al tórax. El hecho de que la paciente se hubiera sometido a una cesárea no implica que esta circunstancia no se hubiera producido.*

11. *Una vez producidas las complicaciones, el neonato nació deprimido precisando reanimación y atención en la UCI neonatal, cuya evolución fue mala, falleciendo el 2 de Junio de 2002”.*

**SEXTO.-** Conferido trámite de audiencia a las partes interesadas (aseguradora del SMS y reclamantes), la primera de ellas aporta dictamen realizado colegiadamente por tres doctores especialistas en Obstetricia y Ginecología, en el que, tras unas amplias consideraciones médicas, se alcanzan las siguientes conclusiones:

“1. X. ingresa en el Servicio de Ginecología y Obstetricia del H. U. Virgen de la Arrixaca el 15 de Marzo de 2002 por parto en curso. La paciente tenía una cesárea previa en 1999. El parto progresa adecuadamente, alcanzando la dilatación completa en 4 hs. Durante el periodo expulsivo, mediante parto ventosa dificultado por la falta de colaboración materna, nace un varón de 3430 grs, con test de Apgar de 2/4 que presenta una circular apretada y una bandolera de cordón

2. El recién nacido ingresa en UCI neonatal. Es diagnosticado de encefalopatía hipóxico-isquémica severa. Recibe el alta hospitalaria el 13 de Mayo de 2002 y fallece en su domicilio el 2 de Junio de 2002 por fracaso cardiorrespiratorio debido a bronconeumonía bilateral.

3. La indicación de permitir el parto vaginal a pesar del antecedente de cesárea fue correcta y acorde a los protocolos vigentes al no existir ningún factor que contraindicara el mismo.

4. El parto fue vigilado de acuerdo a los protocolos vigentes para el parto vaginal tras cesárea con monitorización cardiotocográfica continua y tactos vaginales seriados.

5. Durante el parto no existió ningún motivo que aconsejara la realización de una cesárea urgente: la evolución fue rápida y el pH intraparto confirmaba el bienestar del feto.

6. La indicación de ventosa fue por alivio de expulsivo en paciente con cesárea anterior. Se cumplían las condiciones protocolizadas para su aplicación: bolsa rota, dilatación completa, presentación en II-III plano.

7. La falta de colaboración materna impidió la aplicación de la ventosa hasta que acudió un segundo facultativo y la cabeza se hallaba en IV plano.

En las condiciones obstétricas presentes en ese momento, con el feto en II-III plano, la realización de una cesárea hubiera sido técnicamente muy difícil, hubiera conllevado severos riesgos para la madre y hubiera prolongado la hipoxia fetal, por lo que el resultado no hubiera sido mejor.

8. Todos los profesionales intervinientes del Servicio de Ginecología y Obstetricia del H. U. Virgen de la Arrixaca actuaron de forma correcta, acorde a lex artis ad hoc y a los protocolos vigentes”.

Por su parte el letrado de los reclamantes presenta escrito en el que formula alegaciones que, en síntesis, vienen a ratificar las argumentaciones contenidas en su escrito inicial, las cuales, afirma, se han visto corroboradas por las pruebas practicadas en el procedimiento.

**SÉPTIMO.-** Con fecha 1 de octubre de 2009 se notifica a la aseguradora y a los reclamantes la apertura de un nuevo trámite de audiencia, compareciendo el representante de estos últimos quien, mediante escrito fechado el siguiente día 27 de octubre, manifiesta que no debe tenerse en cuenta el informe de la compañía aseguradora por extemporáneo y por no constar la personación de aquélla en el procedimiento.

**OCTAVO.-** La instructora formula, el día 21 de diciembre de 2009, propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación, al considerar que no queda acreditado en el expediente la relación causal entre el funcionamiento de los servicios públicos sanitarios y los daños sufridos por el menor.

**NOVENO.-** Con fecha 15 de enero de 2010 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.**

### I. Legitimación.

Los reclamantes, en su condición de padres y hermano del menor fallecido ostentan la condición de interesados para deducir la presente reclamación de responsabilidad patrimonial objeto de este Dictamen, de conformidad con lo previsto en el artículo 139.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, sobre Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC). En cuanto a la actuación mediante Letrado el artículo 32 LPAC establece que los interesados podrán actuar por medio de representante, exigiendo este precepto para los supuestos en los que se pretenda formular solicitudes, entablar recursos, desistir de acciones y renunciar a derechos, que dicha representación quede acreditada por cualquier medio válido en derecho que deje constancia fidedigna, o mediante declaración en comparecencia personal del interesado. Precepto que se cumplimenta en este caso, por la aportación de escritura de poder otorgado por los interesados ante notario.

En cuanto a la legitimación pasiva, no suscita duda que la actuación a la que los reclamantes imputan el daño que dicen haber sufrido acontece en el marco del servicio público prestado por la Administración sanitaria regional, siendo competente para resolver el titular de la Consejería de Sanidad de conformidad con lo dispuesto en el artículo 16. 2, o) de la Ley 7/2004, de 28 de diciembre, de Organización y Régimen Jurídico de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.

### II. Plazo.

El artículo 142.5 LPAC dispone que “el derecho a reclamar prescribe al año de producido el hecho o el acto que motive la indemnización o de manifestarse su efecto lesivo. En caso de daños a las personas, de carácter físico o psíquico, el plazo empezará a computarse desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas”, y ello porque no puede entenderse como fecha inicial del cómputo, *dies a quo*, la de alta en la enfermedad cuando quedan secuelas, sino la de la determinación invalidante de éstas (STS de 26 de mayo de 1994).

En el caso sometido a Dictamen, hay que tener en cuenta que el nacimiento del hijo y hermano de los reclamantes tuvo lugar el día 16 de marzo de 2002, pero como consecuencia de los hechos objeto de la reclamación se siguió procedimiento penal que concluyó mediante Auto de la Audiencia Provincial notificado a las partes el día 29 de julio de 2003, por lo tanto la reclamación,

interpuesta el día 28 de julio de 2004, ha de entenderse deducida dentro del plazo legal de un año al que hace referencia el referido artículo 142.5 LPAC.

### III. Procedimiento.

El examen conjunto de la documentación remitida permite afirmar que, en lo esencial, se han cumplido los trámites legales y reglamentarios que integran esta clase de procedimientos. No obstante cabe señalar, una vez más, que se ha rebasado ampliamente el plazo para la resolución de la reclamación (artículo 13.3 RRP), constando la paralización de actuaciones desde diciembre de 2005, en que se solicita informe de la Inspección Médica, hasta el junio de 2009 (tres años y medio), en que el informe solicitado es evacuado. Sobre las consecuencias que la omisión de informes, preceptivos o facultativos, puede tener sobre la instrucción del procedimiento, damos por reproducidas las consideraciones contenidas en nuestro Dictamen núm. 137/2004.

### **TERCERA.-** Responsabilidad patrimonial en materia sanitaria.

De los artículos 139.1 y 141.1 LPAC se desprende que, para que exista responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, es necesario acreditar daños que, causados por el funcionamiento de los servicios públicos, el particular no tenga el deber jurídico de soportar, habiendo precisado la jurisprudencia que, en materia sanitaria, la indicada relación de causalidad y antijuridicidad del daño se producen cuando se acredita que la actuación médica pública infringió la "*lex artis ad hoc*", pues lo contrario supondría convertir a la Administración en una aseguradora universal de los riesgos y daños que puedan acontecer, señaladamente los inevitables para la salud, bien por naturaleza, bien por no poder ser remediados en el estado actual de la ciencia y la técnica sanitarias; finalidad ésta de aseguramiento a todo riesgo que no contempla la institución de la responsabilidad patrimonial administrativa tal y como viene configurada por el artículo 106.2 de la Constitución, la LPAC y el resto del ordenamiento jurídico. Y es que, como vienen señalando de forma reiterada la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la doctrina del Consejo de Estado y de este Consejo Jurídico, la ciencia médica no es exacta, por lo que los facultativos tienen una obligación de medios y no de resultados (por todos, nuestro Dictamen núm. 56/2005).

Por ello, cuando la imputación de tal responsabilidad se basa en que la actuación de los facultativos que atendieron al paciente no se ajustó a normopraxis, el criterio que ha de utilizarse para determinar la existencia o no de tal responsabilidad es, como ha quedado dicho, el de si la actuación de aquéllos se ajustó o no a la llamada *lex artis* de la profesión médica, aplicada a las circunstancias concretas del caso, es decir, a los síntomas y evolución clínica del paciente. Como

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

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

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

En el supuesto que nos ocupa, la argumentación de los reclamantes pivota en torno a una serie de actuaciones médicas que se califican como no ajustadas a normopraxis:

I. La primera de ellas se concretaría en que, a pesar de los factores de riesgo que la paciente presentaba, no se le practicó una cesárea, optando por un parto vaginal. Esos factores eran, a juicio de los reclamantes, los siguientes:

1. Cesárea anterior que evidenciaba la necesidad de practicarla también en el segundo parto.

Frente a esta opinión de los interesados, carente, por cierto, de cualquier respaldo técnico que la avale, los facultativos de la aseguradora y la Inspectora Médica mantienen que *“en ningún caso el haber sufrido una cesárea previa es considerada indicación para una posterior, sino que*

hay que valorar en el nuevo parto la nueva indicación, ya que está demostrado que tanto para la madre como para el hijo los riesgos son muy superiores a los posibles beneficios de dicha intervención quirúrgica” (informe de la Inspección Médica, folio 457). En el mismo sentido se manifiestan los facultativos de la aseguradora (folios 493 y siguientes de su dictamen) al afirmar que *“la realización de una cesárea no está exenta de riesgo y por ello, practicarla sin indicación sería actuar contra la lex artis”* y para este caso, continúan, no estaba indicada *a priori* por el sólo hecho de habersele practicado en un parto anterior, porque, dicen, en ese supuesto se llevó a cabo por *“no progresión del parto, con monitorización no satisfactoria”*, circunstancias que no concurrían en el presente caso.

2. Baja estatura de la madre, el hecho de haber engordado durante el embarazo 14 Kgs. y un diámetro biparietal fetal grande (9,3 en la semana 36+4).

Sobre estas circunstancias afirma la Inspección Médica que *“no son causa por si solas de indicación de cesárea, salvo que existiera una distocia de dilatación y parto estacionado o inducciones fallidas, que obviamente por la duración y progresión del parto no se produjeron en esta ocasión”*. Por su parte en el dictamen de la aseguradora se indica que *“la talla de la mujer tiene una relación escasa con los diámetros de la pelvis (hay mujeres bajas con pelvis anchas), y desde luego lo que no existe es una altura materna por debajo de la cual sea imposible el parto vaginal”*. Tampoco la ganancia de peso materno es un factor que influya, pues *“ni siquiera se relaciona con el tamaño del feto”* tal como se puede comprobar en el presente caso en el que el peso del recién nacido fue el adecuado para la edad gestacional, presentado un percentil de 50, lo que permite concluir que el feto *“no era grande, ni mucho menos macrosómico”* (folio 495).

3. Solicitud de la paciente y de sus familiares para que se practicase cesárea.

A este respecto señala la Inspección Médica (folio 461) que *“bajo ningún concepto, desde el punto de vista puramente sanitario ni incluso ético, está indicado la realización de una cesárea electiva (no indicada médicamente), ni por (solicitud de) la madre, ni por los familiares, ni siquiera por el médico”*, y ello porque, en definitiva, la cesárea consiste en sustituir un proceso natural por uno quirúrgico, cuyos riesgos sólo deben asumirse si está clínicamente justificada.

4. Se había pactado con el equipo médico que estaba de guardia cuando la paciente ingresó en el HUVA la práctica de una cesárea, como lo demuestra el hecho de que en la historia clínica aparezca firmado el consentimiento informado para la esterilización quirúrgica.

Esta afirmación de los reclamantes no se encuentra documentada en la historia, y en cuanto al consentimiento informado su presencia se justifica tanto por la Inspección Médica como por los peritos de la aseguradora, al indicar que es normal, cuando la parturienta tiene intención de someterse a una esterilización quirúrgica, que se firme el consentimiento informado por sí, presentadas complicaciones en el parto vaginal, fuese necesario acudir a la cesárea, evitando así que la paciente tenga que prestar su consentimiento en unas circunstancias de urgencia y de dolor que podrían, en su caso, invalidarlo.

En resumen, señalan los facultativos informantes, *“a priori no existía ninguna indicación en este caso para realizar una cesárea de forma electiva por lo que se considera adecuado permitir el parto vaginal, eso sí teniendo en cuenta el antecedente de cesárea y realizando un control estricto del mismo que debía consistir en: monitorización continua de frecuencia cardíaca fetal y dinámica; vigilancia de la progresión del parto mediante Tactos vaginales cada 1-2 h. y administración de oxitocina, si fuera preciso, de forma controlada. Así se actuó en este caso”* (folio 495).

II. La segunda actuación contraria a la *lex artis* que los reclamantes imputan a los facultativos de la sanidad pública vendría dada por persistir en el parto vaginal cuando se había presentado un sufrimiento fetal que aconsejaba practicar una cesárea. Dicho sufrimiento lo concretan en las siguientes circunstancias:

#### 1. Parto prolongado.

No coinciden los médicos que han informado en el expediente en esta apreciación y sí lo hacen, sin embargo, en que la evolución del parto fue extremadamente favorable, *“teniendo en cuenta que la paciente ingresa a las 21 hs., con un cervix permeable 2, en fase latente del parto. La fase activa se inició sobre las 23 horas, al alcanzar los 3 cms. de dilatación, por lo que, como se completó a las 3:10, el período de dilatación tuvo una duración total de 4 h.”* (folio 496), lo que permite afirmar que el parto no fue prolongado, pues para que así sea considerado es preciso que *“supere las 14 horas en las madres primíparas y las 9 horas en mujeres que ya han tenido hijos”* (folio 462).

2. Lectura del monitor que así lo evidenciaba, lo que justificó el hecho de que se le realizase una phmetría.

Los facultativos informantes mantienen que el registro de la monitorización a la que se sometió al feto muestra un patrón reactivo con buena variabilidad, a excepción hecha de unas



deceleraciones variables que sólo se consideran patológicas cuando se presentan una serie de atipias (descritas en el folio 496), ninguna de las cuales se dio en el presente caso. No obstante, sí se admite que *“en torno a la 1:30 horas aparece un episodio de bradicardia y entonces se realiza un Ph cuyo resultado de 7,27 indica un adecuado estado de oxigenación del feto, lo que permite continuar el parto”* (folio 497). *“El resultado del pH intraparto de 7,27 confirmaba el buen estado del feto. En el registro posterior, no vuelve a aparecer bradicardia y tan solo aparecen algunas deceleraciones de tipo variable y otras de tipo DIP I, que no son patológicas sino debidas a la compresión de la cabeza del feto cuando se introduce en el canal del parto. De esta forma podemos concluir que, al contrario de lo manifestado en la reclamación, no existieron signos de riesgo de pérdida del bienestar fetal que indicaran realizar una cesárea. Las deceleraciones variables que aparecieron en el registro eran la expresión de las circulares de cordón con las que nació el feto, y que producían descensos transitorios de la oxigenación del feto de los cuales se recuperaba bien, como confirmó el valor del Ph intraparto. Por lo tanto tampoco durante el parto existió indicación de practicar una cesárea”* (folio 498). También la Inspección Médica, al folio 464, estima que el valor 7,27 de la phmetria era normal y, por lo tanto, la decisión de dejar evolucionar el parto, constituyó una conducta obstétrica correcta.

### 3. Necesidad de utilizar métodos extractores fetales (ventosa y fórceps).

La instrumentación del parto, tanto ventosa como fórceps, se realiza aun en partos normales cuando resulta necesario acortar y facilitar el expulsivo, lo que se produjo en este caso, tal como indica el Dr. x. en el informe transcrito en el Antecedente Tercero del presente Dictamen, debido a que a la paciente se le había practicado una cesárea en su anterior parto y, además, se encontraba bajo los efectos de la anestesia epidural, supuestos en los que la ventosa está indicada. La utilización de la ventosa en este caso se considera correcta por la Inspección Médica, ya que se cumplían las condiciones mínimas para su aplicación (dilatación completa, que la cabeza fetal se encuentre debajo del tercer plano de Hodge, que se haya roto la bolsa y que la gestación esté a término).

Por otro lado coinciden la totalidad de facultativos informantes en la no utilización de fórceps en el parto de la reclamante. Así, los peritos de la aseguradora señalan que *“en ningún documento relativo al parto se menciona que fuera utilizado un fórceps, sino que se avisa a otro médico por ‘ventosa fallida y nula colaboración de la paciente (...) cabeza fetal coronada en vulva. Aplicación de ventosa nº 6, tracción suave y extracción de un feto varón deprimido’.* Sin embargo en la reclamación se recogen los datos del informe de neonatología en los que leemos *‘expulsivo muy prolongado acabado con ventosa y fórceps’, ambos erróneos: ni el expulsivo fue prolongado, pues*

sólo transcurrieron 20 minutos entre su inicio y el nacimiento, ni existe constancia de que se utilizara el fórceps.

*Para intentar explicar ese error debemos situarnos en el escenario descrito en el informe del Dr. x., con la parturienta completamente descontrolada y los obstetras sabiendo el riesgo que corría el feto si no se terminaba el parto de forma inmediata. Tal vez se solicitara un fórceps, dado que la ventosa requiere un tiempo para hacer el vacío y la madre no dejaba de moverse, pero al final no llegó a utilizarse y de ahí el error del pediatra, que aunque esté en el paritorio no está delante de la mujer y no ve lo que realmente sucede”.*

En cualquier caso la utilización o no del fórceps resulta una cuestión baladí, pues, como señala la Inspección Médica, aquélla está indicada para los mismos supuestos que la ventosa y, por tanto, no estaba contraindicada en el presente caso. La cuestión que realmente interesa dilucidar es si en el momento del expulsivo en el que se decidió la instrumentación del parto hubiese sido más correcto practicar una cesárea. Interrogante al que categóricamente se responde negativamente, porque *“cuando el feto está introducido en el canal del parto, a una altura del II-III plano de Hodge como se describe en este caso cuando se coloca a la paciente en barras para los pujos, técnicamente es muy difícil, casi imposible realizar una cesárea y extraer el feto a través de abdomen, y aun consiguiéndolo, existe un riesgo importante de desgarros del útero y hemorragia que pueden incluso poner en peligro la vida de la mujer. Si en esa situación (dilatación completa, presentación en II-III plano) es necesario terminar inmediatamente el parto, lo más rápido y seguro para el esto es utilizar un fórceps o una ventosa y extraerlo”* (folio 499).

Llegados a este punto cabe preguntarse, como hace el Dr. x., cómo siendo la evolución del parto y estado del feto, tanto en el período de dilatación como en el de expulsión, rigurosamente normales, a lo que hay que añadir una conducta obstétrica correcta, finalmente se produjese el nacimiento de un menor deprimido, con unas lesiones de tal envergadura que finalmente lo llevaron a la muerte. Pues bien, la respuesta la da el propio facultativo y viene corroborada posteriormente por la Inspectora Médica: la asfixia neonatal grave y encefalopatía hipóxico isquémica pudo producirse por la presencia del cordón umbilical en bandolera seguido de una vuelta completa y muy apretada al tórax. Afirma la Inspección Médica en su informe que *“los mismos movimientos del feto dan lugar, en casos de cordón largo y de gran movilidad intrauterina, a que el cordón se arrolle en torno al cuello y a los miembros del feto. Si no hay conflicto de longitud del cordón, no se produce ningún trastorno, pero si el cordón después de dar la vuelta o las vueltas, queda tenso, entonces en la expulsión fetal puede producirse la estrangulación del cordón, seguida de anoxia y muerte del feto”.*

Con los datos expuestos y avalados por la prueba practicada por la Administración, cabe concluir que la decisión de no practicar cesárea electiva fue correcta y legítima desde el punto de vista de la *lex artis* y que una vez iniciado el parto vaginal las actuaciones médicas que se llevaron a cabo se ajustaron en todo caso a normopraxis, de forma que las lamentables lesiones neurológicas que presentó el hijo y hermano de los reclamantes, así como su posterior fallecimiento, no pueden considerarse consecuencia del funcionamiento del servicio sanitario público.

Cabe finalmente señalar que frente a la valoración técnica que la Administración ha realizado a través del informe de la Inspección Médica (órgano administrativo totalmente ajeno a los servicios facultativos intervinientes), y de la que se puede concluir que no existe relación de causalidad, los interesados podrían haber aportado otro u otros informes médicos que avalaran sus afirmaciones. No ha sido así, sin embargo, y ello a pesar de que, conforme a los artículos 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 6 RRP, la existencia de nexo causal es cuestión a acreditar por el reclamante.

En definitiva, los médicos del Servicio de Obstetricia y Ginecología del HUVA, actuaron en todo momento con la debida previsión a la vista de las circunstancias que se les iban presentado y, por ello, no existe el necesario nexo de causalidad para declarar, en este caso, la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria.

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

### **CONCLUSIÓN**

**ÚNICA.-** Se informa favorablemente la propuesta de resolución desestimatoria, en tanto que no se aprecia la concurrencia de los elementos legalmente exigidos para el nacimiento de la responsabilidad patrimonial de la Administración

No obstante, V.E. resolverá.



---

**DICTAMEN 172/2010**

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

**Consultante** Consejera de Sanidad y Consumo

**Fecha** 29/09/2010

**Extracto de Doctrina**

Nota: igual doctrina que la expresada en el Dictamen 2.



**DICTAMEN 173/2010**

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

**Consultante** Consejera de Sanidad y Consumo

**Fecha** 29/09/2010

**Extracto de Doctrina**

Nota: igual doctrina que la expresada en el Dictamen 2.



**DICTAMEN 174/2010**

**Asunto** Proyecto de Orden por el que se establece el currículo del ciclo formativo correspondiente al título de Técnico en Mecanizado en el ámbito de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.

**Consultante** Consejero de Educación, Formación y Empleo

**Fecha** 04/10/2010

**Extracto de Doctrina**

Nota: igual doctrina que la expresada en el Dictamen 157/2010.



**DICTAMEN 175/2010**

**Asunto** Proyecto de Orden por el que se establece el currículo del ciclo formativo de grado superior correspondiente al título de Técnico Superior en Educación Infantil en el ámbito de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.

**Consultante** Consejero de Educación, Formación y Empleo

**Fecha** 04/10/2010

**Extracto de Doctrina**

Nota: igual doctrina que la expresada en el Dictamen 157/2010.



**DICTAMEN 176/2010**

**Asunto** Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hija, debida a accidente escolar.

**Consultante** Consejero de Educación, Formación y Empleo

**Fecha** 04/10/2010

**Extracto de Doctrina**

Nota: igual doctrina que la expresada en el Dictamen 1.





**DICTAMEN 177/2010**

**Asunto** Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hijo, debida a accidente escolar.

**Consultante** Consejero de Educación, Formación y Empleo

**Fecha** 04/10/2010

**Extracto de Doctrina**

Nota: igual doctrina que la expresada en el Dictamen 1.



**DICTAMEN 178/2010**

**Asunto** Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hija, debida a accidente escolar.

**Consultante** Consejero de Educación, Formación y Empleo

**Fecha** 04/10/2010

**Extracto de Doctrina**

El carácter objetivo implica que el legislador busca la protección del particular injustamente perjudicado por la actividad de la Administración, independientemente de que la conducta de ésta o sus agentes pueda calificarse como culpable, ya que se trata de una responsabilidad que surge al margen de cuál sea el grado de voluntariedad y previsión del agente, incluso cuando la acción originaria es ejercida legalmente (de ahí la referencia al funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, STS, de 28 de marzo de 2000, entre otras). Se trata, en términos generales, de apreciar objetivamente la existencia de un daño cierto y real cuya causa pueda atribuirse al funcionamiento del servicio público.

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** Con fecha 4 de febrero de 2010, tiene entrada en el Registro General de la Consejería consultante escrito del Director del Colegio Público de Educación Especial ASCRUZ de Caravaca de la Cruz (Murcia), sobre la reclamación suscrita por x. en nombre y representación de su hija y alumna de dicho centro escolar, x., en solicitud de indemnización fundamentada en la responsabilidad patrimonial que a la Administración incumbe según los preceptos de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en lo sucesivo, LPAC), por los daños sufridos por la alumna como consecuencia de un incidente escolar ocurrido el día 28 de enero de 2010, cuando x. y otros compañeros *“se dirigían al comedor, bajando las escaleras, una alumna le arrancó las gafas y las partió, tirándolas posteriormente al suelo”*. Acompaña a su solicitud la siguiente documentación: a) factura de una óptica por importe de 128,01 euros; b) fotocopia del Libro de Familia acreditativo del parentesco entre la alumna y el reclamante. Finaliza su escrito reclamando el pago de la factura correspondiente a la reposición de las gafas.

Junto con la reclamación, el Director envía la comunicación de accidente escolar en la que se indica que la alumna accidentada, con necesidades educativas especiales, participaba el día de

los hechos en los programas de formación para la transición a la vida adulta, cuando, en presencia de un educador y un ATE (cuidador), sufrió la rotura de sus gafas en las circunstancias que señala el padre de x. en su reclamación.

**SEGUNDO.-** Admitida a trámite la reclamación y designada instructora mediante Resolución de la Secretaría General de la Consejería de Educación, Formación y Empleo de 15 de febrero de 2010, se dirige escrito a la Dirección del Colegio solicitando informe acerca de las circunstancias en que se produjo el accidente.

El requerimiento es cumplimentado por el Director en funciones que remite, el día 9 de marzo de 2010, informe en el que se hace constar lo siguiente:

*“En contestación a su escrito de fecha quince de febrero de 2010 sobre iniciación de expediente de responsabilidad patrimonial contra la Comunidad Autónoma, Consejería de Educación Formación y empleo, presentada por x. como padre, representante legal y tutor de su hija menor de edad x. por los daños sufridos por en el C.P.E.E. Asacruz, el día 28 de enero de 2.010, le informo de las cuestiones que se nos plantean:*

1.<sup>a</sup>) *¿Presenció algún profesor el incidente? Testimonio del mismo.*

*El incidente tuvo lugar en el horario de comedor y los alumnos en este periodo se encuentra bajo la supervisión y vigilancia de los A.T.E.s y del Educador. En este caso fue un ayudante técnico educativo y un educador los que presenciaron el incidente. Tanto uno como otro relatan lo sucedido, explicándose en la cuestión 5<sup>a</sup> de este escrito.*

2<sup>a</sup>) *¿Calificaría el incidente de fortuito? Sí.*

3<sup>a</sup>) *¿Presenta comportamiento agresivo la alumna que agredió a la interesada en el procedimiento? No, aunque en ocasiones y de forma, inesperada tiene reacciones similares a la que realizó con la alumna interesada en el procedimiento.*

4<sup>a</sup>) *Precisa esta alumna alguna medida especial de vigilancia? Todos los alumnos que tenemos en el Centro precisan de vigilancia, aunque esta alumna al no ser agresiva no precisa de una vigilancia extraordinaria.*

5<sup>a</sup>) *Relato pormenorizado de los hechos.*

*Alrededor de las 14.00 mientras se dirigía un grupo de alumnos al comedor bajo el control y supervisión de los A.T.E.s y del Educador, bajando las escaleras, una alumna, de forma inesperada, le arrancó las gafas a la alumna x. y antes de que, tanto el educador como el. A.T.E. que estaban en ese momento con ellos, pudieran evitarlo, las tiró al suelo.*

6) Nos indique que empresa de catering es la adjudicataria del contrato de comedor

*El Centro no tiene ninguna empresa de catering, el comedor es de Gestión Directa”.*

**TERCERO.-** Conferido trámite de audiencia al interesado, éste no comparece ni presenta alegación o documento alguno, procediendo la instructora a formular propuesta de resolución estimatoria de la reclamación, al considerar que, atendiendo las necesidades educativas especiales de la alumna, se da nexo causal entre los daños sufridos por aquélla y el funcionamiento del servicio público prestado por el centro público donde se produjo el incidente.

En tal estado de tramitación y una vez incorporados los preceptivos extracto de secretaría e índice de documentos, V.E. dispuso la remisión del expediente al Consejo Jurídico en solicitud de Dictamen, mediante escrito que tuvo entrada en este Órgano Consultivo el pasado 2 de junio de 2010.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

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

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

#### **SEGUNDA.- Procedimiento, plazo y legitimación.**

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

La reclamación es temporánea pues fue interpuesta dentro del plazo de un año a que se refiere el artículo 142.5 LPAC.

En cuanto a la legitimación activa resulta que x. nació, según se desprende del Libro de Familia aportado por el reclamante, el día 11 de julio de 1989, por lo tanto, en contra de lo que se afirma en el informe del Director del Colegio, en el momento de ocurrir el incidente era mayor de edad, y aunque es de suponer que la misma haya sido declarada incapaz y sus padres designados tutores, lo cierto es que a tenor de lo establecido en el artículo 199 del Código Civil *“nadie puede ser declarado incapaz sino por sentencia judicial...”*, sin que en el expediente conste sentencia judicial de incapacitación ni durante la minoría de la afectada (lo que habría conducido a una patria potestad prorrogada, ex art. 171 del Código civil) ni con posterioridad a que adquiriera la mayoría de edad. Así pues, mientras no se produzca un pronunciamiento judicial en tal sentido, y dado que x. es mayor de edad, habría que reconocerle la plena capacidad de obrar que le presume el artículo 322, también del Código civil, y ha de entenderse que su padre carecería de titularidad suficiente para entenderle legitimado en el expediente de reclamación por responsabilidad patrimonial que se dictamina, lo que exige, antes de dictar resolución, requerir a x., según lo dispuesto en el artículo 32.4 LPAC, para que subsane la falta de acreditación de la representación que dice ostentar, pudiendo utilizar para ello cualquiera de los medios previstos en el apartado 3 del citado precepto.

En lo que respecta a la legitimación pasiva, corresponde a la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia. La Consejería consultante es competente para resolver el presente procedimiento, al tratarse de unos presuntos daños imputados al funcionamiento del servicio público regional de educación en el que se integra el centro en el que ocurrió el accidente.

### **TERCERA.- Sobre el fondo del asunto.**

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

esta manera, la responsabilidad patrimonial de la Administración se presenta configurada como una responsabilidad objetiva y directa.

El carácter objetivo implica que el legislador busca la protección del particular injustamente perjudicado por la actividad de la Administración, independientemente de que la conducta de ésta o sus agentes pueda calificarse como culpable, ya que se trata de una responsabilidad que surge al margen de cuál sea el grado de voluntariedad y previsión del agente, incluso cuando la acción originaria es ejercida legalmente (de ahí la referencia al funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, STS, de 28 de marzo de 2000, entre otras). Se trata, en términos generales, de apreciar objetivamente la existencia de un daño cierto y real cuya causa pueda atribuirse al funcionamiento del servicio público

Ahora bien, este carácter objetivo 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 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). Como ha señalado la doctrina, la limitación de ese carácter objetivo hay que buscarla en el discernimiento de los títulos y modalidades de imputación objetiva que permitan atribuir a la Administración las consecuencias de un hecho dañoso, siendo uno de ellos la antijuridicidad del daño, recogida en el artículo 141. 1 LPAC: *"sólo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley"*.

Con ello, en suma, el legislador ha acogido el concepto de antijuridicidad tradicional y usualmente admitido tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, que se expresa señalando que el daño es antijurídico o ilícito en todos los casos en que la Administración carezca de título legítimo que justifique en Derecho la carga impuesta al administrado, es decir, cuando la norma no obliga al perjudicado a soportar dicho daño.

Y tal es el caso de Dictamen, en el que se aprecia que la alumna x. sufrió daño en sus bienes como consecuencia de la actuación agresiva de un compañero que, según afirma el Director del Centro, es un niño con necesidades educativas especiales, y aunque no presenta conductas agresivas habituales, en ocasiones y de forma inesperada tiene reacciones como la que desplegó con x. Esta actuación, independientemente de si la vigilancia fue o no la oportuna, que parece que sí lo fue ya que estaban presentes un educador y un ATE, no puede hacer olvidar la

inexistencia de norma que obligue al perjudicado a soportar los efectos dañosos, sino que, en sentido contrario, el Decreto 115/2005, de 21 octubre, que establece las normas de convivencia en los centros docentes sostenidos con fondos públicos que imparten enseñanzas escolares, señala en su artículo 17 que todos los alumnos tienen derecho a que se respete su integridad y dignidad personal, así como a la protección contra toda agresión física o moral, derecho que constituye a la institución educativa en garante del mismo, formando así un criterio legal de imputación de responsabilidad a dicha Administración. Este criterio se sostuvo por este Consejo Jurídico en el Dictamen 69/2008, en el que se señalaba que una agresión no puede ser considerada un “riesgo general de la vida” -que excluiría la imputación- porque peleas y agresiones voluntarias no son hechos ligados al natural acontecer de la vida diaria de los alumnos, afirmación que puede admitirse con carácter general, pero muy especialmente a la vista del artículo 17 del Decreto 115/2005, antes citado.

Además, en este caso el incidente ocurrió en un centro de Educación Especial, en los que, por sus características, la Administración está obligada a extremar su celo en la custodia de los alumnos, según reiterada doctrina (por ejemplo, Dictámenes de este Consejo Jurídico 30/2002, 107/2002, 31/2003 y 5/2004).

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

### **CONCLUSIONES**

**PRIMERA.**- La representación con la que afirma actuar el reclamante no consta acreditada. Dicho defecto procedimental deberá ser subsanado antes de que finalice el expediente.

**SEGUNDA.**- Se dictamina favorablemente la propuesta de resolución que estima la reclamación de responsabilidad patrimonial objeto de este Dictamen, al concurrir título de imputación del daño a la Administración.

No obstante, V.E. resolverá.



**DICTAMEN 179/2010**

**Asunto** Revisión de oficio relativo al expediente de colegiación de odontólogo de X.  
**Consultante** Consejera de Sanidad y Consumo  
**Fecha** 04/10/2010

**Extracto de Doctrina**

La letra f) del artículo 62,1 LPAC dispone que son nulos de pleno derecho los actos “contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición”. Esta causa de nulidad tiene su centro de gravedad en la determinación de cuáles son los requisitos esenciales del acto, cuestión ésta que sólo puede resolverse caso por caso, como ya ha manifestado este Consejo Jurídico en anteriores ocasiones (Dictámenes números 53/98 y 3/99, entre otros). Para determinar, por tanto, el carácter esencial de estos requisitos, habrá de centrarse el presente análisis en los presupuestos de hecho que deben concurrir en los sujetos para la adquisición del derecho.

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** El procedimiento de revisión de oficio fue iniciado por acuerdo de la Junta de Gobierno del indicado Colegio profesional de 12 de julio de 2010, notificado al interesado en fecha ilegible en la copia remitida del expediente; pretende anular el acuerdo de 29 de septiembre de 2009, de la Junta de Gobierno de la Corporación, en cuanto que admitió la colegiación del interesado. El hecho que motiva la incoación de tal procedimiento es que la homologación del título del indicado x. fue concedida por el Ministerio de Educación y Ciencia el 19 de noviembre de 2005 únicamente a efectos académicos, pero no le habilitaba para el ejercicio de la actividad profesional.

El interesado formuló alegaciones mediante escrito que tuvo entrada en el Colegio de Odontólogos y Estomatólogos de Murcia el 28 de julio de 2010; en síntesis, expone que no se le puede acusar de intrusismo porque ejerce la actividad profesional sólo desde que se le aceptó su solicitud de colegiación, y que anular ésta supone un perjuicio profesional y familiar, el primero, por no poder finalizar los compromisos asumidos con los pacientes, y el segundo por las consecuencias económicas negativas que ello conllevaría; finaliza solicitando que se posponga la revocación hasta el mes de diciembre, fecha en la que aportará la convalidación definitiva de la titulación.



**SEGUNDO.-** El 3 de agosto de 2010 el instructor del procedimiento remitió el expediente al Consejo Jurídico solicitando la emisión del preceptivo Dictamen (artículo 102 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, LPAC); el Consejo mediante Acuerdo 8/2010, de 30 de agosto, y una vez examinado el expediente, advirtió la necesidad de que se completara el mismo y se subsanara la consulta a efectos de que se formulara con los requisitos legales pertinentes; también advirtió el Consejo que el procedimiento tiene un plazo de caducidad de 3 meses (art. 102.5 LPAC, en la redacción dada por la Ley 4/1999, de 13 de enero), que puede ser suspendido por el órgano competente para resolver, a virtud de lo establecido en el artículo 42.5, letra c), de dicha LPAC.

**TERCERO.-** El 23 de septiembre de 2010 tuvo nuevamente entrada en el Consejo Jurídico la solicitud de Dictamen, acompañando el mismo expediente, al que se ha unido una comunicación del Ministerio de Educación (Dirección General de Política Universitaria), fechada el 10 de agosto de 2010, según la cual la homologación del título del x. fue concedida únicamente a efectos académicos (de grado); añade que se encuentra pendiente de realizar y superar la prueba de conjunto desde julio de 2002; y finaliza aclarando que para la colegiación hubiera sido necesaria la presentación de una credencial de homologación al título de "Licenciado en Odontología", y no meramente una homologación de grado académico.

La propuesta de resolución del instructor va dirigida a declarar nulo el acuerdo de 29 de septiembre de 2009, de la Junta de Gobierno del Colegio Oficial de Odontólogos y Estomatólogos de Murcia, en cuanto que admitió la colegiación del interesado, fundando tal decisión en que el interesado no dispone de la homologación del título de odontólogo.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

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

En función de lo que dispone el artículo 102 LPAC en relación con la Disposición transitoria primera de la misma, el presente Dictamen se emite con carácter preceptivo y habilitante, tal como para un caso semejante se dijo en el Dictamen de este Consejo Jurídico 118/2003.

Aunque el acto objeto de estudio no puede considerarse en sentido estricto acto administrativo, ni la Corporación consultante es, en nuestro actual derecho positivo, una Administración pública (art. 2 LPAC), sí le es aplicable en este caso la mencionada LPAC, en cuanto puede considerarse que la habilitación de titulados para el ejercicio de una actividad profesional es una función pública que se ejerce por los colegios profesionales al disponerlo el ordenamiento. Se está en la práctica de una potestad pública, razón por la que también procedería la aplicación de los preceptos sobre la revisión de oficio establecidos en la LPAC (Disposición transitoria primera, ya citada), conclusiones éstas que ratifica claramente el artículo 21.1 de la Ley 6/1999, de 4 de noviembre, de Colegios Profesionales de la Región de Murcia, al disponer que tales colegios, en cuanto corporaciones de derecho público, están sujetos al derecho administrativo.

Junto a ello hay que considerar que, al menos en sentido funcional o procesal, el acto colegial en cuestión podría considerarse administrativo, ya que es enjuiciable ante la jurisdicción contencioso-administrativa (art. 2, c) LJCA). Aunque de una forma impropia, también los Estatutos colegiales, publicados mediante Orden de 12 de noviembre de 1999, de la Consejería de Sanidad y Consumo (BORM 30 noviembre 1999, núm. 277), llaman a la aplicación de la LPAC en su artículo 145.

Los precedentes jurisprudenciales así lo apoyan, al haber considerado el Tribunal Supremo que *"la Corporación al actuar en funciones públicas en virtud de una relación fiduciaria, que a través de sus mecanismos de transferencia se establece entre la Administración pública y la Corporación, lleva a la consideración de que el ciudadano afectado goza, en relación con dichas actuaciones, de las garantías necesarias, cualquiera que sea la Administración Pública ante la que actúa, obligando a aplicar a las Corporaciones Públicas en todos los casos en que ejercitan funciones públicas la Ley de Procedimiento Administrativo preconstitucional de 17 de julio de 1958, ulteriormente modificada por la Ley 30/92, de 26 de noviembre, sobre Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, llegándose a la consideración de que, en principio, la Ley de Procedimiento Administrativo es aplicable a las Corporaciones Públicas, bien entendido que no todos los preceptos, en su integridad, son de directa aplicación, sino aquellos en que desarrollan funciones públicas atribuidas expresamente por la regulación legal"* (STS, Sala 3ª, de 25 de octubre de 2002). Añade también el TS, con relación a otra anterior Sentencia suya de 3 de noviembre de 1988, que el control objetivo de las condiciones de ingreso en la respectiva profesión es un estricto acto administrativo dimanante de la Corporación, recurrible ulteriormente en la vía jurisdiccional contencioso-administrativa y, en consecuencia, susceptible de dictamen preceptivo por el Consejo de Estado cuando nos

encontramos ante una revisión de oficio del acuerdo que reconoció la inscripción del recurrente como colegiado y que es declarado de oficio nulo de pleno derecho en posterior acuerdo. Semejante criterio se recoge, también, en la STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 18 de febrero de 1998, con mención expresa a la preceptividad del Dictamen del Consejo de Estado (o del órgano autonómico equivalente) en caso de revisión de oficio ejercitada por colegio profesional.

**SEGUNDA.- Competencia y procedimiento.**

De acuerdo con lo establecido en los artículos 63 a 69 del citado Estatuto, cabe entender que el procedimiento se ha iniciado por órgano competente, habiéndose respetado en el mismo los trámites esenciales que recoge el precitado artículo 102 LPAC, singularmente, la audiencia al interesado; el expediente remitido carece de copia compulsada de sus documentos y de la certificación original de los acuerdos de la Junta de Gobierno, requisitos ellos necesarios a tenor del artículo 46.2 del Decreto 15/1998, de 2 de abril, por el que se aprueba su Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo Jurídico. No obstante, y en atención a la trascendencia del asunto y a la brevedad del plazo para adoptar la resolución que proceda, el Consejo Jurídico emite el Dictamen que preceptivamente le corresponde, no sin antes advertir, de nuevo, que el procedimiento tiene un plazo de caducidad de 3 meses desde su iniciación (art. 102.5 LPAC, en la redacción dada por la Ley 4/1999, de 13 de enero) y que no consta que tal plazo haya sido suspendido por el órgano competente para resolver, haciendo uso de la facultad establecida en el artículo 42.5, letra c), de dicha LPAC. Por tanto, ha de resolverse y ser notificada la resolución al interesado en el término máximo de 3 meses desde la fecha de incoación.

Resulta competente para resolver definitivamente la Junta de Gobierno.

**TERCERA.- Concurrencia de la causa de revisión esgrimida.**

Aunque la propuesta de resolución carece de la imprescindible fundamentación jurídica que permita ubicar la causa que produce la revisión en una de las previstas en el artículo 62.1, LPAC, la letra f) de éste dispone que son nulos de pleno derecho los actos *“contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición”*. Esta causa de nulidad tiene su centro de gravedad en la determinación de cuáles son los requisitos esenciales del acto, cuestión ésta que sólo puede resolverse caso por caso, como ya ha manifestado este Consejo Jurídico en anteriores ocasiones (Dictámenes números 53/98 y 3/99, entre otros). Para determinar, por tanto, el carácter esencial de estos requisitos, habrá de centrarse el presente análisis en los presupuestos de hecho que deben

concurrir en los sujetos para la adquisición del derecho. A este respecto, ha quedado probado en el procedimiento que el interesado carece de título extranjero homologado al de Licenciado en Odontología, requerido por el artículo 63.2 de los Estatutos colegiales, los cuales, además, establecen expresamente que no se autorizará la colegiación con ejercicio si la aludida convalidación de un título extranjero lo es únicamente a efectos académicos. Concuera con ello la regulación de fondo de la materia, que es el Real Decreto 285/2004, de 20 febrero, sobre las condiciones de homologación y convalidación de títulos y estudios extranjeros de educación superior. Por tanto, además de existir infracción manifiesta del ordenamiento, no concurre el esencial presupuesto de hecho normativamente requerido para la adquisición del derecho a obtener el acceso a la condición de colegiado. Puede predicarse la esencialidad de tal requisito, ya que su existencia no admite términos medios ni transitorios: la homologación es el signo de la capacitación profesional, y sin ésta no es posible el ejercicio de tal profesión. En tal sentido informa el Consejo de Estado un supuesto semejante en Dictamen de 19 de octubre de 2000 (exp.2932/2000), y este Consejo Jurídico en el Dictamen 118/2003.

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

### **CONCLUSIÓN**

**ÚNICA.**- Con la limitación temporal señalada en la Consideración Segunda, se dictamina favorablemente la propuesta de resolución objeto de consulta, que deberá fundamentarse conforme a lo indicado en la Consideración Tercera de este Dictamen.

No obstante, V.E. resolverá.



**DICTAMEN 180/2010**

**Asunto** Proyecto de Orden por el que se establece el currículo del ciclo formativo correspondiente al título de Técnico en Cocina y Gastronomía en el ámbito de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.

**Consultante** Consejero de Educación, Formación y Empleo

**Fecha** 13/10/2010

**Extracto de Doctrina**

Nota: igual doctrina que la expresada en el Dictamen 157/2010.



**DICTAMEN 181/2010**

**Asunto** Proyecto de Orden por el que se establece el currículo del ciclo formativo de grado superior correspondiente al título de Técnico Superior en Laboratorio de Análisis y de Control de Calidad en el ámbito de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.

**Consultante** Consejero de Educación, Formación y Empleo

**Fecha** 13/10/2010

**Extracto de Doctrina**

Nota: igual doctrina que la expresada en el Dictamen 157/2010.



**DICTAMEN 182/2010**

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

**Consultante** Consejera de Sanidad y Consumo

**Fecha** 13/10/2010

**Extracto de Doctrina**

Nota: igual doctrina que la expresada en el Dictamen 2.



**DICTAMEN 183/2010**

<b>Asunto</b>	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.
<b>Consultante</b>	Consejera de Sanidad y Consumo
<b>Fecha</b>	13/10/2010

**Extracto de Doctrina**

En relación con las listas de espera el Consejo de Estado ha declarado que “siendo deseable una inmediatez en el tratamiento y reiterando el mandato constitucional dirigido a los poderes públicos desde la perspectiva de la protección del derecho a la salud, sin embargo nuestro ordenamiento jurídico no articula un sistema que implique en todos los casos la referida inmediatez en la sanidad pública” (Dictámenes 262/2001 y 1682/2006, entre otros). De esta manera la tardanza que entre dentro de los estándares existentes y que no implique una ruptura de la razonabilidad de la espera, deben ser soportados por el paciente, sin perjuicio claro está de que, cuando corresponda, aquél tenga derecho a las garantías que se establecen, en el ámbito de nuestra Comunidad Autónoma, en el Decreto 25/2006, de 31 de marzo, por el que se desarrolla la normativa básica estatal en materia de información sobre listas de espera y se establecen las medidas necesarias para garantizar un tiempo máximo de acceso a las prestaciones del sistema sanitario público de la Región de Murcia.

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** Con fecha 4 de marzo de 2005, x. presenta reclamación de responsabilidad patrimonial ante el Servicio Murciano de Salud (SMS), por los daños padecidos como consecuencia de la tardanza en recibir tratamiento rehabilitador tras ser intervenida quirúrgicamente en el Hospital General Universitario Morales Meseguer (HUMM), de una fractura conminuta de extremidad distal de radio izquierdo. Dicha demora ha ocasionado que la reclamante presente las siguientes secuelas:

- Rigidez articular de articulación radiocarpiana izquierda en un 50%.
- Rigidez de MTC-F de 2 y 3 dedos.
- Cervicalgia postraumática.



Acompaña informe médico emitido el día 7 de febrero de 2005 por el Dr. x., del Servicio de Trauma-cirugía ortopédica del HUMM, en el que se señala que en relación con el accidente sufrido por la reclamante el día 16 de junio de 2004, al caerse por una escalera, aquélla precisó intervención quirúrgica, habiéndole quedado, tras el tratamiento al que fue sometida, las secuelas descritas anteriormente.

Solicita una compensación económica aunque no fija cantidad.

**SEGUNDO.-** Admitida a trámite la reclamación y encomendada la instrucción del procedimiento al Servicio de Régimen Jurídico del SMS, por dicho órgano instructor se procede a:

a) Comunicar la reclamación a la Dirección General de Asistencia Sanitaria.

b) Solicitar a los Directores Gerentes del HUMM y del Hospital Universitario Virgen de la Arrixaca (HUVA), la remisión de las historias clínicas de la reclamante e informes de los profesionales que le asistieron.

c) Comunicar a la reclamante la información indicada por el artículo 42.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC).

d) Comunicar a la Compañía Aseguradora del SMS la presentación de la reclamación.

**TERCERO.-** El facultativo, Dr. x., traumatólogo del HUMM, emite, el día 4 de mayo de 2005, el siguiente informe:

*“Paciente de 51 años de edad, atendida de Urgencia por mí en este Hospital el día 15-06-04. Preciso ingreso para tratamiento urgente de la fractura conminuta de extremidad distal de radio izquierdo (es zurda).*

*En el traumatismo sufrido se le apreció Esguince cervical y contusiones diversas (rodilla izq y pie izq.), además de la fractura reseñada.*

*De urgencia se redujo el foco de fractura y se estabilizó con agujas de Kichnner más inmovilización enyesada.*

*Realicé seguimiento en consulta externa de este Hospital, donde retiré agujas el día 21-07-04 y otra el 24-08-04, solicitando a Servicio de Rehabilitación recuperación funcional preferente. Por ser de un área sanitaria diferente a la de mi Hospital, los Servicios administrativos le remitieron al Hospital Virgen de la Arrixaca.*

*A los 2 meses de solicitar Rehabilitación la paciente no había iniciado la recuperación funcional y presentaba una rigidez importante de la muñeca izquierda.*

*El día 07-02-05 emití, informe de secuelas en relación al accidente tratado, donde valoro diversas secuelas. La fractura conminuta de radio siempre origina secuelas de movilidad de muñeca; en qué grado se habrían disminuido, por debajo del 50% que yo valoro en el informe, es imposible cuantificar. Lógicamente cuanto antes se Rehabilita mejores resultados se obtienen. El resto de secuelas no están modificadas por el hecho de tardar mas o menos en la recuperación funcional”.*

El Jefe de Servicio de Medicina Física y RHB del HUVA, Dr. x., emite el siguiente informe:

*“Paciente remitida por traumatología del Hospital Morales Meseguer por presentar, según informe: Fractura Compleja Distal de Radio izquierdo, policontusiones y dolor cervical con mareos. Solicitud presentada a este Servicio el 27 de Agosto de 2004.*

*Valorada el 27 de Septiembre de 2004 se deriva a centro concertado para tratamiento de Fisioterapia.*

*Tras el tratamiento persiste similar Balance articular y función con 20° Flexión dorsal, Flexión palmar 45°, Pronosupinación limitada.*

*En Rx (01/03/05) presenta una descalcificación importante prescribiéndose tratamiento específico con Calcitonina nasal y Gabapentina sin conseguir mejoría del dolor y movilidad, siendo alta en éste Servicio el 21/04/2005.*

#### *Comentario al Informe Clínico.*

*La rigidez articular (entendida como pérdida parcial de movilidad fisiológica) puede deberse a 1.-La lesión previa, especialmente traumática y con afectación de cápsula y extremos óseos como es este caso (Fractura conminuta y compleja de extremidad distal del radio). 2.-*

*Asimismo puede deberse a la agresividad quirúrgica y tiempo de inmovilización (improbable en este caso), y 3.- Las características físicas y psicológicas del paciente (control propioceptivo ante intervención y proceso rehabilitador).*

*La rigidez puede ser atribuida a la propia fractura de extremidad distal de Radio: fractura compleja con conminación de fragmentos, afectación articular y de componentes capsulares y ligamentosos.*

*En mi opinión no cabe atribuir la rigidez a la tardanza del tratamiento fisioterápico ya que en ningún caso se ha modificado la funcionalidad tras aplicar dicho tratamiento. El enfermo puede realizar los movimientos de muñeca inmediatamente de ser retirada la inmovilización por sí mismo (siguiendo las indicaciones del traumatólogo que le atiende), sin ser imprescindible y necesaria asistencia por un fisioterapeuta.*

*No debe entenderse como un vacío o ausencia de tratamiento dicho intervalo y no todos los enfermos precisan tratamiento fisioterápico por Fractura de extremidad distal de radio.*

*Por lo tanto concluyo que no debe atribuirse la limitación articular al retraso por nuestra parte”.*

De la historia clínica cabe destacar las siguientes anotaciones:

-El 24 de agosto de 2004, al retirar la inmovilización y comprobar que existía una muñeca dolorosa y una rigidez casi completa, se solicita tratamiento de rehabilitación preferente.

-La solicitud tuvo entrada en el HUVA el siguiente día 27 (folios 60 y 67).

- El día 27 de septiembre de 2004 fue reconocida por primera vez en el Servicio de Rehabilitación del HUVA, donde se le realizó exploración física y funcional y se prescribió tratamiento rehabilitador, que se inicia en clínica concertada la primera semana de noviembre.

- Finalizado el tratamiento rehabilitador persistía un balance articular similar al inicial.

- Tras comprobar la existencia de una importante descalcificación, se prescribió tratamiento específico que no consiguió mejorar la inmovilidad ni el dolor, por lo que la paciente fue dada de alta el 21 de abril de 2005.

**CUARTO.-** Solicitado informe al Servicio de Inspección de Prestaciones Asistenciales, es emitido con fecha 12 de agosto de 2009. En él la Inspectora informante, tras realizar diversas consideraciones acerca de las fracturas de colles y la incidencia de la rehabilitación sobre el resultado final de aquéllas, concluye afirmando lo siguiente:

*“PRIMERA: No hemos encontrado a lo largo del proceso estudiado asistencia médica defectuosa, habiendo estado la misma ajustada a los protocolos vigentes, para el tratamiento de los traumatismos de muñeca, y comprobándose un seguimiento exhaustivo de la paciente por parte de los servicios médicos implicados.*

*SEGUNDA: El retraso en el inicio del tratamiento de rehabilitación desde su solicitud (24 - 08-2004) hasta su inicio (1ª semana de noviembre), consideramos no ha influido en el resultado final del proceso, aunque pueda suponer un funcionamiento anormal del Servicio Murciano de Salud.*

*TERCERA: Las complicaciones sufrida por x., están dentro de las descritas como muy frecuentes en este tipo de traumatismos (entre el 15 y 25% de los casos de las fracturas de la extremidad distal del radio), aun en los casos de tratamiento correcto.*

*CUARTA: La tórpida evolución de la fractura de Colles sufrida, es más imputable a la idiosincrasia de la paciente (edad, antecedentes de caídas previas, patología preexistente, factores sociales, etc.) y del proceso patológico en si mismo (necesidad de reducción quirúrgica, prolongación del tiempo de inmovilización, etc.), que al retraso en el inicio del tratamiento rehabilitador tras el postoperatorio.*

*QUINTA: Desde los conocimientos científicos actuales, no se puede afirmar indubitadamente, la efectividad real de la rehabilitación en los adultos con fractura distal del radio”.*

**QUINTO.-** La Compañía de Seguros, por su parte, envía a la instructora del procedimiento informe de los Dres. x, y., traumatólogos, y x., especialista en cirugía de la mano y nervios periféricos, en el que, tras resumir los hechos y efectuar las consideraciones médicas que en el informe se recogen, concluyen del siguiente modo:

*“1. X. sufrió una fractura de tercio distal de radio izquierdo, en extremidad prevalerte, que fue tratada mediante reducción y síntesis con agujas percutáneas e inmovilizada con escayola.*

2. Después de la inmovilización fue vista por Rehabilitación, aproximadamente en cuatro semanas y comenzó la fisioterapia controlada en un periodo total de unas ocho o nueve semanas.

3. El resultado funcional ha sido con limitación de la movilidad de la muñeca, con balance articular de 20° de flexión dorsal, 45° de flexión palmar, así como limitación de la pronosupinación, después de rehabilitación.

4. Esta limitación no se puede atribuir, en nuestro criterio, al retardo en la rehabilitación controlada, porque la rehabilitación comienza de forma pasiva durante la evolución de la fractura y de forma activa en domicilio, después de la inmovilización, para ganar sensibilidad propioceptiva, así como movilidad que prepare el camino para la rehabilitación controlada, que pretende recuperar actividad más sofisticada, propia de la mano.

5. Otros factores que influyen en el resultado son las características anatomopatológicas del foco de fractura, así como la colaboración de la paciente.

6. Ha existido demora, posiblemente en relación con la sobrecarga que la Sanidad Pública tiene al ser universal, pero no mala praxis. La actividad rehabilitadora comienza por el propio paciente en su domicilio y siguiendo los consejos marcados por su traumatólogo. El resultado final está en relación siempre con las características anatomopatológicas del foco de fractura”.

**SEXTO.-** Conferido trámite de audiencia a la reclamante y a la Compañía de Seguros, no hicieron uso del mismo, al no comparecer ni presentar documento o alegación alguna.

Seguidamente fue formulada propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación, al considerar que no concurren los requisitos necesarios para la declaración de la responsabilidad patrimonial, al no haber acreditado la interesada que las lesiones que padece sean consecuencia de la asistencia sanitaria recibida.

En tal estado de tramitación V.E. dispuso la remisión del expediente al Consejo Jurídico en solicitud de Dictamen, mediante escrito que tuvo entrada el día 1 de febrero de 2010.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

## **CONSIDERACIONES**

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

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

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

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

La reclamante, 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 LPAC, en relación con el 4.1 RRP.

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

La reclamación se ha presentado en el plazo de prescripción de un año legalmente establecido. Concretamente, en el artículo 142.5 LPAC se señala que *"en todo caso, el derecho a reclamar prescribe al año de producido el hecho o el acto que motive la indemnización o de manifestarse su efecto lesivo"*, precisándose que *"en caso de daños, de carácter físico o psíquico, a las personas el plazo empezará a computarse desde la curación o determinación del alcance de las secuelas"*. En el presente supuesto, la primera atención sanitaria dispensada a la interesada tuvo lugar el día 16 de junio de 2004, pero las secuelas de su dolencia todavía persisten en la actualidad, por lo que debe entenderse que la reclamación de responsabilidad patrimonial presentada el día 4 de marzo de 2005 ha sido deducida en plazo.

**TERCERA.- Responsabilidad patrimonial en materia sanitaria. Requisitos.**

La responsabilidad patrimonial exigida por la actuación en el campo sanitario está sometida a los principios de la responsabilidad de la Administración que rigen en nuestro Derecho, derivada del artículo 106.2 de la Constitución Española: “Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”. Por otra parte, el texto constitucional (artículo 43.1) también reconoce “el derecho a la protección de la salud”, desarrollado por la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, que particulariza en su artículo 10 los derechos de los usuarios respecto a las distintas Administraciones Públicas.

Los elementos constitutivos de la responsabilidad patrimonial de la Administración, de naturaleza objetiva, han sido desarrollados por la LPAC, en particular por sus artículos 139 y 141, pudiéndose concretar en los siguientes:

1) El primero de los elementos es la lesión patrimonial, entendida como daño ilegítimo o antijurídico, y esta antijuridicidad o ilicitud sólo se produce cuando el afectado no hubiera tenido la obligación de soportar el daño.

2) La lesión ha de ser real y efectiva, nunca potencial o futura, evaluable económicamente e individualizada en relación a una persona o grupo de personas.

3) El vínculo entre la lesión y el agente que la produce, es decir, entre el acto dañoso y la Administración.

4) Por último, también habrá de tenerse en cuenta que no concurra fuerza mayor u otra causa de exclusión de la responsabilidad.

Además de estos principios comunes, cuando las reclamaciones de los particulares se refieren a la posible responsabilidad patrimonial de la Administración por la prestación de servicios sanitarios, el requisito de que la actuación médica se haya ajustado o no a la *lex artis ad hoc* adquiere un singular relieve, debido a que si la actuación de los facultativos se acomodó y desarrolló con arreglo al estado de los conocimientos de la ciencia médica, si así queda probado en la instrucción del procedimiento, los resultados lesivos no podrán atribuirse a la Administración sanitaria, bien porque no pueda afirmarse que concurra aquel nexo causal, bien porque ni siquiera

pueda determinarse la existencia de una lesión indemnizable, debido a que los resultados lesivos normalmente serán consecuencia de la evolución de las propias enfermedades del paciente, aun a pesar del correcto funcionamiento de los servicios sanitarios. Y es que, tal como vienen señalando de forma reiterada la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la doctrina del Consejo de Estado y de este Consejo Jurídico, la ciencia médica no es exacta, por lo que los facultativos tienen una obligación de medios y no de resultados, obligación que, según STS, Sala 1ª, de 25 de abril de 1994, puede condensarse en los siguientes deberes: 1) Utilizar cuantos remedios conozca la ciencia médica y estén a disposición del médico en el lugar en que se produce el tratamiento, de manera que la actuación del médico se produzca por la denominada *lex artis ad hoc* o módulo rector de todo arte médico, como principio director en esta materia, en consideración al caso concreto en que se produce la actuación e intervención médica y las circunstancias en que la misma se desarrolle; 2) informar al paciente o, en su caso, a los familiares del mismo, siempre que ello resulte posible, del diagnóstico de la enfermedad o lesión que padece, del pronóstico que de su tratamiento puede esperarse y de los riesgos potenciales del mismo; 3) continuar con el tratamiento del enfermo hasta el momento en que éste pueda ser dado de alta, advirtiéndolo al mismo de los riesgos que el abandono le puede comportar.

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

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

Para la reclamante, la causa del daño que dice haber sufrido radica en la demora en iniciar el tratamiento rehabilitador tras la intervención quirúrgica, lo que habría ocasionado la evolución tórpida de sus lesiones y, por ende, las secuelas que padece.

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.

Se debe analizar en primer lugar si efectivamente se produjo un retraso en el comienzo del tratamiento rehabilitador. A este respecto, el análisis de la documentación que obra en el expediente nos lleva a señalar que no hubo la demora que se afirma, pues la paciente fue vista y evaluada por el Servicio de Rehabilitación en el plazo de un mes desde que la solicitud de examen por dicho Servicio tuviese entrada en el HUVA, comenzado el tratamiento cinco semanas después. Hay que tener en cuenta que es el servicio receptor de la actividad médica que se solicita quien establece la prioridad del tratamiento y al hacerlo ha de tener en cuenta, forzosamente, las circunstancias concretas de cada caso entre las que cabe incluir la escasez de medios. A este respecto cabe recordar que en relación con las listas de espera el Consejo de Estado ha declarado que *“siendo deseable una inmediatez en el tratamiento y reiterando el mandato constitucional dirigido a los poderes públicos desde la perspectiva de la protección del derecho a la salud, sin embargo nuestro ordenamiento jurídico no articula un sistema que implique en todos los casos la referida inmediatez en la sanidad pública”* (Dictámenes 262/2001 y 1682/2006, entre otros). De esta manera la tardanza que entre dentro de los estándares existentes y que no implique una ruptura de la razonabilidad de la espera, deben ser soportados por el paciente, sin perjuicio claro está de que, cuando corresponda, aquél tenga derecho a las garantías que se establecen, en el ámbito de nuestra Comunidad Autónoma, en el Decreto 25/2006, de 31 de marzo, por el que se desarrolla la normativa básica estatal en materia de información sobre listas de espera y se establecen las medidas necesarias para garantizar un tiempo máximo de acceso a las prestaciones del sistema sanitario público de la Región de Murcia.

En segundo lugar, incluso en el supuesto de admitir que la rehabilitación fuese tardía, tampoco puede afirmarse que, caso de haber sido instaurado más precozmente, el tratamiento rehabilitador hubiese evitado la situación incapacitante que se reclama. En efecto, en el supuesto que nos ocupa el tratamiento rehabilitador no puede considerarse elemento decisivo para el resultado final (conclusión quinta del informe de la Inspección de Prestaciones Asistenciales), sino que, de acuerdo con los informes médicos obrantes en el expediente, las secuelas que presenta la paciente sólo pueden ser atribuidas a la evolución indeseable derivada de la fractura que padeció

(conclusión tercera del informe antes citado), en la que influyó la propia *“idiosincrasia de la paciente (edad, antecedentes de caídas previas, patologías preexistentes, factores sociales, etc.) y del proceso patológico en si mismo (necesidad de reducción quirúrgica, prolongación del tiempo de inmovilización, etc)”* (conclusión quinta del mismo informe).

Ante estos informes evacuados por quienes tienen los conocimientos técnicos y científicos adecuados para ello, las manifestaciones vertidas por la interesada en su reclamación tendentes a establecer una relación directa entre la pretendida demora en la instauración del tratamiento rehabilitador y las secuelas que presenta, carecen de eficacia enervante por constituir meras afirmaciones de parte no avaladas por dictamen médico alguno.

Finalmente, coincide este Órgano Consultivo con la apreciación que formula la instructora respecto al hecho de que la paciente al firmar un documento de consentimiento informado antes de someterse a la intervención quirúrgica de la fractura de colles, en el que figuraba, entre los posibles riesgos inherentes a la misma, la pérdida de movilidad de articulaciones próximas a la zona lesionada, estaba asumiendo la posibilidad de que dicha pérdida se produjera y, por lo tanto, la reclamante tiene el deber jurídico de soportar el daño causado por su proceso patológico que la actuación médica conforme a la *lex artis* no fue capaz de evitar.

En consecuencia, a juicio del Consejo Jurídico no ha sido acreditado por la reclamante, sobre quien recae la carga de la prueba, ni resulta del expediente, que se haya producido una violación de la *lex artis* médica en la prestación sanitaria desplegada por los facultativos integrados en el sistema de salud regional.

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

### **CONCLUSIÓN**

**ÚNICA.-** Se dictamina favorablemente la propuesta de resolución desestimatoria, en tanto que no se aprecia la concurrencia de los elementos legalmente exigidos para el nacimiento de la responsabilidad patrimonial de la Administración

No obstante, V.E. resolverá.



**DICTAMEN 184/2010**

**Asunto** Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hija, debida a accidente escolar.

**Consultante** Consejero de Educación, Formación y Empleo

**Fecha** 13/10/2010

**Extracto de Doctrina**

En centros especiales es exigible la adopción de medidas preventivas apropiadas a las minusvalías y carencias de salud de los usuarios. Sin embargo, también ha señalado este Consejo Jurídico que, aun cuando sea exigible un especial cuidado por parte de los responsables de tales centros, teniendo en cuenta las minusvalías que padecen los alumnos, ello no implica que cualquier suceso que ocurra en un centro de educación especial deba ser necesariamente indemnizado por la Administración, pues ello implicaría la desnaturalización del instituto de la responsabilidad patrimonial (Dictámenes 42/2003 y 15/2005). Por ello, conviene analizar y ponderar las circunstancias que concurren en cada caso.

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** El día 7 de noviembre de 2008 x. presentó un escrito interponiendo una reclamación de responsabilidad patrimonial ante la Consejería de Educación, Formación y Empleo derivada de los daños sufridos por su hija x., que cayó de la cama al sufrir una crisis convulsiva en el Colegio de Educación Especial “Ascruz”, de Caravaca de la Cruz, Murcia. Señala que la alumna, a consecuencia de la caída, perdió el incisivo izquierdo y se rompió otros dos; no determina la cantidad en que actualmente se valoran los daños, aunque aportó posteriormente un presupuesto de 1.833 euros (28 de octubre de 2008), otro de 1.985 euros (9 de diciembre de 2008), y un recibo de una clínica dental, fechado el 3 de noviembre de 2009, de 1.126 euros.

**SEGUNDO.-** El Director del Centro remitió el correspondiente parte de accidente escolar el 4 de noviembre de 2008; relata que el accidente se produjo el 21 de octubre anterior en la residencia, a las 3 horas, coincidiendo con el escrito de reclamación en la descripción de los daños. Remite también un parte de asistencia sanitaria prestada suscrito por el personal de enfermería, según el cual la crisis convulsiva se produjo a las 3 horas, y cedió en 3 o 4 minutos, aunque a las 4 de la madrugada la alumna residente se quejó de dolor en la boca, prestándosele los primeros cuidados odontológicos, a la par que se la administraba paracetamol.

**TERCERO.-** La reclamación fue admitida a trámite el 14 de diciembre de 2009 mediante resolución del Secretario General de la Consejería que también designó instructora. Ésta solicitó informes complementarios al centro, que fueron evacuados por el Director el 11 de enero de 2010; destaca que la alumna está diagnosticada de crisis convulsivas generalizadas, aunque al ser tratadas con medicación, no suelen presentarse; la alumna, según destaca, tiene un grado de minusvalía del 67 por ciento, y un retraso mental ligero (encefalopatía); describe el entorno de cuidados que el centro presta a los alumnos (dormitorios, personal de enfermería, atención nocturna, etc.). En un posterior informe de 20 de enero de 2010 aclara, a instancia de la instrucción, que la alumna no había sufrido en el centro crisis alguna, y que, a partir del último trimestre del 2009, se han adquirido camas con barandillas para evitar caídas de los alumnos.

**CUARTO.-** El 22 de enero de 2010, el Director del Centro envió a la Consejería una fotocopia de la sentencia 87/2009, de 6 de julio de ese año, emitida por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 5, de Molina de Segura, que declara incapaz a x., rehabilitando la patria potestad de su progenitor, x.

**QUINTO.-** A instancia de la instructora, la Inspección de Educación emitió informe el 17 de febrero de 2010 en que señala, principalmente, que no existe normativa que regule los requisitos que deben reunir las camas en los centros de educación especial.

**SEXTO.-** Conferida audiencia al reclamante, compareció el 11 de marzo de 2010 para retirar copia de los informes del Director del Centro, de los que discrepa ya que, según dice, su hija no sufre convulsiones, sino crisis epilépticas; a preguntas de la instructora contesta que en su domicilio, su hija duerme en una cama con barandilla; destaca también que el tratamiento odontológico de su hija no ha terminado, y que en el momento en que termine presentará la oportuna factura.

**SÉPTIMO.-** Formulada propuesta de resolución el 29 de marzo de 2010, concluye ésta en que debe estimarse la reclamación, fundamentando el criterio en la falta de diligencia del centro, por no contar la cama con barandilla.

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 citado en el encabezamiento.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

## **CONSIDERACIONES**

### **PRIMERA.- Carácter de este Dictamen.**

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

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

El 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 se han cumplido los esenciales trámites legales y reglamentarios que integran esta clase de procedimientos, aunque se advierte una dilación provocada por la tardanza en la admisión a trámite.

### **TERCERA.- Sobre el fondo del asunto.**

A la vista del expediente remitido puede afirmarse que al asunto sometido a consulta es aplicable la doctrina consultiva clásica sobre el deber de vigilancia en los centros de educación especial, de la que es exponente, entre otros, el Dictamen de este Consejo Jurídico 31/2003, según el cual y otros posteriores, la Administración está obligada a extremar su celo en la custodia de los alumnos. Así se recoge, entre otros, en los Dictámenes del Consejo de Estado números 4060/1996, de 19 de diciembre, y 1077/1996, de 9 de marzo. En esta misma línea se manifiesta la doctrina legal de otros órganos consultivos autonómicos y de este propio Consejo (Dictámenes números 30/2002, 107/2002, 31/2003 y 5/2004). En consecuencia, en dichos centros especiales es exigible la adopción de medidas preventivas apropiadas a las minusvalías y carencias de salud de

los usuarios. Sin embargo, también ha señalado este Consejo Jurídico que, aun cuando sea exigible un especial cuidado por parte de los responsables de tales centros, teniendo en cuenta las minusvalías que padecen los alumnos, ello no implica que cualquier suceso que ocurra en un centro de educación especial deba ser necesariamente indemnizado por la Administración, pues ello implicaría la desnaturalización del instituto de la responsabilidad patrimonial (Dictámenes 42/2003 y 15/2005). Por ello, conviene analizar y ponderar las circunstancias que concurren en cada caso en orden a determinar si se cumplen los requisitos que caracterizan la responsabilidad patrimonial, legalmente establecidos en los artículos 139 y siguientes LPAC, y desde el criterio de que los responsables de los centros deben poner especial celo tendente a evitar que en tales centros se produzcan daños como los que han originado la presente reclamación, adoptando las medidas preventivas.

Tal y como se establece en el informe emitido por el Director del Centro, la alumna tiene un grado de minusvalía del 67 por ciento, un retraso mental ligero (encefalopatía) y está diagnosticada de crisis convulsivas generalizadas por epilepsia; sin embargo, a la fecha de accidente carecía la cama de barandilla, elemental medida de seguridad, que se adoptó después, proporcionada a la atención que demandaba la enfermedad de la alumna. De lo anterior se desprende que los maestros y cuidadores debían haber adoptado una especial vigilancia, concurriendo, pues, los requisitos establecidos en la LPAC para estimar la reclamación.

No obstante, antes de resolver definitivamente, debe solicitarse la conformidad médica de la Consejería de Sanidad a la cuantificación del daño, verificando también que la atención odontológica dispensada se corresponde a los daños producidos a causa de la caída de la cama.

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

### **CONCLUSIÓN**

**ÚNICA.-** Se dictamina favorablemente la propuesta de resolución que estima la reclamación de responsabilidad patrimonial, por quedar acreditada la relación de causalidad entre el daño sufrido por la alumna y el funcionamiento del servicio público, sin perjuicio de lo observado en la Consideración Tercera sobre la cantidad a indemnizar.

No obstante, V.E. resolverá.



## DICTAMEN 185/2010

<b>Asunto</b>	Revisión de oficio del acto administrativo por el que se concede plaza en la Universidad de Murcia, para cursar los estudios del primer curso de Grado en Enfermería, a x.
<b>Consultante</b>	Consejero de Universidades, Empresa e Investigación
<b>Fecha</b>	13/10/2010

### Extracto de Doctrina

Al tratarse la revisión de oficio de los actos administrativos de un cauce de utilización excepcional, frente a la regla general de la anulabilidad, exige una interpretación estricta de las causas de nulidad de pleno derecho, máxime en el caso concreto del vicio establecido en el artículo 62.1,f) LPAC: “actos expresos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por el que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición”.

Esta causa de nulidad tiene su centro de gravedad en la determinación de cuáles son los requisitos esenciales del acto, cuestión ésta que sólo puede resolverse caso por caso, como ha manifestado este Consejo Jurídico en anteriores Dictámenes (por todos, Dictamen núm. 118/03).

### ANTECEDENTES

**PRIMERO.-** El presente procedimiento de revisión de oficio de la admisión y matriculación de x. en la Universidad de Murcia para cursar los estudios del primer curso del Grado de Enfermería, tiene como antecedente el expediente 55/10 de este Consejo Jurídico, sobre el que recayó el Dictamen 78/2010 en el que, sin entrar a considerar el fondo de la cuestión planteada, se señaló la procedencia de declarar la caducidad del procedimiento de revisión de oficio por el transcurso de los tres meses para su resolución, conforme al artículo 102.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), sin perjuicio de la posibilidad de incoar un nuevo procedimiento por el carácter imprescriptible de la acción de nulidad de pleno derecho prevista en el citado artículo 102 de dicha Ley.

Asimismo, en el precitado Dictamen se realizaba una consideración adicional dirigida al órgano proponente, en atención a que la revisión de oficio de los actos administrativos es un cauce de utilización excepcional, frente a la regla general de la anulabilidad, recomendando que la causa de nulidad alegada (artículo 62.1,f) LPAC) fuera analizada por el órgano instructor, no sólo desde la

perspectiva de imposibilidad de acceder al grado de enfermería por el cupo de titulados, sino por cualquier vía.

**SEGUNDO.-** En cumplimiento del Dictamen 78/2010, por Resolución del Rectorado de 23 de junio de 2010 se declaró la caducidad del procedimiento de revisión de oficio precitado (expediente 55/10), iniciado por Resolución de 14 de diciembre de 2009.

En la misma Resolución de 23 de junio se acordaba la iniciación de un nuevo procedimiento de revisión de oficio, por carecer x. de los requisitos necesarios para ser admitido en el primer curso del Grado de Enfermería de la Universidad de Murcia, disponiendo también:

- La conservación de los actos y trámites anteriores a la propuesta de resolución de 26 de enero de 2010.

- La audiencia al interesado por plazo de diez días hábiles.

- La adopción de la medida cautelar de la suspensión de los derechos de admisión y de matriculación durante la tramitación del expediente.

**TERCERO.-** Notificada la Resolución de iniciación al alumno afectado, presenta alegaciones el 1 de julio de 2010 (folios 28 a 30), en las que manifiesta que se encuentra en posesión de titulación bastante para acceder a los estudios de graduado de Enfermería, al haber estado matriculado en otros estudios de licenciatura en la misma Universidad de Murcia, como ha reconocido tácitamente la Escuela de Enfermería que no puso ninguna objeción a su matriculación. También solicita que se levanten las medidas cautelares adoptadas por los perjuicios que se le están irrogando, así como advierte de la futura presentación de una reclamación de responsabilidad patrimonial frente a la Universidad de Murcia por su actuación, en tanto se cobró la matrícula y se mantuvo al afectado unos meses como alumno. A efectos meramente indicativos, señala una serie de perjuicios tales como matrícula, libros de consulta, disminución de ingresos por actividad laboral y daños morales.

**CUARTO.-** El informe de la Asesoría Jurídica de la UMU, de 6 de julio de 2010, es favorable a la declaración de nulidad de pleno derecho de la admisión y subsiguiente matriculación del alumno afectado por la causa prevista en el artículo 62.1,f) LPAC, pues x. fue admitido en el primer curso del Grado de Enfermería cuando carecía de los requisitos esenciales para ello, sin que



pueda suplirse esa circunstancia mediante la aplicación de los presupuestos propios de otra modalidad de acceso distinta a la que fue interesada por aquél.

**QUINTO.-** El 8 de julio de 2010, la Vicerrectora de Estudios de la UMU formula la propuesta de resolución en la que sostiene que concurre la causa de nulidad de pleno derecho prevista en el artículo 62.1,f) LPAC, en tanto la admisión del alumno se configura como un acto determinante de la adquisición por el interesado del derecho a cursar los estudios del Grado de Enfermería, mediante su ulterior matriculación, resultando de los hechos que constan en el expediente que carecía de los requisitos indispensables para ser admitido en aquellos estudios, concretados en la disposición de un título de carácter oficial y con validez en todo el territorio nacional o, en su caso, superación de las pruebas de acceso u otros de los indicados para las modalidades alternativas que son descartadas también en la propuesta. Añade que dicha admisión afecta de modo singular a los intereses de terceros, al estar sujetos dichos estudios a limitación de plazas.

De dicha propuesta también se dio traslado al interesado, sin que haya presentado alegaciones.

**SEXTO.-** Mediante Resolución del Rectorado de 6 de agosto de 2010 (notificada al interesado el mismo día) se acuerda remitir el expediente al titular de la Consejería de Universidades, Empresas e Investigación para que solicite el Dictamen del Consejo Jurídico, así como suspender el transcurso del plazo máximo legal para resolver y notificar la resolución al interesado, por el tiempo máximo de tres meses, hasta la recepción del Dictamen del citado Órgano Consultivo, que igualmente habrá de ser notificada a aquél.

**SÉPTIMO.-** Con fecha 27 de agosto de 2010, el Secretario General de la Consejería de Universidades, Empresa e Investigación recaba el Dictamen preceptivo del Consejo Jurídico, acompañando el expediente administrativo.

A la vista de los referidos Antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

#### **PRIMERA.- Carácter de este Dictamen.**

Corresponde al Consejo Jurídico la emisión de Dictamen preceptivo en la revisión de oficio de los actos administrativos, según establece el artículo 12 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, para

los casos de nulidad previstos en el artículo 62.1 en relación con lo dispuesto en el artículo 102, ambos de la LPAC.

Con este carácter se ha recabado el Dictamen por parte de la autoridad consultante respecto al presente procedimiento de revisión de oficio tramitado por la Universidad de Murcia, en su consideración de Administración Pública derivado del artículo 2.2 LPAC.

### **SEGUNDA.- Cuestiones procedimentales.**

La revisión de los actos emanados por la UMU, cuando se ejerzan potestades administrativas, habrá de acomodarse a lo establecido en la legislación del Estado reguladora del procedimiento administrativo común (LPAC), conforme a lo previsto en su artículo 2.2. Concretamente, el artículo 20.1 *in fine* de la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades (modificada por la Ley Orgánica 4/2007, de 12 de abril), como los Estatutos de la Universidad de Murcia (artículo 42), aprobados por Decreto regional 85/2004, de 27 de agosto, asignan al Rectorado las competencias no atribuidas expresamente a otros órganos de la Universidad.

El procedimiento seguido se ha ajustado a lo dispuesto en el artículo 102 LPAC, habiéndose otorgado dos trámites de audiencia al alumno afectado para la defensa de sus pretensiones. También, de acuerdo con lo recomendado en el Dictamen 78/2010 de este Consejo Jurídico, se ha dispuesto por la Resolución del Rectorado de 6 de agosto de 2010 la suspensión del plazo para la resolución y notificación, entre el tiempo que media entre la petición de nuestro Dictamen y la recepción del mismo, según establece el artículo 42.5,c) LPAC, con la finalidad de enervar los efectos previstos en el artículo 102.5 de la misma Ley: *“Cuando el procedimiento se hubiera iniciado de oficio, el transcurso del plazo de tres meses desde su inicio sin dictarse resolución producirá la caducidad del mismo.”*

Para la resolución y notificación del presente procedimiento desde la recepción de nuestro Dictamen, el órgano competente dispone del plazo que resta desde que fue acordada la suspensión, hasta los tres meses computados desde su inicio (Resolución del Rectorado de 23 de junio de 2010). En todo caso, tanto si se adopta como *dies a quo*, a los efectos suspensivos, la Resolución del Rectorado de 6 de agosto de 2010 (en la que se remite el expediente a la Consejería consultante para la petición de nuestro Dictamen y se señala expresamente dicho efecto a partir de ese momento, sin que haya sido cuestionado por el interesado) o la fecha ulterior de 23 de agosto siguiente, correspondiente al registro de salida del órgano consultante (Consejería

de Universidades, Empresa e Investigación) solicitando nuestro Dictamen, acorde este último criterio con nuestra doctrina (por todos Dictamen 40/2007), el órgano competente dispone de un mes y medio, aproximadamente, en el primer caso, o de un mes según el segundo cómputo, que debería ser el que adoptara por la razón indicada.

**TERCERA.- Historial académico del alumno en relación con los actos que se revisan en el presente procedimiento de revisión de oficio.**

Con fecha 6 de julio de 2009, x. presenta ante la Universidad de Murcia la solicitud de ingreso en estudios con limitación de plazas en las titulaciones de Medicina y Grado de Enfermería por “el cupo de titulados”. Aporta como título el Diploma Superior de Criminología impartido por la Universidad Católica de San Antonio. En el certificado académico que acompaña de esta Universidad se especifica que tal Diploma “*ha sido declarado equivalente al título de diplomado universitario a los únicos efectos de acceso a la Licenciatura de Criminología*”. Dicha condición no es sino aplicación de lo dispuesto en el RD. 858/2003, de 4 de julio, que regula el Título Universitario Oficial de Licenciado en Criminología, en cuya Directriz general sexta (Anexo) establece que “*podrán acceder a estos estudios quienes se encuentren en posesión de un título de Criminología que haya sido declarado equivalente por el Ministerio de Educación, Cultura y Deporte al título de Diplomado Universitario a los efectos de acceso a la Licenciatura de Criminología*”.

En este punto conviene advertir que el expresado Diploma le había permitido al alumno matricularse con anterioridad, de acuerdo a los efectos indicados, en los estudios de Licenciado en Criminología de la Universidad de Murcia, estudios que no ha concluido según la certificación académica obrante en el expediente (folios 20 y 21 del expte. 55/10), por lo que carece de este título de la UMU.

El 16 de septiembre de 2009, según expresa la Directora de la Escuela Universitaria de Enfermería (folio 3 del expte 55/10), el alumno obtuvo plaza en la titulación 237 -Grado de Enfermería- quedando formalizada la matrícula el 23 de septiembre de 2009 (folios 12 y 13), aportando como título únicamente el Diploma de Criminología de la Universidad Católica de San Antonio, respecto al que ya se ha indicado que sólo se ha declarado equivalente al título de Diplomado, según especifica dicha Universidad, a los únicos efectos de acceso a la Licenciatura de Criminología, cuyos estudios no ha terminado.

De otra parte, acorde con el Dictamen 78/2010 de este Consejo Jurídico que recomendaba que se examinara la imposibilidad del alumno para acceder por otras vías conforme a la normativa

aplicable, se recoge también en su historial académico que x. realizó el examen de ingreso a la Universidad para mayores de 25 años en el año 1992, que sólo le habilitaba para el acceso a los estudios que expresamente solicitaba, en este caso Graduado Social, conforme al artículo 7 de la entonces vigente Orden Ministerial de 26 de mayo de 1971, por la que se regulaba el acceso a los estudios universitarios de los mayores de veinticinco años:

*“La superación de las pruebas de acceso a la Universidad y el certificado de asistencia a los cursos de orientación e iniciación sólo faculta para efectuar la matrícula como alumno del Centro elegido y no equivale, a ningún otro efecto, a la posesión de titulación académica alguna”.*

También consta en su historial que el alumno no superó el primer curso, ni aprobó asignatura alguna, según informa la Jefa de Sección de la Facultad de Ciencias del Trabajo (folio 38 del expte. 55/10). De haber superado el primer curso, el párrafo segundo del artículo 7 de la Orden precitada, expresaba que los alumnos ingresados en la Universidad por esta vía quedarían sujetos, en cuanto a traslados a distintas Facultades o Escuelas Técnicas de la misma Universidad, al mismo régimen que el resto de los alumnos.

#### **CUARTA.- Concreción de los actos administrativos que se revisan.**

La propuesta de resolución elevada refleja cierta ambigüedad a la hora de concretar los actos administrativos que son objeto de revisión de oficio, puesto que hace referencia a la nulidad de pleno derecho de la admisión y subsiguiente matrícula, pero sin citar las fechas en las que se adoptaron los correspondientes actos, que deben ser concretados en la Resolución que finalmente se adopte; no obstante, se realizan las siguientes consideraciones:

1ª) La matriculación de un alumno es un acto administrativo dictado por la Administración universitaria en ejercicio de las facultades regladas que le corresponden, siendo competencia suya comprobar si el solicitante cumple todos los requisitos establecidos por la normativa aplicable. Dada la naturaleza de acto administrativo, que presupone que el interesado reúne los requisitos para cursar los estudios, configura una situación nueva en el matriculado con el correlativo contenido de sus derechos (derecho a asistir a clase, etc.), que lo configuran como un acto declarativo y su revisión sólo es posible conforme a los procedimientos previstos en los artículos 102 y 103 LPAC. Dicha naturaleza de acto administrativo declarativo de derechos ha sido reconocida por el Consejo de Estado (por todos, Dictamen 3167/2002) y por la doctrina del Tribunal Supremo (por todas, Sentencia de la Sala 3ª de 9 de diciembre de 1999) que se resume seguidamente:

*“Los artículos 109 y 110 de la Ley de Procedimiento Administrativo regulaban los procedimientos especiales para la revisión de oficio de los actos administrativos que, cuando son declarativos de derechos, como ocurre con la matriculación de un alumno en un determinado Centro de la Universidad, exigen un máximo rigor (...)”.*

Y cuando se ha revocado la matriculación, sin seguir los procedimientos legalmente establecidos para su revisión de oficio, se ha declarado la nulidad de pleno derecho de tal actuación, como recoge también la Sentencia citada (en igual sentido la de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso Administrativo, de 28 de febrero de 2005).

De los datos extraídos del expediente se desprende que la matrícula quedó formalizada en la Universidad de Murcia el 23 de septiembre de 2009 (folios 12 y 13 del expte. 55/2010).

2ª) Este Consejo Jurídico considera acertado que se extienda la revisión de oficio también al acto previo de admisión, cuya fecha tampoco concreta la propuesta elevada (en el folio 3 del expediente 55/2010 figura que obtuvo plaza el 16 de septiembre anterior), por los efectos que la normativa le otorga. Así, en el caso de la no inclusión en la lista de admitidos los alumnos pueden presentar reclamación, a tenor de la regulación contenida en la Orden de 15 de mayo de 2009 de la Consejería de Universidades, Empresas e Investigación, por la que se aprueban las normas para la gestión del proceso de admisión a las universidades públicas del Distrito Único Universitario de la Región de Murcia y se establecen los cupos de reserva para los distintos colectivos para el curso 2009/2010. También se estipula (norma cuarta del Anexo) que las listas serán publicadas en los tablones, que tendrá carácter de notificación a los interesados, de acuerdo con lo establecido en el artículo 59.6,b) LPAC.

**QUINTA.- Concurrencia de la causa de nulidad de pleno derecho en los actos administrativos que se revisan.**

La propuesta elevada de 8 de julio de 2010 considera que concurre el supuesto aplicativo de la causa de nulidad de pleno derecho que dispone el artículo 62.1,f) LPAC, respecto a la admisión del x. a los estudios de Grado de Enfermería acaecida en septiembre de 2009, al configurarse como determinante de la adquisición por el interesado del derecho a cursar dichos estudios en particular, mediante su ulterior matrícula, resultando de los hechos que carecía de los requisitos indispensables para ser admitido por el cupo de titulados que fue elegido por el afectado, al carecer de un título de carácter oficial y con validez en todo el territorio nacional. De igual modo,

aun cuando el afectado nada ha manifestado en tal sentido, la propuesta elevada, en consonancia con lo indicado por este Consejo Jurídico en su Dictamen 78/2010, señala que tampoco concurren en el alumno afectado otras modalidades de acceso alternativas.

1. La aplicación de la causa de nulidad de pleno derecho prevista en el 62.1,f) LPAC al presente caso, por carecer de titulación válida y oficial en todo el territorio nacional.

Al tratarse la revisión de oficio de los actos administrativos de un cauce de utilización excepcional, frente a la regla general de la anulabilidad, exige una interpretación estricta de las causas de nulidad de pleno derecho, máxime en el caso concreto del vicio establecido en el artículo 62.1,f) LPAC: *“actos expresos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por el que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición”*.

Esta causa de nulidad tiene su centro de gravedad en la determinación de cuáles son los requisitos esenciales del acto, cuestión ésta que sólo puede resolverse caso por caso, como ha manifestado este Consejo Jurídico en anteriores Dictámenes (por todos, Dictamen núm. 118/03).

Profundizando en la determinación de cuáles son los requisitos esenciales de los que debe carecer el afectado para la aplicación de tal supuesto, la doctrina del Consejo de Estado ha señalado que *“para que el vicio se produzca no resulta suficiente una vulneración objetiva del ordenamiento, con independencia de la gravedad que revista, sino que es preciso que esta vulneración consista precisamente en la carencia en la persona que adquiere una facultad o un derecho de un requisito esencial de carácter subjetivo”* (Dictamen del Consejo de Estado núm. 1530/2002).

La Comisión Jurídica Asesora de Cataluña, en su Dictamen 11/2009, señala que tal supuesto se da cuando el contenido de la resolución que ampara nuevas situaciones o derechos se fundamenta en hechos o requisitos inexistentes o inadecuados para dar lugar a esta adquisición de posiciones, y que la esencialidad de los requisitos se encuentra en la función determinante para dar lugar al nacimiento de los derechos o de las situaciones mencionadas, teniendo presentes los supuestos de hecho que, en cada caso, tienen que concurrir necesariamente en el sujeto, de acuerdo con la normativa aplicable.

En el supuesto que nos ocupa, el alumno afectado carecía de los requisitos de titulación para acceder por este cupo al Grado de Enfermería, conforme a su situación académica que se

detalla en la Consideración Tercera, en tanto únicamente disponía de un Diploma Superior de Criminología de la Universidad Católica de San Antonio, que sólo le permitía su acceso a la Licenciatura de Criminología, cuyos estudios no había acabado. Por tanto, carecía de un título oficial y con validez en todo el territorio nacional que le permitiera acceder a dichos estudios, por el cupo de plazas reservadas a estudiantes con titulación universitaria para acceder a estudios universitarios con limitación de plazas, como la titulación de Grado de Enfermería (Orden de 15 de mayo de 2009, ya citada).

Por tanto, este Consejo Jurídico considera que concurre la causa de nulidad invocada, coincidiendo con la doctrina del Consejo de Estado (Dictámenes 1315, 1317 y 1319 del año 2004) de que el requisito de titulación (título oficial con validez en todo el territorio nacional) para acceder directamente al Grado de Enfermería debe considerarse esencial para cursar los estudios universitarios citados, cuando el alumno había optado por esta vía para su acceso. En igual sentido, los Dictámenes números 101/2005 del Consejo Consultivo de La Rioja, 215/2006 del Consejo Consultivo de Andalucía, 67/2008 del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, y 113/2005 del Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana.

Un aspecto que ha de ser destacado de la propuesta elevada es la consideración de que la titulación de Grado de Enfermería tiene limitación de plazas, por lo que la admisión irregular del alumno tiene una singular afección a los derechos de terceros.

2. Imposibilidad de acceder por cualquier otra vía en aquel momento a los estudios universitarios señalados

En nuestro Dictamen 78/2010 señalábamos también:

*“la causa de nulidad alegada debería ser analizada por el órgano instructor, no sólo desde la perspectiva de imposibilidad de acceder al grado de enfermería por el cupo de titulados, sino por cualquier vía -en la medida que sostiene el afectado que ha estado matriculado en la Licenciatura de Criminología de la misma Universidad-, en aplicación de la regulación contenida en el Real Decreto 1892/2008, de 14 de noviembre, por el que se establece la normativa básica para el acceso a los estudios universitarios de carácter oficial (en lo que resulte aplicable al curso 2009-2010). Ese Real Decreto ha derogado al 1742/2003, de 19 de diciembre, que a su vez derogó al Real Decreto 69/2000, de 21 de enero, salvo el Capítulo V (que atañe a la admisión al segundo ciclo de estudios universitarios), siendo esta última la única disposición citada por la propuesta elevada, en lo que atañe al acceso a los estudios universitarios.”*

La propuesta elevada analiza las distintas formas de acceso a tales estudios, sin que ninguna de ellas concurra en el alumno afectado (lo que explicaría que no solicitara su acceso por otra vía), singularmente por el cupo de mayores de 25 años, que tampoco es posible, porque el examen que realizó en el año 1992 sólo le habilitó para el acceso a los estudios de Graduado Social, sin que terminara el primer curso de tales estudios en los términos también indicados en la Consideración Tercera.

La propuesta también motiva que no resulta de aplicación las vías o modalidades previstas en el RD 1892/2008, conforme a su Disposición transitoria única (folios 53 a 56), analizando particularmente que no ha lugar a considerar la eventual admisión del interesado por la vía de prueba de acceso para mayores de 45 años (que no consta realizada), ya que su primera edición se ha producido de cara al curso siguiente al matriculado por el alumno (2010-2011), conforme al citado Real Decreto.

Un aspecto destacado por el órgano instructor es que el presente procedimiento de revisión ha de entenderse sin perjuicio de que el afectado pueda acceder el presente curso 2010-2011 o los cursos siguientes, a través de las vías previstas en el RD. 1892/2008 y en el Decreto regional 4/2010, de 29 de enero, que lo desarrolla (singularmente la prevista para mayores de 45 años), si bien no consta que haya concurrido a la realización de las pruebas de acceso desarrolladas en este ejercicio.

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

### **CONCLUSIÓN**

**ÚNICA.**- Se dictamina favorablemente la propuesta de revisión de oficio por la que se acuerda declarar la nulidad de pleno derecho de la admisión y matriculación del alumno afectado por el presente procedimiento, si bien habrán de ser concretadas las fechas de adopción de tales acuerdos, conforme a lo expresado en la Consideración Cuarta.

No obstante, V.E. resolverá.





**DICTAMEN 186/2010**

**Asunto** Proyecto de Orden por el que se establece el currículo del ciclo formativo de grado superior correspondiente al título de Técnico Superior en Vitivinicultura en el ámbito de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.

**Consultante** Consejero de Educación, Formación y Empleo

**Fecha** 18/10/2010

**Extracto de Doctrina**

Nota: igual doctrina que la expresada en el Dictamen 157/2010.



**DICTAMEN 187/2010**

**Asunto** Proyecto de Orden por el que se establece el currículo del título de Técnico en Planta Química en el ámbito de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.

**Consultante** Consejero de Educación, Formación y Empleo

**Fecha** 18/10/2010

**Extracto de Doctrina**

Nota: igual doctrina que la expresada en el Dictamen 157/2010.



**DICTAMEN 188/2010**

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

**Consultante** Consejera de Sanidad y Consumo

**Fecha** 18/10/2010

**Extracto de Doctrina**

Nota: igual doctrina que la expresada en el Dictamen 2.

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** Con fecha 14 de julio de 2005, x. presenta reclamación de responsabilidad patrimonial ante el Servicio Murciano de Salud (SMS), por la defectuosa asistencia sanitaria recibida en el Hospital Santa María del Rosell (HSMR) de Cartagena.

Según el relato fáctico del reclamante, sufrió una caída casual con traumatismo en el pie izquierdo el 6 de noviembre de 2003. Al día siguiente acudió al Servicio de Urgencias del indicado Hospital, siendo diagnosticado de fractura del tercer metatarsiano del pie izquierdo, se procede a inmovilizarle el pie mediante férula y se le señala cita con el Traumatólogo para el día 13 de noviembre. En dicha consulta la Dra. x. le retira la férula y le inmoviliza la pierna con una bota de escayola hasta la rodilla, indicándole reposo durante cuatro semanas y prescribiéndole antiinflamatorios y analgésicos para el dolor.

Desde ese mismo día sufrió dolores en el pie que al principio consideró normales, pero ante su persistencia y la aparición de inflamación y amoratamiento en los dedos, el día 27 de noviembre acudió de nuevo al Servicio de Urgencias del HSMR donde le retiraron la escayola, le diagnostican “flebitis” y sin que le practicasen ninguna otra prueba diagnóstica se le inmoviliza de nuevo la pierna, con una venda tipo tensoplax, y se le prescribe heparina sin especificar dosis.

El 4 de diciembre acude de nuevo a consulta de la Traumatóloga donde se le indica que la fractura del pie estaba curada, prescribiéndole tratamiento para la circulación: Venoruton, aspirina infantil y trombocid, pomada.

El 9 de diciembre ha de ser atendido de nuevo en Urgencias del HSMR por graves problemas respiratorios que se diagnostican como embolia pulmonar. Ingresado en planta, y tras efectuarle un TAC, se diagnostica de trombosis venosa profunda en miembro inferior izquierdo, extensa, hasta cava inferior (a nivel de las renales) y tromboembolismo pulmonar, trombosis de arteria pulmonar derecha (pulmonar interlobular y del segmento superior derecho).

El siguiente día 17 es trasladado al Hospital Universitario Virgen de la Arrixaca (HUVA) y, tras varias pruebas, se emite informe en el que se señala lo siguiente: *“se realiza flebografía que muestra trombosis de vena iliaca izquierda que se extiende por la vena cava infra-renal requiriendo la implantación de filtro de vena cava tipo Günter y se deja catéter multiperforado para perfusión local de urokinasa, tras fibrinólisis con limpieza parcial del trombo se intenta retirada de filtro no siendo posible y encontrando en un control flebográfico trombosis masiva de venas femorales e iliacas bilaterales, vena cava inferior y venas renales con impactación de trombo en filtro cava”*.

El informe de alta que se produjo el día 4 de febrero de 2004, establece como juicio clínico el de *“1. Trombosis venosa profunda. TEP. 2. Implantación de filtro de vena cava inferior. 3. Fibrinólisis con urokinasa”*.

En el momento de interponer la reclamación afirma el interesado que continúa con revisiones médicas periódicas, sin que se conozca aún con exactitud las posibles secuelas que puedan quedarle además de las que ya sufre.

Para el reclamante, la trombosis venosa profunda (TVP), que posteriormente se complicó con un tromboembolismo pulmonar (TEP), se produjo como consecuencia de un manejo inadecuado de la fractura de metatarsiano que sufrió.

Pretende el reconocimiento de su derecho a ser indemnizado con 200.000 euros.

Señala asimismo el interesado que por los hechos antes relatados se interpuso denuncia penal contra los facultativos médicos que le atendieron, lo que dio lugar a la incoación de las Diligencias Previas núm. 1.669/2004, del Juzgado de Instrucción nº 3 de Cartagena que finalizaron por Auto de 27 de enero de 2005, por el que se produjo el sobreseimiento provisional y archivo de dichas diligencias, al entender que no se había probado la perpetración de delito alguno.

**SEGUNDO.-** Con fecha 5 de septiembre de 2005, el Director Gerente del SMS dicta resolución de admisión a trámite de la reclamación y encarga su instrucción al Servicio Jurídico del

Ente, que procede a comunicar dicho trámite al interesado, a la correduría de seguros y a la Dirección General de Asistencia Sanitaria. Por otro lado solicita a las direcciones gerenciales del HSMR y HUVA las historias clínicas y los informes de los facultativos que atendieron al reclamante. Finalmente también reclama al Juzgado copia autenticada de las Diligencias.

**TERCERO.-** El HUVA remite la historia clínica, así como informe del Dr. x., médico adjunto del Servicio de Cirugía Cardiovascular del citado Hospital, en el que se señala lo siguiente:

*“Paciente que inicia relación con el Servicio de Cirugía Cardiovascular tras ser enviado desde su Hospital de referencia (ver informe) el día 17-12-2003, con el diagnóstico de ‘trombosis venosa profunda de M.I.I, extensa, hasta cava inferior a nivel de las renales. Tromboembolismo pulmonar. Trombosis de arteria pulmonar derecha’, para tratamiento de fibrinólisis por el Servicio de Radiología intervencionista.*

*Tras su ingreso el día 17-12-2003 se realiza vía venosa femoral derecha ileocavografía que confirma la trombosis de vena iliaca izquierda con trombo en cava infrarenal, por lo que se coloca filtro de vena cava tipo GUNTER en posición infrarenal y se deja catéter multiperforado para fibrinólisis con Uroquinasa.*

*El tratamiento fibrinolítico es aplicado en tres períodos interrumpidos por control necesario de su coagulación, realizando tratamiento todo lo extenso y completo que consideramos para disolver dicha trombosis. El paciente presentaba una alta resistencia a la uroquinasa y al tratamiento con heparina. El paciente fue estudiado por los Servicios de M. interna que descartaron causas tumorales y por el Servicio de Hematología que confirmó la resistencia a la heparina requiriendo dosis mayores de lo normal.*

*Durante el tratamiento con fibrinolíticos (UK) se detectó por TAC del día 7-1-2005 (Dra. x) la existencia de vena cava inferior que presenta una variante anatómica y que desde el ombligo hacia abajo se hace hipoplásica, conformando multitud de varices que luego va a formar una vena iliaca externa normal no trombosada. Vena cava a nivel del paraguas permeable.*

*Dada la resistencia del tratamiento fibrinolítico (tres sesiones), fue necesario el mantenimiento de dicho paraguas hasta desaparecer el riesgo de tromboembolismo pulmonar, es decir, hasta la disolución de los trombos, motivo por lo que no pudo ser retirado dicho filtro en el plazo indicado de 10 días.*

*Una vez completado todo el tratamiento el paciente es dado de alta el día 4-2-2004 con tratamiento anticoagulante oral, en buena situación clínica y con las heridas en proceso de cicatrización normal.*

*Ha sido revisado en Consultas Externas de C.C.V. los días 25-2-2004, 16-6-2004, 14-7-2004, 22-12-2004 y 19-1 -2005, constatando en la última revisión un angio-TAC que muestra permeabilidad de vena cava inferior, permeabilidad del paraguas o filtro de vena cava y venas ilíacas externas de tamaño normal, Se le recomienda de forma exhaustiva disminuir peso para disminuir el riesgo de nuevas trombosis venosa”.*

Por su parte, el Director Gerente de Atención Especializada del HSMR remite historia clínica del paciente e informes de los siguientes facultativos:

1. Del Dr. x., responsable de la Unidad de Urgencias, en el siguiente sentido:

*“El paciente x., consultó en la Unidad de Urgencias el día 6 de Noviembre de 2003 por dolor postraumático en el pie izquierdo, diagnosticándose fractura del tercer metatarsiano, y precediéndose a su inmovilización con férula posterior de yeso y vendaje compresivo, indicándose analgesia con Aceclofenaco 100 mgr.c/24h.y Paracetamol 500 mgr. C/8h, no indicándose profilaxis con heparina dada la edad y ausencia de factores de riesgo para enfermedad trombótica. Al alta también se le indica, que debe de acudir a revisión a la consulta de Traumatología. El día 27 de Noviembre de 2003 consulta de nuevo en nuestra Unidad, por dolor en la extremidad, apreciándose edema y cianosis distal, que se atribuye a la compresión ejercida por la inmovilización, sustituyéndose ésta e indicándose tratamiento con Bemiparina (HÍBOR) 3500 U. Subcutánea c/día, y así consta en el informe de alta expresamente, de modo que no hubiera lugar a confusión”.*

2. De la Dra. x., del Servicio de Medicina Interna, en el que manifiesta lo siguiente:

*“Se trata de un varón de 27 años que ingresó procedente del área de URG con el diagnóstico de trombosis venosa profunda de miembro inferior izquierdo y clínica compatible con tromboembolismo pulmonar, por lo que el paciente ingresa en nuestro Servicio ya anticoagulado con Heparina sódica en perfusión controles, que realiza el Servicio de Hematología durante su ingreso hospitalario, tratamiento que mantenemos hasta el momento del traslado, añadiendo además en los últimos tres días dicumarínicos orales. En los estudios realizados en cuanto a la confirmación de la sospecha clínica de TEP, así como estudios de imagen con contraste para*

*valorar territorio vascular venoso a nivel proximal afectado, se constata que además de confirmar la sospecha de TEP (trombosis de la arteria pulmonar derecha) también se evidencia que a pesar del tratamiento anticoagulante, existe una extensión del trombo venoso hasta cava inferior a nivel de las arterias renales, en relación al estudio Eco-Doppler realizado en el momento del ingreso.*

*Ante la evidencia de extensión del trombo venoso a cava inferior a pesar de tratamiento anticoagulante, se decide tras consultar con el Servicio de Cirugía Cardiovascular de nuestro Hospital de referencia, traslado a dicho Servicio con el fin de valorar trombolisis sistémica y colocación de filtro de cava. Tras contactar con el cirujano cardiovascular de guardia se traslada el día 17 de diciembre de 2003 adjuntando informe médico con los diagnósticos:*

*1. Trombosis profunda venosa en miembro inferior izquierdo con extensión a cava inferior.*

*2. Trombolismo pulmonar (trombosis de arteria pulmonar derecha: interlobular y del segmento superior derecho)”.*

**CUARTO.-** El Juzgado de Instrucción núm. 3 de Cartagena envía copia de las diligencias previas núm. 1.669/2004, en las que, entre otros documentos, figuran los siguientes:

1. Informe del médico forense en el que se contienen estas consideraciones:

*“Confirmado el diagnóstico de tromboembolismo pulmonar y trombosis venosa profunda, realizado en momentos iniciales de la asistencia, se procede a pautar tratamiento.*

*El término de tromboembolismo pulmonar agudo incluye dos procesos patológicos: trombosis venosa profunda y embolismo pulmonar. El tromboembolismo pulmonar representa un fenómeno biológico complejo que va desde la generación de un trombo en un vaso venoso y su posterior desprendimiento, hasta la embolización (impactación) en territorio de arterias pulmonares. En un 95% de los casos el trombo procede de venas profundas de extremidades inferiores, y más raramente son émbolos constituidos por tumores, fibrina, líquido anmiótico, aire médula ósea o cuerpos extraños. El tromboembolismo pulmonar está asociado a una alta morbimortalidad y crea problemas diagnósticos.*

*El tratamiento de tromboembolismo pulmonar consiste en:*

*- Instauración de medidas generales de soporte (reposo, oxigenación...).*

- *Anticoagulación que se realiza con heparinas que pueden ser bien fraccionadas (pautadas en este caso) o de bajo peso molecular que actualmente se están introduciendo como una nueva opción terapéutica y sintrón superponiéndose ambos tratamientos durante unos 3-5 días.*

- *Tratamiento trombolítico. Los fármacos fibrinolíticos (tratamiento realizado en el Hospital Virgen de la Arrixaca) se administran para disolver el coágulo con más rapidez que la heparina, pero la mortalidad es la misma, el riesgo de hemorragia es mayor y el coste económico más elevado. Hay que valorar el coste-beneficio tener un alto grado de certeza diagnóstica. Se indica en casos de tromboembolismo Pulmonar masivo y casos hemodinámicamente inestables (por lo que fue administrado).*

- *Otra opción terapéutica es la instauración de un filtro en vena cava inferior. Se indicará sólo cuando no pueda aplicarse el tratamiento anticoagulante farmacológico (alto riesgo hemorrágico o profunda alteración hemostática del enfermo) o cuando hallándose en tratamiento anticoagulante y correctamente anticoagulado recidive el fenómeno tromboembólico.*

- *Por otra parte el tratamiento de una fractura simple de metatarso consiste en inmovilización de la zona afectada y eventualmente prescripción de antiinflamatorios o analgésicos”.*

2. Auto, notificado al interesado el día 27 de enero de 2005, mediante el que se procede al sobreseimiento provisional de las actuaciones penales, al considerar dicho órgano judicial que no se ha acreditado la perpetración del delito que dio lugar a la formación de la causa.

**QUINTO.-** Mediante escrito fechado el 22 de mayo de 2006, la instructora requiere al reclamante para que, a tenor de lo dispuesto en el artículo 6 del Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial, aprobado por Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo (RRP), proponga los medios de prueba de que pretende valerse.

El requerimiento es atendido mediante escrito de 15 de junio de 2006, proponiendo el reclamante prueba documental consistente en el informe de alta del HSMR; informe de alta del HUVA e informe emitido por la unidad de cirugía cardiovascular de este último hospital el día 14 de junio de 2006, lo que evidencia que debe someterse a revisiones médicas periódicas para controlar la evolución de sus secuelas, sin que se sepa aún el alcance real de las mismas.



**SEXO.-** Solicitado informe a la Inspección Médica, ésta alcanza las siguientes conclusiones:

*"1. El paciente x. sufrió un accidente leve (fractura de 3º metatarsiano de pie izquierdo) y se trató de forma adecuada en el servicio de Urgencias del Hospital Santa Mª del Rosell de Cartagena, (inmovilización con férula y analgésicos) la edad del paciente (27 años), la ausencia de factores de riesgo conocidos y lo leve de la patología situaba al paciente como de bajo riesgo para sufrir una trombosis venosa profunda y por tanto no estaba indicado tomar medidas preventivas adicionales diferentes a las habituales.*

*2. Cuando el paciente acudió a los 20 días al mismo servicio por presentar edema y cianosis, se le practicó un diagnóstico y tratamiento correcto, a pesar de que es difícil de diagnosticar y de tratarse de un paciente de bajo riesgo, se modificó el vendaje y se le instauró un anticoagulante indicado a tal situación. (La heparina constituye el tratamiento de elección en la fase inicial de la trombosis venosa profunda. Actualmente, las heparinas de bajo peso molecular (HBPM), debido a sus características (elevada biodisponibilidad, vida media y actividad anticoagulante mayor, administración subcutánea y sin necesidad de control analítico), son una alternativa más cómoda y más accesible que las heparinas no fraccionadas para el tratamiento de las TVP, y no todos los pacientes requieren ingreso hospitalario para llevarlo a cabo.*

*3. Cuando el paciente presentó la complicación de la Trombosis Venosa Profunda (presentando dificultad respiratoria ...) fue ingresado de inmediato en el servicio de Medicina Interna del hospital y tratado por el servicio de Hematología. Tras varios estudios buscando un diagnóstico que hubiera precipitado ese desenlace y la baja respuesta al tratamiento anticoagulante, apreciaron que el paciente presentaba una alta resistencia a la uroquinasa y al tratamiento con heparina. Una vez se obtuvo mejoría pero se comprobó la extensión de la Trombosis Venosa profunda hasta la cava infrarrenal y superado los medios diagnósticos y terapéuticos de dicho hospital, fue derivado al hospital de referencia Virgen de la Arrixaca, previa consulta con los Servicios de Radiología Intervencionista y Cirugía Cardiovascular.*

*4. La adecuada diligencia de ambos hospitales y de los servicios intervinientes, en cuanto a diagnóstico eficaz y tratamiento efectivo hizo que el paciente tras varias revisiones fuera dado de alta sin sintomatología y con la única advertencia que evite sobrepeso para disminuir el riesgo de nuevas trombosis venosas.*

5. *Puede deducirse del estudio del informe y de la bibliografía especializada, que el paciente sufrió todas estas complicaciones debido a factores predisponentes y/o adquirido a los que se unió un factor circunstancial que era la inmovilidad del miembro inferior izquierdo (que no reposo absoluto).*

6. *Hasta donde está la reclamación el paciente no tiene secuelas objetivas de dicho proceso”.*

Finaliza el informe afirmando que *“La actuación de los servicios sanitarios públicos fue correcta, tanto en tiempo como en forma, tanto en el diagnóstico precoz como en el tratamiento más eficaz y no hemos encontrado actuación alguna de los servicios sanitarios que al realizarse diera lugar a la precipitación de las complicaciones que sufrió, muy al contrario éstas fueron las adecuadas. Dichas complicaciones se produjeron en un paciente de bajo riesgo y probablemente a factores predisponentes difíciles de predecir”.*

**SÉPTIMO.-** El órgano instructor solicita del Director Gerente del HSMR que los Servicios de Urgencias y de Traumatología informen sobre si en el año 2003 estaba protocolizada la administración de heparina y en caso afirmativo, en qué dosis en supuestos de fractura similares a la sufrida por el reclamante. Asimismo se solicita que la Dra. x. aclare si el término “flebitis” que recoge en su informe de 17 de diciembre de 2003, se refiere a una flebitis superficial o a una trombosis venosa profunda, así como especificar para el caso de que se refiera a una flebitis superficial cómo y en base a qué pruebas o documentos llegó a ese diagnóstico.

El requerimiento es cumplimentado con la remisión de los siguientes informes:

1. De la Dra. x., del Servicio de Medicina Interna, en el siguiente sentido:

*“En relación con el expediente de responsabilidad patrimonial a nombre de x., y dado que se me pide información acerca del informe de alta médica, con fecha 17 de diciembre de 2003, que yo firmo, con los diagnósticos de: trombosis venosa profunda en miembro inferior izquierdo y tromboembolismo pulmonar, con trombosis de arteria pulmonar derecha, expongo a continuación:*

*Que respecto al diagnóstico: flebitis, es un término recogido en la anamnesis, al realizarle la historia, refiriendo el paciente que 20 días antes del ingreso actual, se le realizó este diagnóstico de modo ambulatorio, por lo que no tengo constancia del mismo.*

*Solo puedo aclarar, lo ocurrido desde que el paciente ingresa a mi cargo, el día 11 de diciembre de 2003, hasta el 17 de diciembre de 2003, días en que el paciente se encuentra ingresado en Medicina interna, siendo diagnosticado de trombosis venosa profunda y tromboembolismo pulmonar, desde donde fue trasladado al Servicio de Cirugía del Hospital Universitario Virgen de la Arrixaca”.*

2. Del Dr. x., Coordinador de Urgencias, del siguiente tenor:

*“En relación con la solicitud de informe sobre el protocolo de anticoagulación del Hospital Universitario Santa María del Rosell, reseñar:*

*1) El protocolo que se adjunta, de PROFILAXIS TEV EN CIRUGÍA TRAUMATOLÓGICA Y ORTOPÉDICA que estaba en vigor en 2003 indica que ante ‘Traumatismos distales de extremidades inferiores con inmovilización y cirugía artroscópica de rodilla: Heparinas de Bajo Peso Molecular si hay factores de riesgo’. No indica dosificación.*

*2) Asimismo se describen los factores de riesgo:*

- Obesidad*
- Varices*
- Antecedentes de trombosis.*
- Enfermedades Crónicas.*
- Policitemia o Trombocitosis.*
- Neoplasia.*
- Intervenciones Sépticas.*

*3) En dicho protocolo se hace referencia en todo momento al inicio de la administración de heparina en el preoperatorio inmediato, y hasta 3-5 semanas del postoperatorio. No se hace clara referencia a la indicación, dosis y duración en el paciente no operado”.*

**OCTAVO.-** Copia de los anteriores informes se envía a la Inspección Médica, al objeto de que se emita informe complementario al remitido en su día, lo que se cumplimenta por la Inspectora Médica actuante en el siguiente sentido:

*“1. El protocolo que aporta el servicio de urgencias del Hospital Santa María del Rosell en relación a la utilización de heparina de bajo peso molecular como acción preventiva de procesos tromboembólicos es similar a los empleados en el año que nos ocupa*

así como posteriormente por la mayoría de hospitales y así lo refleja la bibliografía especializada y la medicina basada en la evidencia científica.

**HEPARINA DE BAJO PESO MOLECULAR:**

*Existe Evidencia Clínica de los beneficios del uso de la heparina de bajo peso molecular (HBPM) en la prevención y tratamiento de procesos tromboembólicos. Se utilizará HBPM en todos aquellos casos en los que el grado del esguince precise inmovilización con yeso y/o cirugía y que existan factores de riesgo asociado (edad avanzada, inmovilidad/encamamiento, tabaquismo, embarazo, anticonceptivos orales, cáncer, desordenes protrombóticos de la coagulación adquiridos o heredados).*

*2. A la vista de dicho protocolo, y de la nueva valoración del informe, nos ratificamos en que el paciente no sufría ningún factor de riesgo conocido, por el que hubiera que considerarle dentro de los grupos susceptibles de dicha prevención (así queda reflejado en los antecedentes personales del paciente descritos en el informe de alta de 17/12/2003 (folio n° 19).*

*3. Una vez presentada la primera complicación, los servicios médicos de urgencias pautaron el tratamiento paliativo preventivo adecuado.*

*4. Por tanto, la actuación a este nivel del servicio de urgencias del Hospital Santa María del Rosell, fue correcta tal y como se explicó y demostró en el primer informe emitido”.*

**NOVENO.-** La compañía aseguradora del SMS aporta dictamen colegiado realizado por cuatro especialistas en Medicina Interna, que llegan a las siguientes conclusiones:

*“1. El paciente fue atendido de forma correcta de su fractura del metatarsiano.*

*2. Los protocolos de manejo de fracturas del HNSR no indicaban el uso de medicación profiláctica para TVP.*

*3. El paciente fue reevaluado por síntomas congestivos en el MII y se pautó tratamiento profiláctico al valorarse un incremento del riesgo trombótico. El diagnóstico más probable por la actuación del facultativo, fue un síndrome compartimental en su fase inicial.*

*4. A pesar del tratamiento profiláctico, el paciente desarrolló una TVP (trombodistal a la femoral superficial) y un TEP.*

5. *A pesar del tratamiento anticoagulante, el trombo progresó de forma proximal, requiriendo medidas más agresivas.*

6. *A pesar del tratamiento fibrinolítico el paciente requirió de dosis muy elevadas de heparina por la persistencia de la enfermedad.*

7. *Desconocemos si el paciente ha completado el estudio de trombofilia hereditaria, ya que el realizado en 2003 se llevó a cabo durante el proceso agudo y bajo tratamiento.*

8. *Parece probable la presencia de una trombofilia hereditaria, que sumada a la presencia de una variante anatómica favorecedora de la congestión venosa, facilitó el desarrollo de la TVP”*

**DÉCIMO.-** Conferido trámite de audiencia a los interesados, no hacen uso del mismo, no constando que se haya presentado alegación o justificación alguna por parte del reclamante.

Seguidamente el órgano instructor formula propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación, al no advertir la concurrencia de los requisitos exigidos por el ordenamiento jurídico para el nacimiento de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, singularmente el nexo causal entre el funcionamiento del servicio público sanitario y los daños alegados.

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 4 de febrero de 2010.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

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

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

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

I. La reclamación ha sido interpuesta por quien sufre los daños físicos 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 al titular de la Consejería consultante, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 16.2.o) de la Ley 7/2004, de 28 de diciembre, de Organización y Régimen Jurídico de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.

II. En lo que respecta a la temporalidad de la reclamación, el artículo 4.2 RRP dispone que el derecho a reclamar prescribe al año de producido el hecho o el acto que motive la indemnización o de manifestarse su efecto lesivo. En caso de daños a las personas, el plazo empezará a computarse desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas. La actuación médica a la que se imputa los daños habría acaecido el día 7 de noviembre de 2003, mientras que la reclamación ante la Administración regional se presenta el 14 de julio de 2005. En dicho período, no obstante, se incoaron, por el Juzgado de Instrucción num. 3 de Cartagena, Diligencias Previas núm. 1.669/2004, en las que, finalmente, recayó Auto de sobreseimiento que fue notificado al interesado con fecha 27 de enero de 2005.

La tramitación de este procedimiento penal impide considerar prescrito el derecho a reclamar del interesado, en atención al consolidado criterio jurisprudencial que otorga al proceso penal eficacia interruptiva del plazo de prescripción para ejercitar la acción de responsabilidad patrimonial.

Atendiendo a dicha doctrina y dado que el auto se notifica con fecha 27 de enero de 2005, resulta evidente que cuando se interpone la reclamación de responsabilidad patrimonial el 14 de julio de 2005, aún no se había agotado el plazo de un año al que se refiere el artículo 4.2 RRP

III. 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, de la Inspección Médica 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. Las consecuencias de la omisión de dicha actividad probatoria por parte del interesado serán analizadas en ulteriores consideraciones. Baste ahora con recordar el carácter de prueba necesaria y esencial que en los procedimientos de responsabilidad patrimonial por pretendidos errores médicos o defectuosa asistencia sanitaria, reviste la prueba pericial, como de forma contundente expresa la sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso Administrativo, de 27 de junio de 2001, según la cual *“quien reclama debe probar la relación de causalidad antes expuesta (artículo 6.1.2º in fine Reglamento de Procedimientos en materia de Responsabilidad Patrimonial (...), y a tal efecto lo propio habría sido interesar una prueba pericial sobre la bondad de los tratamientos dispensados, prueba vital pues se está en un pleito en el que son convenientes o necesarios conocimientos científicos (...) al carecer este Tribunal de conocimientos oncológicos”*.

### **TERCERA.- Responsabilidad patrimonial en materia sanitaria. Requisitos.**

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

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

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

b) Que el daño o lesión sufrida sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos en una relación causa-efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir, alterando el nexo causal.

c) Ausencia de fuerza mayor.

d) Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño.

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

La actuación del personal sanitario ha de llevarse a cabo por la denominada *lex artis ad hoc* o modulo rector de todo arte médico, como principio director en esta materia, en consideración al caso concreto en que se produce la actuación e intervención médica y las circunstancias en que la misma se desarrolle. Por tanto, de acuerdo con una consolidada línea jurisprudencial mantenida por el Tribunal Supremo, en las reclamaciones derivadas de la actuación medica 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 medica correcta, independientemente del resultado producido en la salud o en la vida del enfermo, ya que no le es posible ni a la ciencia ni a la Administración garantizar, en todo caso, la sanidad o la salud del paciente (SAN, Sección 4ª, de 18 de septiembre de 2002, y STS, Sala 3ª, de 14 de octubre de 2002).

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

Para el reclamante, la actuación de los médicos que le atendieron como consecuencia de la fractura de metatarsiano que sufrió, fue totalmente inadecuada lo que tuvo como consecuencia una trombosis venosa profunda (TVP), que posteriormente se complicó con un tromboembolismo pulmonar (TEP).



Atendido el objeto de la reclamación, la imputación del daño al servicio público se objetiva como realización de una mala praxis médica apartada de los protocolos establecidos para la prevención de la enfermedad tromboembólica venosa, entendidos aquéllos como estándar de las exigencias que la ciencia médica impone a la Administración en la prestación sanitaria.

La determinación de si se adoptaron todas esas medidas 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 posibles para la prevención de la trombosis venosa profunda y posterior tromboembolismo pulmonar que el reclamante imputa al tratamiento aplicado en urgencias el 7 de noviembre de 2003, para la fractura del tercer metatarsiano izquierdo, cuestión esta que aparece íntimamente relacionada con el criterio jurisprudencial 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.

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 los médicos que asistieron al paciente el 7 de noviembre de 2003 en el HSMR dieron lugar a la primera complicación, una TVP, así como los que le asistieron posteriormente pudieron coadyuvar en la segunda complicación que presentó el paciente, es decir, una TEP, 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, como ya se dijo, la aportación de un informe pericial -el especial valor probatorio de los informes médicos en los procedimientos de responsabilidad patrimonial por asistencia sanitaria es puesto de relieve por el Tribunal Supremo en sentencia de su Sala de lo Contencioso Administrativo de 1 de marzo de 1999-.

Ante la ausencia en el procedimiento de informes periciales que sustenten las alegaciones del reclamante, no existen suficientes elementos probatorios que demuestren o, al menos, permitan inferir que en atención a las circunstancias que presentaba el paciente, fuera necesario aplicar eventuales medidas preventivas antitrombosis.

Sin embargo, frente a la escasa diligencia mostrada por el reclamante en la formulación de su acusación y en el ejercicio de la actividad probatoria que le dé sustento, tanto la Administración sanitaria, a través de su Inspección Médica, como la compañía de seguros del SMS, realizan un detallado análisis de la asistencia prestada, efectuando un positivo juicio crítico de aquélla a la luz de la *lex artis*.

Así, la Inspección señala en su informe que en la atención médica prestada en urgencias el 7 de noviembre de 2003, ante los síntomas que presentaba el paciente se diagnostica como fractura distal del tercer metatarsiano del pie izquierdo y se instaura el tratamiento adecuado para tal diagnóstico (inmovilización del miembro y tratamiento sintomático del dolor), sin que el paciente presentase ninguno de los factores de riesgo que hubiesen aconsejado la instauración de medicación profiláctica para TVP (circunstancia que se constata con el protocolo de utilización de heparina como acción preventiva de procesos tromboembólicos que obra a los folios 436 y siguiente del expediente). Según la Inspectora Médica el paciente no sufría ningún factor de riesgo conocido, por el que hubiera de considerarle dentro de los grupos susceptibles de dicha prevención (así queda reflejado en el informe de alta de alta obrante al folio 19). En sus conclusiones, la Inspección califica dicha asistencia como correcta, no detectando negligencia, falta de atención o funcionamiento deficiente de los servicios sanitarios, no habiendo supuesto para el paciente pérdida o menoscabo de sus posibilidades terapéuticas.

Del mismo modo, los peritos de la compañía aseguradora afirman que tanto la exploración física como radiológica confirmaron que la fractura era de bajo riesgo, y se procedió correctamente con una inmovilización incompleta (vendaje compresivo y férula posterior) durante los primeros días de terapia, lo que permitía el bombeo venoso de la extremidad, al poder contraer los grupos musculares de la pantorrilla. Posteriormente, el siguiente día 12 de noviembre, se colocó una escayola para continuar el tratamiento de inmovilización y aunque en este caso se produce una mayor dificultad al retorno venoso, éste se produce a nivel infrapoplíteo. Tampoco en este caso, afirman los médicos informantes, resultaba indicada una profilaxis para TVP, porque el reclamante seguía, a tenor del protocolo aplicable, sin estar en el grupo de riesgo.

A pesar del tratamiento adecuado que se ha descrito el paciente es atendido en Urgencias del HSMR por presentar dolor en extremidad, edema y cianosis distal. Se le diagnostica TVP, se le retira la escayola que se sustituye por un vendaje compresivo y se le pauta tratamiento con Bemiparina (HIBOR) 3.500 unidades. También en este caso la Inspección médica emite un juicio favorable hacia la actividad desplegada por los facultativos del HSMR, por considerar que la heparina constituye el tratamiento de elección en la fase inicial de la TVP, sin que el paciente presentase otro factor de riesgo que el sobrepeso, pero que al presentarse unido a su juventud, 27 años, no aconsejaba otro tipo de medidas preventivas.

Sin embargo, a pesar de la corrección del tratamiento instaurado, el reclamante presenta un TEP, que fue correctamente diagnosticado y tratado tanto en el HSMR como en el HUVA. Según la Inspectora *“se realizó un diagnóstico rápido y correcto, siguiendo la secuencia de pruebas*

*complementarias menos inocuas en primera instancia y a pesar de no ser considerado un paciente con factores de riesgo conocidos. El tratamiento fue el correcto para sus condiciones, sin que hubiera, según la medicina basada en la evidencia, acciones sanitarias que hubieran podido evitar el desenlace del tromboembolismo pulmonar y la gravedad con la que se presentó. Muy al contrario, se trata de una enfermedad grave, que apareció por causas inherentes al paciente y no conocidas y tras una enfermedad leve. La pericia del servicio de medicina interna del Hospital Santa María del Rosell y del Servicio de Radiología Intervencionista y Servicio de Cirugía Cardiovascular del Hospital Virgen de la Arrixaca supieron resolver idóneamente y con diligencia”.*

Tanto la Inspección Médica como los peritos de la aseguradora coinciden en afirmar la probable presencia de una trombofilia hereditaria, que sumada a la presencia de una variante anatómica favorecedora de la congestión venosa, facilitó el desarrollo del TVP y su posterior evolución a un TEP.

Finalmente, también se apunta por la Inspectora Médica que hasta donde alcanza la documentación incorporada al expediente, no se ha acreditado la existencia de secuelas derivadas del proceso trombótico sufrido. De hecho el paciente fue dado de alta sin sintomatología y con la única advertencia de que evitara sobrepeso para disminuir el riesgo de nuevas trombosis venosas.

Frente a las anteriores consideraciones efectuadas a la luz de la ciencia médica, que apuntan la corrección de la asistencia prestada al paciente, no pueden prevalecer las meras e infundadas opiniones del reclamante, pues la determinación de qué actitud y tratamiento ha de adoptarse frente a cada situación y paciente, es una cuestión estrictamente técnica que sólo pueden apreciar los profesionales de la ciencia médica, en la medida que exige ponderar múltiples factores, que harán aconsejable la aplicación de unas medidas u otras.

Todo ello impide considerar que los daños padecidos por el interesado sean imputables al funcionamiento de la Administración sanitaria regional, al no existir nexo causal entre aquéllos y éste.

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

### **CONCLUSIÓN**

**ÚNICA.**- Se informa favorablemente la propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación, en la medida en que no advierte en el supuesto sometido a consulta la concurrencia

de los elementos a los que el ordenamiento jurídico anuda el nacimiento de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas.

No obstante, V.E. resolverá.



**DICTAMEN 189/2010**

**Asunto** Responsabilidad patrimonial instada por x y otros, siendo la afectada x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.

**Consultante** Consejera de Sanidad y Consumo

**Fecha** 18/10/2010

**Extracto de Doctrina**

Nota: igual doctrina que la expresada en el Dictamen 2.



**DICTAMEN 190/2010**

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

**Consultante** Consejera de Sanidad y Consumo

**Fecha** 18/10/2010

**Extracto de Doctrina**

El eminente carácter técnico de la denunciada mala praxis (no extirpación del nódulo inicial en la CVD y el retraso diagnóstico de la recidiva del carcinoma) no permite a este Consejo Jurídico realizar por sí mismo un juicio al respecto, debiendo estar a lo expresado en los informes de la Inspección Médica del SMS y la aseguradora de dicha Entidad, que concluyen en afirmar que los procesos de diagnóstico y tratamiento de las patologías que aquejaron sucesivamente al paciente se ajustaron a la “lex artis ad hoc”.

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** Mediante escrito fechado el 15 de septiembre de 2008, remitido al SMS mediante oficio de 6 de octubre de 2008 del hospital Santa María del Rosell, x. formula reclamación de responsabilidad patrimonial frente a la Administración regional. En su escrito viene a exponer, de forma harto confusa, que el 19 de febrero de 2004 acudió a su servicio de atención primaria por un problema de disfonía, por lo que se le remitió al servicio de otorrinolaringología (OTRL) del hospital Santa María del Rosell, que el 6 de abril de ese año apreció un pequeño nódulo, y el 26 siguiente (en realidad, el 7 de octubre, y previa fibroscopia, según la historia clínica) una pequeña zona queratósica en el tercio medio de su cuerda vocal derecha (CVD), de la que fue tratado, dándosele el alta el 20 de diciembre de 2004. En julio de 2005 volvió a consulta y le realizaron una biopsia del pólipo de la CVD, con resultado de carcinoma infiltrante, del que fue intervenido el 17 de agosto de ese año (con alta el 29, según la historia), sin que le hicieran pruebas de contraste para ver hasta dónde llegaba la infiltración ni le dieran después radioterapia. Pasaba revisiones cada seis meses, en las que le decía al médico que le dolía la garganta, contestándole éste que era por la cicatriz. En una revisión del 5 de marzo de 2008 le realizaron una fibroscopia (con buena situación clínica, según la historia) y se le citó para nueva revisión en septiembre de 2008; sin embargo, antes tuvo que acudir al servicio de urgencias (concretamente el 28 de marzo, por disnea aguda y disfagia, según la historia), realizándosele al día siguiente una traqueotomía de urgencia debido a una nueva masa tumoral que obstruía el aire, y posteriormente una laringuectomía total

con vaciamiento ganglionar cervical funcional bilateral (el 10 de abril de 2008, con alta el siguiente 5 de mayo, según la historia), no explicándose cómo veinte días antes de la traqueotomía no tenía nada. También señala que no comprende cómo no se extirpó en su día el nódulo inicialmente apreciado, lo que dió lugar a que se desarrollara el cáncer.

Por todo ello, solicita de forma genérica que se le indemnice a título de responsabilidad patrimonial.

Adjunta copia de diversos documentos de su historia clínica.

**SEGUNDO.-** Por el Director Gerente del Servicio Murciano de Salud (SMS) se dictó Resolución de admisión a trámite con fecha 22 de octubre de 2008, la cual fue notificada a las partes interesadas, así como a los Gerentes del Hospital Santa María del Rosell y de Atención Primaria de Cartagena, solicitando la historia clínica y los informes de los facultativos que atendieron al reclamante.

**TERCERO.-** Desde el Hospital Santa María del Rosell, el 11 de noviembre de 2008 se remitió copia de la historia clínica del reclamante y, posteriormente, informe del Dr. x., de fecha 24 de noviembre de 2008, que expresa lo siguiente:

*"El paciente es visto por primera vez en esta consulta el día 06-07-2005 observando una lesión de cuerda vocal derecha que posteriormente se diagnostica como carcinoma epidermoide.*

*El 03-08-2005 el paciente no ingresa porque no pasó la consulta de preanestesia. Ingresó el día 16-08-2005 y el día 17-08-2005 se le realiza una laringuectomía (sic) frontolateral derecha.*

*Desde entonces fue controlado en este servicio cada tres meses sin evidenciar en ninguna visita una recidiva tumoral, siendo controlado mediante fibroendoscopia.*

*Desde el 18-10-06 se le controla cada seis meses dado que no presenta signos de recidiva.*

*El día 28/03/2008 acude a urgencias por disnea aguda y disfagia, precisando el 29-03-2008 la realización de traqueotomía.*

*Se diagnostica de carcinoma epidermoide laríngeo y el día 10/04/2008 se realiza laringuectomía (sic) total con vaciamiento ganglionar cervical funcional bilateral.*



*En la actualidad se encuentra en revisión tras tratamiento con radioterapia postquirúrgica habiendo sido revisado en consulta externa el día 15-10-2008 y con control a los dos meses de la cita.*

*La presencia de una recidiva o de una nueva neoplasia es muy difícil de apreciar ya que una característica de los tumores de la laringe es que son multifocales y la evolución e instauración son imprevisibles”.*

El 11 de noviembre de 2008, desde la Gerencia de Atención Primaria Área II de Cartagena se remitió la historia clínica del reclamante e informe del Dr. x., del día anterior, en el que se describe la asistencia prestada en dicha unidad.

**CUARTO.-** Solicitado informe a la Inspección Médica del SMS, fue emitido el 9 de octubre de 2009, en el que se realizan las siguientes conclusiones:

*"PRIMERA: El paciente se derivó correctamente de Atención Primaria al Servicio de ORL correspondiente de Atención Especializada.*

*SEGUNDA: El Servicio de ORL diagnosticó y trató correctamente al paciente de Laringitis Crónica con Nódulo en CVD (cuerda vocal derecha) en esa primera consulta y se hizo un seguimiento adecuado.*

*TERCERA: En julio de 2005 se diagnosticó de Carcinoma Epidermoide en CVD, este tumor fue correctamente diagnosticado y tratado.*

*CUARTA: Dos años y medio después se diagnosticó de recidiva de Carcinoma Epidermoide que fue correctamente diagnosticado y tratado.*

*QUINTA: No detectamos ningún retraso en el diagnóstico ni en el tratamiento recibido por el paciente en las diferentes etapas de la evolución del proceso.*

*SEXTA: No hemos encontrado a lo largo del proceso estudiado, funcionamiento anormal del Servicio Murciano de Salud o defectuosa asistencia médica, habiendo estado la misma ajustada a los protocolos vigentes para el diagnóstico y tratamiento de las lesiones laríngeas que afectaban al paciente.*

*SÉPTIMA: Hemos comprobado que se ha realizado un seguimiento del paciente por parte de los servicios médicos implicados adecuado, no detectándose recidiva de la lesión desde julio de 2005 a marzo de 2008.*

*OCTAVA: Las recidivas de estas lesiones son posibles a pesar de realizar un diagnóstico y tratamiento adecuados.*

*NOVENA: Toda la actuación médica es correcta y se ajusta a la "lex artis ad hoc"*

**QUINTO.-** Con fecha 1 de junio de 2009, la compañía aseguradora del Servicio Murciano de Salud aportó Dictamen pericial sobre el contenido de la reclamación, en el que, tras relatar el objeto de la misma y formular las oportunas consideraciones médicas, concluye:

*"1. El paciente fue correctamente derivado desde Atención Primaria a su centro de Especialidades.*

*2. Durante el año 2004 fue correctamente seguido y tratado por su cuadro de laringitis crónica. No es verosímil pensar que en ese momento sufriera ningún tipo de tumor maligno en su laringe.*

*3. En julio de 2005 se diagnosticó la existencia de un Carcinoma en la Laringe, que debía llevar muy poco tiempo de evolución y era de pequeño tamaño.*

*4. Este tumor fue correctamente diagnosticado en tiempo y forma y tratado de forma adecuada.*

*5. No creo que en ningún caso se haya producido ningún retraso diagnóstico por falta de derivación o de estudio.*

*6. En Marzo de 2008, es decir 2 años y medio después, surgió una recidiva de carcinoma de laringe que de nuevo fue correctamente diagnosticada y tratada.*

*7. La aparición de esta recidiva no tiene nada que ver con el tratamiento instaurado.*

*8. Actualmente el paciente esta libre de enfermedad y la intervención quirúrgica que se le*

*realizó era inevitable y resultó exitosa.*

*9. No observo ningún tipo de actuación médica que se aparte de la "lex artis ad hoc" en este caso".*

**SEXTO.-** El 12 de noviembre de 2009 se acuerda la apertura de un trámite de audiencia, sin que se hayan presentado alegaciones.

**SÉPTIMO.-** El 9 de febrero de 2010 se formula propuesta de resolución desestimatoria de la resolución; en síntesis, por considerar, de acuerdo con los informes emitidos, que no se ha acreditado la existencia de mala praxis médica en la asistencia prestada al reclamante, por lo que no concurre la necesaria y jurídicamente adecuada relación de causalidad entre el funcionamiento de los servicios sanitarios regionales y los daños por los que se reclama indemnización.

**OCTAVO.-** En la fecha y por el órgano citado en el encabezamiento del presente, se solicitó el preceptivo Dictamen de este Consejo Jurídico, acompañando el expediente y su extracto e índice reglamentarios.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

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

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

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

I. Por lo que se refiere a la legitimación activa, corresponde al reclamante, por ser quien ha sufrido los daños por los que reclama indemnización. La Administración regional está legitimada pasivamente 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, vista la fecha fehaciente de la reclamación (6 de octubre de 2008) y la de las últimas actuaciones asistenciales que constan realizadas y relacionadas con la patología que funda la reclamación (revisión del paciente efectuada el 15 de octubre de 2008, tras tratamiento con radioterapia, según el informe reseñado en el Antecedente Tercero).

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

**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:

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

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.

Ausencia de fuerza mayor.

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.- Los daños por los que se reclama indemnización. Relación de causalidad entre éstos y el funcionamiento de los servicios sanitarios regionales: falta de acreditación.**

I. En primer lugar debe señalarse que, aunque en el escrito de reclamación no se concretan los daños por los que se solicita resarcimiento (se realiza la petición de una forma genérica y sin cuantificar la indemnización), de los antecedentes puede deducirse que se reclama por error en el tratamiento de la laringitis crónica y del nódulo que el interesado tenía en la cuerda vocal derecha, cuya no extirpación en su momento considera que dio lugar a que evolucionara hacia un carcinoma y, una vez extirpado éste, más tarde a una recidiva del mismo, que no se advirtió y trató a tiempo, y que requirió una laringuectomía total con vaciamiento cervicoganglionar bilateral (sin posteriores complicaciones, según la documentación disponible), siendo éstas, pues, las consecuencias dañosas del alegado mal funcionamiento de los servicios públicos sanitarios, y que constituirían las secuelas por las que se reclama indemnización, aparte de eventuales períodos de incapacidad.

II. Planteada así la cuestión, del expediente se desprende que el reclamante no ha acreditado en modo alguno la existencia de la alegada mala praxis, que parece extraer del simple relato de los hechos, sin aportación de informe pericial alguno que cuestione el tratamiento dispensado en la sanidad pública. Ello impone ya la desestimación de la reclamación, en cuanto que el eminente carácter técnico de la denunciada mala praxis (no extirpación del nódulo inicial en la CVD y el retraso diagnóstico de la recidiva del carcinoma) no permite a este Consejo Jurídico realizar por sí mismo un juicio al respecto, debiendo estar a lo expresado en los informes de la Inspección Médica del SMS y la aseguradora de dicha Entidad, que concluyen en afirmar que los procesos de diagnóstico y tratamiento de las patologías que aquejaron sucesivamente al paciente se ajustaron a la "*lex artis ad hoc*".

1. Respecto del diagnóstico y tratamiento de la laringitis crónica y el nódulo en la CVD realizados hasta el diagnóstico del carcinoma epidermoide, los citados informes inciden en que los exámenes realizados al paciente desde que acudió a consulta en febrero de 2004 hasta julio de 2005, en que se le diagnostica el carcinoma, fueron correctos (consta realización de fibroscopia en octubre de 2004, f. 164 exp.), y que de los mismos se desprende que inicialmente no padecía cáncer, siendo correcto el tratamiento dispensado para dicha laringitis y nódulo.

Así, el informe de la Inspección Médica del SMS señala que sobre esta inicial patología “se prescribe tratamiento y se hace seguimiento que no informa de cambios significativos de la lesión, por lo que (el paciente) es dado de alta por el servicio de OTRL. La actitud del servicio es correcta dado el seguimiento realizado y la ausencia de cambios significativos en la lesión” y que “la aparición de un carcinoma meses después de una laringitis crónica o una displasia es posible y no puede estimarse como un retraso en el diagnóstico de algo que no existía previamente en el año 2004. En cuanto a la actitud terapéutica es correcta, es el criterio seguido en las lesiones de este tipo. ”

Por su parte, en el mismo sentido, el dictamen de Zurich señala que “la aparición de un carcinoma meses después de la existencia de una laringitis crónica es un hecho posible y no se puede considerar un retraso en el diagnóstico del carcinoma, ya que este tumor no existía en el año 2004. La lesión diagnosticada en Julio de 2005 era una lesión pequeña que afectaba a una sola cuerda vocal y que permitió su extirpación mediante una cirugía parcial. La hemilaringuectomía reseca solo parcialmente un fragmento de la laringe y esta técnica no se puede realizar en tumores muy extendidos. Por tanto resulta imposible que el carcinoma llevara evolucionando desde Febrero de 2004 hasta Julio de 2005 y que permaneciera de un tamaño tan localizado”; y, por tanto, en diciembre de 2004 y “ante la estabilidad del proceso en una persona de más de 60 años, se decidió dar el alta. Hay que afirmar que en un caso de estas características es una actitud médica correcta”.

De lo anterior se desprende, pues, que dichos informes no consideran, a la vista de los hallazgos fibroscópicos y de la evolución de la lesión en aquellas fechas, que fuera necesaria la extirpación del nódulo en cuestión.

2. Respecto al seguimiento realizado tras la extirpación del primer carcinoma, tanto uno como otro informe afirman que fue correcto, no advirtiéndose recidiva del mismo en las sucesivas revisiones realizadas tras dicha primera intervención, según la historia clínica. El informe de 24 de noviembre de 2008, reseñado en el Antecedente Tercero, señala que, desde dicha intervención “fue controlado en este servicio cada tres meses sin evidenciar en ninguna visita una recidiva tumoral, siendo controlado mediante fibroendoscopia. Desde el 18-10-06 se le controla cada seis meses dado que no presenta signos de recidiva.”

En este sentido el informe de x. señala que “tras la cirugía realizada en Cartagena se pudo comprobar que la lesión había sido extirpada completamente y el paciente permaneció



*asintomático, y en las múltiples revisiones realizadas no se detectó recidiva desde Julio de 2005 hasta Marzo de 2008.*

Por su parte, la Inspección Médica del SMS aclara que los tumores de laringe *"son susceptibles de recaer años después a pesar de haberse realizado un diagnóstico correcto y un tratamiento adecuado, influyen la biología del propio tumor y el estado de las defensas de los pacientes en un alto porcentaje en las posibilidades de recaer"*. Y concluye señalando que *"no detectamos ningún retraso en el diagnóstico ni en el tratamiento recibido por el paciente en las diferentes etapas de la evolución del proceso."*

Lo anterior impone desestimar la pretensión indemnizatoria también en lo que atañe al diagnóstico de la recidiva del carcinoma, y ello a pesar de que dichos informes no se pronuncian sobre el hecho de que en las revisiones semestrales inmediatamente previas, singularmente en la de 5 de marzo de 2008, previa realización de la respectiva fibroscopia, se concluyera que el paciente estaba *"bien"* (folio 30 exp.), y que apenas veinte días después de la de esta fecha tuviera que serle realizada una traqueotomía de urgencia y posterior laringuectomía total con vaciamiento ganglionar bilateral por advertir una recidiva en el carcinoma *"que ocluía casi completamente luz glótica"* (informe de alta de 5 de mayo de 2008, folio 31 exp.). En cualquier caso, el hipotético error en la referida consulta de 5 de marzo de 2008 sólo hubiera dado lugar a un retraso diagnóstico en un lapso temporal de los citados veinte días, lo que no consta que hubiera podido tener una significativa relevancia sobre la procedencia de la laringuectomía y el vaciamiento ganglionar posteriormente realizados. Tampoco se ha aportado informe que, a partir del estudio anatomopatológico de lo extirpado en esta intervención (folio 50 exp.) o de las fibroscopias anteriormente realizadas, pudiera llevar a la convicción de que hubiera debido advertirse la recidiva del carcinoma en alguna de las revisiones anteriores a la de la referida fecha y, además, que ello hubiera podido determinar otro tratamiento quirúrgico distinto al realizado y unas consecuencias menos lesivas para la salud del reclamante.

En consecuencia, al no haberse acreditado la necesaria y adecuada relación de causalidad entre el funcionamiento de los servicios sanitarios regionales y los daños por los que se reclama indemnización, procede desestimar la reclamación de responsabilidad patrimonial objeto de Dictamen.

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

## **CONCLUSIÓN**

**ÚNICA.-** No se ha acreditado la necesaria y adecuada relación de causalidad entre el funcionamiento de los servicios sanitarios regionales y los daños por los que se reclama indemnización, por lo que la propuesta de resolución, desestimatoria de la reclamación de responsabilidad patrimonial objeto de Dictamen, se informa favorablemente.

No obstante, V.E. resolverá.



## DICTAMEN 191/2010

<b>Asunto</b>	Revisión de Oficio del expediente de licencia de obras para la construcción de vivienda unifamiliar y cochera promovida por x en Santiago de la Ribera, municipio de San Javier.
<b>Consultante</b>	Ayuntamiento de San Javier
<b>Fecha</b>	18/10/2010

### Extracto de Doctrina

La causa de nulidad del artículo 62,1,f) LPAC será aplicable cuando se trate del incumplimiento de un requisito esencial para la adquisición de derechos o facultades, no cuando se incumpla cualquier requisito, aunque sea exigible para la validez del acto

### ANTECEDENTES

**PRIMERO.-** La Comisión de Gobierno del Ayuntamiento de San Javier, por acuerdo de 30 de octubre de 2002, otorgó licencia de obras a x. para la construcción de una vivienda unifamiliar aislada y cochera en la calle “—”, de Santiago de la Ribera (folios 272 y 273).

**SEGUNDO.-** El 29 de abril de 2003 (registro de entrada), x. solicita ante el Ayuntamiento de San Javier la anulación y la revisión de oficio de la licencia de obras precitada, por haberse incurrido en las siguientes irregularidades urbanísticas (folios 91 a 101):

- Incumplimiento del fondo edificable mínimo de 8 metros, puesto que la parcela tiene un fondo variable de 7,23 metros y el medio es de 6,92 metros.
- La ordenanza T-1 de las Normas Subsidiarias de Planeamiento de San Javier exige la manzana completa para el uso compatible de residencial unifamiliar.
- A la parcela no le serían de aplicación las excepciones de las Ordenanzas (V-3-1-3).
- Ausencia de la condición de solar.

Asimismo solicita la paralización de las obras. En escrito posterior registrado el 21 de agosto de 2003 (folios 222 a 224), amplía los motivos alegados, sosteniendo que la licencia otorgada incumple también los acuerdos adoptados por el Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma de 24 de septiembre de 1987 y de 22 de noviembre de 1990, sobre las Normas Subsidiarias de Planeamiento Municipal de San Javier, el último de los cuales establece:

*“La estrecha cuña de suelo en c/ “—“ colindante con los terrenos de la Ciudad del Aire debe destinarse a espacio libre o aparcamientos como el resto de la parcela”.*

**TERCERO.-** Frente a la desestimación presunta de tales peticiones, x. interpuso recurso contencioso administrativo (procedimiento ordinario 208/2003) ante el Juzgado de lo Contencioso Administrativo núm. Uno de Cartagena, sobre el que recayó la sentencia núm. 415, de 1 de octubre de 2004 (en lo sucesivo núm. 415/2004), estimando parcialmente la demanda interpuesta, y ordenando al Ayuntamiento de San Javier que tramite la solicitud de revisión de oficio formulada por el demandante, mediante el procedimiento previsto 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).

En dicha Sentencia se razona lo siguiente sobre una de las infracciones alegadas por el demandante:

*“Si la licencia urbanística autoriza la construcción de una vivienda sobre un terreno destinado a espacios libres, es evidente que se ha producido una infracción del artículo 255.2 del Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana (...). Por tanto, hay elementos suficientes para afirmar que la licencia ha atribuido al codemandado una facultad careciendo de un requisito esencial para ello, pues la finalidad de la licencia es, precisamente, controlar el cumplimiento de la normativa urbanística, y esta ha sido infringida en la forma que acabamos de ver. Todo lo anterior conduce a estimar la solicitud de revisión de oficio por la causa citada y hace innecesario el examen de las infracciones urbanísticas en las que el demandante pretende basar su petición”.*

Interpuesto por el Ayuntamiento de San Javier recurso de apelación ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Región de Murcia, fue desestimado por Sentencia de 15 de diciembre de 2006 (núm. 905/2006), confirmando la sentencia impugnada.

**CUARTO.-** Previo informe del letrado de 5 de abril de 2007, a propuesta de la Alcaldía, el Pleno del Ayuntamiento de San Javier, en su sesión de 19 de abril de 2007 (folios 25 a 28), acuerda iniciar el procedimiento de revisión de oficio de la licencia de obras otorgada a x., así como otorgar a los interesados un trámite de audiencia para que puedan presentar alegaciones.

**QUINTO.-** Con fecha 18 de mayo de 2007, x. presenta escrito de alegaciones (folios 42 a 55), en el que, tras relacionar los escritos presentados denunciando las obras, sin que el Ayuntamiento los haya contestado, sostiene la ilegalidad de la licencia de obras otorgada a x., al haberse realizado sobre terrenos destinados a espacios libres y aparcamientos, según el Acuerdo de Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma de 22 de noviembre de 1990, por el que se aprobó definitivamente las Normas Subsidiarias de Planeamiento del municipio de San Javier (en lo sucesivo NNSS). Además, señala que la licencia incumple otros parámetros de las mismas, tales como el diámetro inscribible, la alineación obligatoria en fachada y la anchura mínima de 8 metros de la calle “—”, de acuerdo con el plano de alineaciones y rasantes núm. 33 de las citadas Normas Subsidiarias.

Expone que la ilegalidad ha sido reconocida por la Dirección General competente en materia de urbanismo, citando el expediente incoado por ésta (Diligencias Previas SAU 40/03), el acta de inspección y el informe de un técnico de la misma, que también es citado por la sentencia núm. 415/2004 del Juzgado de lo Contencioso Administrativo núm. Uno de Cartagena.

Finalmente, expresa que existe una obligación de la Corporación Municipal de revisar y anular la licencia otorgada, a la vista de la infracción grave detectada, como ha reconocido la sentencia precitada, destacando que debe ser de aplicación la normativa vigente en el momento del otorgamiento de la licencia, pues lo contrario sería un fraude legal.

No consta que el peticionario de la licencia haya realizado alegaciones durante el procedimiento.

**SEXTO.-** Recabado el informe del arquitecto técnico municipal que informó favorablemente la licencia de obras (folios 104 y 105), lo emite el 21 de diciembre de 2008 considerando, en función de la normativa que sea aplicable a los terrenos, las siguiente hipótesis (folios 59 a 71), pidiendo, no obstante, un pronunciamiento de los servicios jurídicos municipales al respecto:

1º) Manifiesta que la licencia de obras otorgada se ajusta al texto refundido de las NNSS, aprobado por el Pleno municipal el 14 de marzo de 1996, y posteriormente remitido a la Comunidad Autónoma para su toma de conocimiento; el órgano competente no se pronunció hasta el 25 de junio de 2004, pero de forma parcial. De acuerdo con el citado Texto Refundido, que para los servicios técnicos municipales resulta aplicable, la estrecha cuña de la calle “—” está bien hasta donde llega (se ha considerado como aparcamientos hasta la aparición de dos parcelas edificadas contempladas en el planeamiento anterior), y que el texto refundido las NNSS las ha mantenido

como edificables, no existiendo ningún fundamento legal y urbanístico que aconseje lo contrario. En relación con la ejecución del acuerdo del Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma de 22 de noviembre de 1990, sobre aprobación definitiva de las NNSS, que establecía que se destinase la estrecha cuña a espacio libre o aparcamiento, el técnico informante transcribe un informe del arquitecto municipal que señala lo siguiente (folio 67):

*“Hay que mencionar en este punto que el acuerdo de aprobación definitiva de las NNSS de 22 de noviembre de 1990 establecía que se destinase la estrecha cuña de suelo en la calle “—“ a espacio libre o aparcamiento. Efectivamente el texto refundido de las Normas Subsidiarias considera dicha estrecha cuña como aparcamientos públicos hasta la aparición de parcelas edificadas que mantienen la ordenanza T-1, cuyos parámetros urbanísticos han sido ya enumerados”.*

2º) En su defecto, para el caso de no dar validez al Texto Refundido citado de las NNSS, y de discutirse hasta dónde debe llegar la estrecha cuña de la calle “—“ (y por tanto el viario), el arquitecto técnico municipal señala que correspondería al Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma (no a un técnico de la Dirección General de Urbanismo) determinar si es adecuada la interpretación que han realizado los servicios técnicos municipales, a través del texto refundido de las NNSS, sobre el acuerdo del mismo órgano de 22 de noviembre de 1990. El Consejo de Gobierno podría adoptar dos soluciones diferentes: considerar la parcela como edificable, lo que coincidiría con el criterio adoptado por los servicios técnicos municipales, o considerar que debe pasar a viario público, en cuyo caso debería determinarse la forma de gestión.

3º) La tercera posibilidad que expone, propuesta por el Secretario de la Corporación según refiere, sería la de no considerar la vigencia de las NNSS en el momento del otorgamiento de la licencia, al no haberse publicado las normas urbanísticas, en cuyo caso permanecería vigente el planeamiento anterior, el Plan General de Urbanización y Ensanche de Santiago de La Ribera, en el que la parcela objeto de licencia venía prevista como suelo urbano edificable, con su alineación de calle de 8 metros, si bien la licencia otorgada incumpliría el parámetro de ocupación máxima (35%) y no se podría haber otorgado. No obstante, manifiesta sus reservas por la falta de publicación también de las normas urbanísticas del citado Plan General. En su defecto, sostiene, serían de aplicación las NNSS Provinciales, respecto a los cuales también la licencia incumpliría la ocupación (50%) aplicable a la edificación aislada.

**SÉPTIMO.-** El 19 de enero de 2009, la técnico de Administración General del Ayuntamiento de San Javier emite un informe jurídico (folios 247 y 248), en el que expresa que el vicio de nulidad en el que se habría incurrido en el presente caso sería el previsto en el artículo 62.1,f)

LPAC: “los actos expresos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición”, según las consideraciones de la Sentencia núm. 415/2004 del Juzgado de lo Contencioso Administrativo núm. Uno de Cartagena, sobre la base de lo previsto en el artículo 255.2 del Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana (TRLR 1992), entonces aplicable (hoy derogado por el RD. Legislativo 2/2008, de 20 de junio), que establece:

*“2. Las licencias u órdenes que se otorgaren con infracción de la zonificación o uso urbanístico de las zonas verdes o espacios libres previstos en los planes serán nulas de pleno derecho. Mientras las obras estuvieren en curso de ejecución se procederá a la suspensión de los efectos de la licencia y la adopción de las demás medidas previstas en el artículo 253. Si las obras estuvieren terminadas, se procederá a su anulación de oficio por los trámites previstos en el artículo 109 de la Ley de Procedimiento Administrativo (...).”*

No obstante, manifiesta que el pronunciamiento judicial se ha basado en una interpretación de un técnico de la Administración regional, sin que venga avalada por ningún acuerdo del órgano competente para su aprobación definitiva.

Destaca que las normas urbanísticas del instrumento de planeamiento sobre el que se basó la licencia no se habían publicado cuando se otorgó la licencia de obras, según advirtió el informe jurídico previo, habiendo sido objeto de publicación posteriormente en el BORM de 5 de agosto de 2004, por lo que en aquel momento no habían entrado en vigor, según una consolidada jurisprudencia.

Concluye que *“si hemos de considerar en vigor y con eficacia las Normas Subsidiarias de Planeamiento de San Javier el 30 de octubre de 2002, y que la interpretación válida de hasta donde llega “la estrecha cuña de suelo en c/ “—“ colindante con los terrenos de la Ciudad del Aire” es la que recoge el acta de inspección de la Dirección General de Vivienda, Arquitectura y Transportes de la Comunidad Autónoma, en la que se basa la sentencia núm. 405, de 1 de octubre de 2004, del Juzgado de lo Contencioso Administrativo de Cartagena, que ordena la revisión de la licencia, procede la declaración de nulidad de la licencia otorgada por la Comisión de Gobierno en sesión de fecha 30 de octubre de 2002 a x. para la construcción de una vivienda unifamiliar y cochera, al existir una infracción del uso urbanístico de un espacio libre o aparcamiento”*.

**OCTAVO.-** La propuesta de la Alcaldía, de 19 de enero de 2009 (folio 258), postula anular la licencia de obra mayor concedida por la Comisión de Gobierno el 30 de octubre de 2002, sobre

la base de lo sostenido por los pronunciamientos judiciales previos, ordenándose también su traslado a la Dirección General competente en materia de urbanismo.

**NOVENO.-** Recabado el Dictamen preceptivo del Consejo Jurídico el 27 de enero de 2009, se adopta el Acuerdo 3/2009, de 9 de febrero, por el que se requiere al Ayuntamiento de San Javier para que complete las actuaciones remitidas con el informe del técnico de la Dirección General competente en materia de urbanismo, así como con el acta de inspección que se cita, y con cualquier otra actuación del centro directivo citado en relación con la licencia objeto del procedimiento de revisión, tras el acuerdo de Consejo de Gobierno de 25 de junio de 2004, por el que se toma conocimiento del Texto Refundido NNSS de San Javier. Por último, también se solicita al Ayuntamiento que informe sobre el estado de ejecución actual de la construcción.

**DÉCIMO.-** Con fecha 29 de marzo de 2010 (registro de entrada) se remite la documentación solicitada por este Órgano Consultivo (salvo la relativa al estado de ejecución de la obra), una vez recibida de la Dirección General competente en la materia, según refiere el oficio de la Alcaldía. En dicha documentación figura:

- Escrito de la Alcaldía de 27 de octubre de 2009, en el que se solicita parte de la información requerida por este Consejo Jurídico a la Dirección General competente en materia de urbanismo.

- Oficio del Director General del Territorio y Vivienda, de 12 de febrero de 2010, por el que se remite al Ayuntamiento de San Javier el acta de inspección de 24 de enero de 2004 con las fotografías adjuntas, y un informe de arquitecto técnico, con el visto bueno de la Jefa de Servicio de Urbanismo, de 17 de febrero de 2004, en el que se expresa lo siguiente:

*"1.- La concesión de licencia que en su día realizó el Ayuntamiento de San Javier para la construcción de un edificio destinado a vivienda y cuya tramitación se encuentra en el expediente municipal nº x. (LOMAY), emplazada en la calle de "—" s/n de Santiago de la Ribera y promovida por x., fue concedida en contra de el Acuerdo de 22 de noviembre de 1990 en el que se significa que "la estrecha cuña de suelo en la Calle "—" colindante con los terrenos de La Ciudad del Aire deben destinarse a espacio libre o aparcamientos como el resto de la parcela".*

*2.- En contra de lo anterior, en los citados terrenos no se han destinado en la actualidad a los referidos espacios libres y aparcamientos toda vez que estos han sido sustituidos por una acera*



*desarrollada en prácticamente toda la longitud de la zona destinada a ubicar aquellos, según se señala en la cartografía urbanística municipal*

*3.- Además de lo anterior y a la altura de la calle Virgen de la Caridad en su confluencia con la citada calle de “—” se encuentra en fase avanzada de construcción una edificación desarrollada en 2 plantas según se comprometa en la documentación fotográfica que se acompaña.*

*4.- Todo lo anterior significa una clara trasgresión de la normativa urbanística de obligado cumplimiento en los terrenos ocupados destinados a espacios públicos y aparcamientos.*

*5.- De acuerdo con los hechos comprobados cuya acta de Inspección se acompaña se deberá solicitar al Ayuntamiento de San Javier la restauración de la legalidad urbanística claramente conculcada”.*

A la vista de los referidos Antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

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

Corresponde al Consejo Jurídico la emisión de Dictamen preceptivo en la revisión de oficio de los actos y disposiciones administrativas en supuestos de nulidad de pleno derecho, según establecen los artículos 102, 1 y 2 LPAC, en relación con el 62, 1 y 2 de la misma Ley, y el 14 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia (LCJ); específicamente, en materia de urbanismo, el 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.- Alcance de los pronunciamientos judiciales que sustentan la revisión de oficio.**

**Procedimiento seguido.**

1. El presente procedimiento de revisión de oficio, como se destaca por los servicios técnicos y jurídicos municipales, viene a ejecutar en sus propios términos la sentencia núm. 415/2004 del Juzgado de lo Contencioso Administrativo núm. Uno de Cartagena, que versa sobre la licencia de obras otorgada a x. para la construcción de una vivienda unifamiliar y cochera emplazada en la calle “—” de Santiago de La Ribera.

El fallo, que estima parcialmente la demanda frente a la desestimación presunta, ordena al Ayuntamiento de San Javier que tramite la solicitud de revisión de oficio formulada por el demandante, conforme al procedimiento previsto en el artículo 102 LPAC. En el F. J. Tercero se justifica la decisión adoptada, que no puede resolver la cuestión de fondo planteada, conforme a la doctrina del Tribunal Supremo que cita (sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo de 12 de diciembre de 2001), que transcribe seguidamente: *“no se puede entrar en la cuestión de fondo de la revisión en vía jurisdiccional de los actos administrativos y disposiciones generales de que se trate. El examen de fondo está condicionado, por ello, a la previa tramitación del procedimiento adecuado por la Administración autora del acto o reglamento sujeto a revisión, del que es pieza esencial el Dictamen del Consejo de Estado. Eludido dicho trámite, bien por total silencio, bien por resolución expresa que deniega la revisión quedándose en la primera fase, lo procedente no es que la jurisdicción entre a conocer del acto o norma, sino que, en su caso, se ordene a la Administración que inicie el trámite de la segunda fase y la concluya dictando la pertinente resolución expresa en orden a si existe la nulidad o la anulabilidad pretendida”*.

No obstante, la sentencia núm. 415/2004 (F.J Segundo) entra a considerar los vicios en los que ha podido incurrir la licencia impugnada, encontrando elementos suficientes para afirmar que ha atribuido al codemandado una facultad careciendo de un requisito esencial para ello, puesto que *“la licencia urbanística autoriza la construcción de una vivienda sobre un terreno destinado a espacios libres, es evidente que se ha producido una infracción del artículo 255.2 del Real Decreto Legislativo 1/1992 (...)”*, basándose para ello en los juicios contenidos en el acta de inspección y en

el informe del técnico de la Dirección General competente en materia de urbanismo de 17 de febrero de 2004, que se transcribe en el Antecedente Décimo de la citada sentencia.

Que el presente procedimiento venga a ejecutar dicha sentencia no excluye que este Órgano Consultivo deba entrar a valorar el vicio de nulidad alegado, concretamente el previsto en artículo 62.1,f) LPAC examinando la regulación sustantiva aplicable a la licencia en el momento en que se otorgó, teniendo en cuenta su carácter reglado. En el caso de un vicio de anulabilidad no correspondería dictaminar a este Órgano Consultivo, de acuerdo con el artículo 103 LPAC.

Sin embargo, el análisis de la normativa aplicable a la licencia objeto de la revisión de oficio, como se deduce de las actuaciones integrantes del expediente, no está exento de dificultades, a la vista del proceloso procedimiento de aprobación de las NNSS del municipio de San Javier y los efectos de la falta de publicación de las normas urbanísticas del citado instrumento, hasta que aparecieron en el BORM de 5 de agosto de 2004. No obstante, antes de entrar en su examen concreto ha de dejarse expresa constancia del cumplimiento de los requisitos procedimentales en el presente expediente.

2. En lo que se refiere al procedimiento de la revisión de oficio, el seguido por el Ayuntamiento se ha ajustado a lo previsto en el artículo 102 LPAC, puesto que, aunque no se contempla expresamente en el citado artículo, se ha otorgado un trámite de audiencia a los interesados (peticionario de la licencia y denunciante), cuya importancia, tratándose de actos declarativos de derechos, se destacó en nuestro Dictamen núm. 11/2002.

Por el contrario, resulta excesivo el tiempo transcurrido desde que este Consejo Jurídico solicitó al Ayuntamiento de San Javier que completara el expediente para dictaminar el presente asunto y la posterior remisión de la documentación (un año, aproximadamente), aun cuando parte de su cumplimiento dependiera de otra Administración (en este caso la Autonómica), pues el trascurso del tiempo, en relación con actos de edificación que se encuentran presumiblemente terminados (no se ha enviado esta información) dificulta enormemente una solución ajustada a la legalidad, en atención a los intereses generales y particulares en juego.

Por último, el transcurso del plazo de tres meses desde el inicio del procedimiento de revisión, sin dictarse resolución, produce la desestimación, cuando se hubiera iniciado a solicitud de parte interesada como concurre en el presente caso, sin que exista por tanto un obstáculo formal para la resolución expresa, pese al tiempo transcurrido (artículo 102.5 LPAC).

**TERCERA.- Planeamiento urbanístico aplicable a la licencia urbanística.**

La naturaleza reglada de las licencias urbanísticas significa que la Administración, a la hora de decidir sobre su otorgamiento, carece de libertad de acción, debiendo ceñirse estrictamente a la comprobación de la conformidad o disconformidad de la actividad proyectada por el solicitante con las disposiciones aplicables, a las que en todo momento debe ajustarse (por todas, STS, Sala 3ª, de 14 de abril de 1993), en un doble sentido: denegar las licencias de obras que se oponen a tales disposiciones y tener que concederlas cuando se acomoden.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo viene sosteniendo reiteradamente que la normativa de referencia a la hora de llevar a cabo este compromiso ha de estar vigente, lo que, dada la naturaleza normativa de los planes exige no sólo que se haya culminado su tramitación a través de la aprobación definitiva, sino que se haya producido su publicación.

La licencia urbanística sobre la que versa el presente procedimiento fue otorgada por la Comisión de Gobierno del Ayuntamiento de San Javier el 30 de octubre de 2002, con arreglo a la normativa del texto refundido de las NNSS, redactado por el arquitecto municipal, que recibió la conformidad del Pleno municipal el 14 de marzo de 1996, según expresa el técnico informante de la licencia, si bien reconoce que la Administración regional, pese a las reiteradas peticiones municipales, no tomó conocimiento del citado texto refundido (folios 65 y 66), con los consiguientes problemas que acarreó tal decisión, según describe. De acuerdo con esta normativa, la parcela es urbana, residencial, con aplicación de la norma T-1 (folios 59, 142, 268 y 269), adecuándose a los parámetros descritos, salvo en la fachada mínima y en el fondo edificable, si bien explica el mismo técnico informante que son excepciones que tienen su cobertura en el apartado V-3.1.3 de la citada norma: *“Se podrán autorizar edificaciones sobre parcelas inferiores a las descritas en aquellos solares resultantes de la demolición de edificaciones en los cascos antiguos de población”*. Frente a ello, el denunciante cuestiona la aplicación de tal excepción a los terrenos objeto de la licencia (Antecedente Segundo), además de señalar que se incumple la calificación otorgada a los terrenos por el órgano competente de la Administración regional, al haberse otorgado una licencia en una zona destinada a espacio libre o aparcamiento, según el acuerdo de aprobación definitiva de las NNSS.

Para determinar la conformidad de la licencia urbanística al planeamiento urbanístico en vigor en el momento de su otorgamiento, debe concretarse la fase de la tramitación en que se encontraban las NNSS, es decir, si se habían aprobado definitivamente por el órgano competente y publicado en el BORM, de acuerdo con las exigencias previstas en el artículo 151.2 TRLSRM.

Conviene recordar que en la fecha del otorgamiento de la licencia ya se encontraba en vigor la Ley 1/2001, de 24 de abril, del Suelo de la Región de Murcia (LSRM), con idéntica regulación a la expresada del Texto Refundido.

Los datos que se reseñan a continuación sobre el estado del planeamiento en el año 2002 han sido extraídos del expediente y de algunas publicaciones oficiales, citando únicamente los aspectos que afectan a la parcela objeto de la licencia:

a) Por acuerdo del Consejo de Gobierno, de 24 de septiembre de 1987, se suspende la aprobación definitiva de las NNSS de San Javier, por cuanto se advirtieron deficiencias que obligaban a introducir modificaciones sustanciales en el conjunto del plan, con la consiguiente necesidad de someterlas a nueva información pública y, previa aprobación municipal, elevarlas de nuevo a la Administración regional para su aprobación definitiva. Entre las deficiencias advertidas (en la zonificación de Santiago de la Ribera) se encuentra la siguiente:

*“La manzana triangular zonificada R-7 en calle de “—“ pasará a zona verde o aparcamiento público”.*

Se publicó el precitado acuerdo íntegro en el BORM de 1 de octubre de 1987.

b) El Ayuntamiento tramitó el nuevo documento de las NNSS, que fue elevado a aprobación definitiva del Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma, que adoptó el acuerdo de 22 de noviembre de 1990, por el que se aprueba definitivamente dicho instrumento de planeamiento, a reserva de la subsanación de las deficiencias que se recogen en sus fundamentaciones jurídicas. Concretamente en la tercera (apartado A.2.3, correspondiente al suelo urbano) se reitera:

*“La estrecha cuña de suelo en calle “—“ colindante con los terrenos de la Ciudad del Aire debe destinarse a espacio libre o aparcamientos como el resto de la parcela”.*

En este acuerdo de aprobación definitiva también se establece que se deberá dar cuenta a la Administración regional de la subsanación de deficiencias para el correspondiente diligenciado del texto refundido de las NNSS, que se ha de elevar por el Ayuntamiento.

El contenido íntegro del acuerdo, con la observación realizada a la calle “—“, aparece publicado en el BORM de 19 de diciembre de 1990.

c) Aprobado el Texto Refundido de las NNSS por el Pleno Municipal el 14 de marzo de 1996 (folios 85 y ss.), que es la normativa aplicada según el técnico informante de la licencia, no consta que se tomara conocimiento del mismo por la Administración regional, ni tampoco que fuera diligenciado por ésta, según refieren los informes técnicos. Hay que esperar al año 2004, cuando se produce un nuevo acuerdo del Pleno municipal, adoptado en su sesión de 25 de marzo de 2004 (folios 176 a 183), sobre “el nuevo texto de las normas urbanísticas del texto refundido de las NNSS de San Javier”, al que se incorpora, según el arquitecto municipal, *“las numerosas modificaciones puntuales que se habían aprobado desde el año 1996, año que se remitió el Texto a la Administración autonómica, y así se ha hecho, de forma que el nuevo Texto es exactamente el mismo con el que en su día el Pleno manifestó su conformidad (...) y se han eliminado las referencias a la normativa urbanística que ya no está vigente”*.

d) Remitido el nuevo documento refundido a la Administración regional, el Consejo de Gobierno, en su sesión de 25 de junio de 2004, toma conocimiento del mismo, considerando subsanadas las deficiencias del Acuerdo anterior del mismo órgano de 22 de noviembre de 1990, especificadas en las fundamentaciones jurídicas tercera, apartado 1.A.4 (Ordenanzas y normas urbanísticas) y quinta apartado 2 -La Manga del Mar Menor-, en cuanto a sus determinaciones normativas, ordenando su diligenciado y consiguiente publicación de las normas urbanísticas en el BORM de 5 de agosto de 2004 para su entrada en vigor. En este último Acuerdo de 22 de junio de 2004 no se hace referencia al resto de deficiencias advertidas en el acuerdo de aprobación definitiva, entre ellas la que afectan a la parcela cuya licencia se revisa. De ahí que este Órgano Consultivo, a través del acuerdo adoptado (Antecedente Noveno), pretendiera conocer si se han producido otros acuerdos o actuaciones de la Dirección General competente en materia de urbanismo, en relación con la licencia objeto del procedimiento de revisión, después del acuerdo adoptado por el Consejo de Gobierno de 25 de junio de 2004, por el que se toma conocimiento del Texto Refundido NNSS de San Javier, es decir, si se ha producido algún cambio o matización en las determinaciones señaladas por la Administración regional en lo que afecta a la estrecha cuña de la calle “—” de Santiago de La Ribera, si bien nada se dice a este respecto en el oficio del Director General de Territorio y Vivienda, de 12 de febrero de 2010.

De lo expuesto sobre el estado del planeamiento en el momento del otorgamiento de la licencia urbanística, se extraen las siguientes conclusiones sobre el régimen urbanístico aplicable:

1ª) El acuerdo de aprobación definitiva de las NNSS de San Javier, de 22 de noviembre de 1990, establece claramente que la estrecha cuña en la calle “—” debía quedar afecta a espacios libres o aparcamientos, determinación que ya se había establecido con anterioridad (acuerdo de 24

de septiembre de 1987) y cuya reiteración se debe, presumiblemente, a que la documentación remitida en el trámite de subsanación de deficiencias no se ajustaba plenamente al primer acuerdo, al no incluir toda la zona indicada por la Administración regional.

Por tanto, si el texto refundido de las NNSS de 1996, a cuyas condiciones urbanísticas se había ajustado la licencia, según el técnico informante, no se acomodaba plenamente a dicha determinación del acuerdo de aprobación definitiva (al parecer, se habían excluido dos parcelas existentes por disponer de algún tipo de edificación antigua, en el caso que nos ocupa un almacén de 45 m<sup>2</sup>, según refiere el denunciante y reconoce el arquitecto técnico municipal en el folio 217), consecuentemente tampoco la licencia otorgada se ajustaba al acuerdo de aprobación definitiva de las NNSS, según señala el informe técnico de la Dirección General competente en materia de urbanismo de 17 de febrero de 2004, teniendo en cuenta, además, que la aplicación de tal determinación, que afectaba a la zonificación de los terrenos, no estaba condicionada por la entrada en vigor de las normas y ordenanzas urbanísticas. La validez del acuerdo de Consejo de Gobierno, de 22 de noviembre de 1990, que fue publicado íntegramente en el BORM, ha sido reconocida por la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Región de Murcia, Sala de lo Contencioso Administrativo, de 19 de junio de 1999.

Tampoco hay constancia de que el Ayuntamiento recurriera en vía jurisdiccional la determinación del Acuerdo de Consejo de Gobierno sobre la estrecha cuña en la calle “—”, ni se alude a ello en los informes técnicos municipales; por el contrario, se infiere de pronunciamientos judiciales posteriores, como la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Región de Murcia, Sala de lo Contencioso Administrativo de 19 de junio de 1999, ya citada, en la que el Ayuntamiento figura como parte codemandada, que ha defendido el mantenimiento de la aprobación definitiva frente a los recursos resueltos por la citada sentencia.

2ª) Por tanto, si la licencia se ajustó a la normativa T-1, de acuerdo con el informe del técnico municipal (al margen de que el uso no se ajustara al acuerdo de aprobación definitiva), dicha norma no se había publicado aún cuando se otorgó y, por tanto, carecía de eficacia, de acuerdo con la doctrina jurisprudencial consolidada posteriormente, que este Consejo Jurídico tuvo ocasión de analizar en el Dictamen 232/2002, sobre la anulación de la ponencia de valores de bienes inmuebles de naturaleza urbana del municipio de San Javier.

A este respecto el Consejo Jurídico indicó en el citado Dictamen:

*“La SAN de 23 de julio de 2001, sobre la que versa los distintos extremos de la consulta facultativa, fundamenta la nulidad de la ponencia de valores para la valoración de bienes inmuebles de naturaleza urbana del municipio de San Javier, en la falta de publicación de las normas urbanísticas del instrumento de planeamiento general del municipio de San Javier (Normas Subsidiarias del Planeamiento, en adelante NN.SS), conforme a lo exigido por el artículo 70.2 de la Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local (LBRL) para su entrada en vigor. Dicho precepto, tras la reforma introducida por la Ley 39/1994, de 30 de diciembre, ha quedado redactado del siguiente modo:*

*“...Las Ordenanzas, incluidos el articulado de las normas de los planes urbanísticos, así como los acuerdos correspondientes a éstos cuya aprobación definitiva sea competencia de los Entes Locales, se publican en el Boletín Oficial de la Provincia y no entran en vigor hasta que se haya publicado completamente su texto y haya transcurrido el plazo previsto en el artículo 65.2...” (quince días hábiles).*

*En un plano teórico, dicha Sentencia ha reproducido la doctrina reiterada del Tribunal Supremo (por todas, la STS, Sala 3ª, de 12 de noviembre de 2001), según la cual, es necesaria la completa publicación de las normas urbanísticas de los planes para que éstos sean eficaces, no bastando con la publicación del mero acuerdo de aprobación definitiva como así establecía la legislación urbanística estatal (artículo 56 del Texto Refundido de 1976), entonces aplicable al procedimiento de aprobación de las Normas Subsidiarias del municipio de San Javier. Aunque el alcance de la publicidad de los planes urbanísticos que aprobaban las Comunidades Autónomas, dio lugar a una jurisprudencia contradictoria, tras las Sentencias de la Sala de Revisión de 11 de julio y 29 de octubre de 1991, la cuestión fue resuelta en el sentido de que la publicación de las normas urbanísticas en el Boletín Oficial correspondiente era necesaria tanto para los planes cuya aprobación definitiva correspondiese a las Corporaciones Locales como para aquéllos cuya aprobación definitiva correspondiese a las Comunidades Autónomas, y desde entonces existe constante jurisprudencia (Sentencias de la Sala 3ª, de 22 de septiembre de 1992, 25 de mayo y 9 de octubre de 1999, 25 de octubre y 22 de noviembre de 2001), en tal sentido”.*

No obstante, también señalaba aquel Dictamen, conforme al artículo 73 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, que las sentencias firmes que anulen una disposición no afectarán por si mismas a la eficacia de los actos administrativos firmes que la hayan aplicado antes de que la anulación alcanzara efectos generales, criterio trasladable a la anulación de un acto administrativo de carácter general, sin perjuicio de que puedan instarse por particulares procedimientos extraordinarios de revisión.



3ª) En su defecto, por la ineficacia de la citada normativa de las NNSS debido a su falta de publicación, este Consejo Jurídico coincide con el técnico informante en que sería aplicable el Plan General de Urbanización y Ensanche de Santiago de la Ribera, si bien el mismo técnico reconoce que no se podría haber otorgado la licencia con arreglo a este Plan, pues incumple el parámetro de ocupación máxima (el 35%). Por el contrario, el informe técnico no acierta cuando trata de extender a este Plan el mismo razonamiento de la falta de eficacia de sus ordenanzas por la falta de su publicación, pues no tiene en cuenta que la exigencia de publicidad de las normas y ordenanzas urbanísticas de los planes para su entrada en vigor, se establece por primera vez en el artículo 70.2 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de Bases de Régimen Local (LBRL), en conexión con lo dispuesto en el artículo 9.3 de la Constitución Española, que consagra el principio de publicidad de las normas, sin que pueda ser de aplicación retroactiva a planes aprobados con anterioridad a la Constitución y a la LBRL, como el citado (año 1960, según el folio 185).

**CUARTA.- Sobre el vicio de nulidad de pleno derecho alegado.**

Según la propuesta elevada, en cumplimiento de la sentencia tantas veces citada, la causa de nulidad de pleno derecho que vicia el acto de concesión de la licencia es la prevista en el artículo 62.1,f) LPAC:

*“Los actos expresos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición”.*

Este Consejo Jurídico ha tenido ocasión de destacar (por todos, Dictamen 168/06) que la causa descrita de nulidad será aplicable cuando se trate del incumplimiento de un requisito esencial para la adquisición de derechos o facultades, no cuando se incumpla cualquier requisito, aunque sea exigible para la validez del acto, sobre la base de la interpretación restrictiva que ha de hacerse de la nulidad de pleno derecho, siendo el procedimiento de lesividad la regla y la revisión de oficio la excepción. En este sentido, el Consejo de Estado ha distinguido entre requisitos necesarios y esenciales, y sólo el incumplimiento de estos últimos vicia de nulidad de pleno derecho al acto administrativo, como detalla en su Dictamen núm. 3491/1999, del que reproducimos, por su interés, el siguiente párrafo:

*“El vicio de nulidad invocado en última instancia es interpretado de modo muy estricto por el Consejo de Estado (dictámenes...) entendiéndose que para su apreciación requiere, no sólo que se*

*produzca un acto atributivo de derechos que se adquieren en virtud del mismo, y que dicho acto sea contrario al ordenamiento jurídico, sino también que falten los requisitos esenciales para su adquisición, es decir los presupuestos inherentes a la estructura definitoria del acto. En particular, procede subrayar que una interpretación amplia del supuesto del artículo 62.1,f) podría provocar - dada su potencial vis expansiva- una desnaturalización del régimen mismo de la invalidez de los actos administrativos. No es ocioso recordar que, en la teoría de la invalidez de los actos, la nulidad constituye la excepción frente a la regla general de la anulabilidad”.*

En su aplicación al presente caso, este Consejo Jurídico advierte las siguientes infracciones:

1ª) Si la licencia objeto de revisión se acomodó a la norma T-1 (zona residencial), Ordenanza de aplicación V-3.1.3 del texto refundido de las NNSS de San Javier, y ésta carecía de eficacia en el año 2002, al no haberse publicado las normas urbanísticas del instrumento de planeamiento para su entrada en vigor, la licencia urbanística otorgada contraviene la normativa vigente.

2º) También contradice el acuerdo de aprobación definitiva de las NNSS, que calificaba esta cuña, sin mayor distinción, de espacio libre o aparcamiento (viario), que contenía un mandato ejecutivo al Ayuntamiento, y cuya aplicación no dependía de la publicación de las normas y ordenanzas urbanísticas.

3º) Incluso con el planeamiento urbanístico anterior (el Plan General de Urbanización y Ensanche de Santiago de la Ribera), conforme a la conclusión 3ª de la consideración anterior, tampoco la licencia se ajustaba al mismo, reconociendo el técnico informante que no se habría podido otorgar, pues incumple la ocupación máxima (35% de la parcela), sin que pueda descartarse otros incumplimiento del referido Plan General (la anchura prevista de la calle era de 8 mts. mientras que en el acta de la tira de cuerdas se refleja un ancho total de 7,72 metros), pues dicho técnico no detalla con exhaustividad la adecuación del proyecto al citado Plan General, presumiblemente por descartar *a priori* su aplicación, por la falta de publicación de las ordenanzas, conclusión que ya se ha tildado de errónea anteriormente.

Por tanto, dado que la licencia urbanística se otorgó con arreglo a una norma que aún no había entrado en vigor, y que afectaba a unos terrenos que, en ejecución del acuerdo de aprobación definitiva, se debían calificar de espacio libre o aparcamiento (viario), sin que tampoco se ajustara al planeamiento anterior (Plan General de Urbanización y Ensanche de Santiago de La

Ribera), se alcanza la conclusión de que los incumplimientos revisten la gravedad exigida para ser subsumidos en el vicio alegado de nulidad de pleno derecho (artículo 62.1,f LPAC). Téngase en cuenta también que conforme al planeamiento anterior citado faltan los presupuestos esenciales para poder adquirir la totalidad de la edificación realizada, a tenor de lo informado por el técnico municipal. Ha de tenerse en cuenta también, como sostiene la sentencia que se ejecuta, que el artículo 255.2 del TRLS de 1992, que se encontraba en vigor cuando se otorgó la licencia (fue derogado en bloque por el RD Legislativo 2/2008, de 20 de junio) establece que serán nulas de pleno derecho las licencias que se otorguen con infracción de la zonificación de espacios libres, subsumiéndose desde esta perspectiva y con arreglo a aquella normativa entonces en vigor en el vicio de nulidad previsto en el apartado g) del artículo 62.1 LPAC. En igual sentido de predicar la nulidad en estos supuestos, el artículo 41.1 del Reglamento de Disciplina Urbanística (RD 2187/1978, de 23 de junio), que es de aplicación en el ámbito de la Región, en lo previsto en la Ley del Suelo regional, por mandato de la Disposición transitoria octava del TRLSRM.

De otra parte, el TRLSRM (que reproduce la regulación de la LSRM entonces aplicable) tipifica como infracción muy grave el incumplimiento de las normas relativas al uso del suelo y edificación que afecten a suelo ordenado como espacios libres públicos y viales (artículo 237,1,e), así como también tipifica de graves el incumplimiento de las normas relativas al uso y edificación (artículo 235.2,j).

Por último, el artículo 102.4 LPAC establece que en el acuerdo en el que se declare la nulidad de pleno derecho se podrán establecer las indemnizaciones que proceda reconocer a los interesados, si se dan las circunstancias previstas en los artículos 139.2 y 141.1 de la misma Ley.

#### **QUINTA.- Los límites a las facultades de revisión.**

Resta por analizar si pueden ser aplicables al presente caso los límites a la potestad de revisión previstos en el artículo 106 LPAC que se describen seguidamente, a la vista del tiempo transcurrido desde que se otorgó la licencia urbanística (año 2002), que las obras se encuentran presumiblemente terminadas desde hace varios años y que la alineación se encuentra conformada por una acera ejecutada por el Ayuntamiento (proyecto de urbanización de la calle “—” de abril de 2000, redactado por el arquitecto municipal).

A este respecto señala el artículo 106 LPAC:

*“Las facultades de revisión no podrán ser ejercitadas cuando por prescripción de las acciones, por el tiempo transcurrido o por otras razones resulte contrario a la equidad, a la buena fe, al derecho de los particulares o a las leyes”.*

Nada se alega a este respecto por el Ayuntamiento, ni tampoco por el peticionario de la licencia, que no comparece en el procedimiento, realizando, no obstante, este Órgano Consultivo las siguientes consideraciones:

- En el presente expediente se ha puesto de manifiesto la pasividad del Ayuntamiento respecto a las denuncias presentadas en su día a la licencia otorgada, mientras las obras se encontraban en curso de ejecución, cuando podían haberse adoptado medidas cautelares de paralización de las obras, para evitar los perjuicios ulteriores al peticionario de la licencia.

- Si la determinación del acuerdo del Consejo de Gobierno respecto a la estrecha cuña en la calle “—” era susceptible de interpretación condicionada por la edificación existente, según refieren los técnicos municipales, debería haberse solicitado el parecer de la Administración regional a este respecto, en su condición de órgano que introdujo esta determinación y competente para interpretar su alcance, antes de otorgar la licencia; no obstante, de las actuaciones del centro directivo se infiere la opinión contraria a la de los técnicos municipales, según se desprende de la reiteración de la observación en la calle “—” de Santiago de La Ribera, o del oficio de la Dirección General competente en materia de urbanismo, de 21 de junio de 2004 (folio 158), en el que se reconoce la invasión de la obra de la zona destinada a espacio libre o aparcamiento, así como se insta a la revisión del acto de concesión de licencia.

- Aun cuando posteriormente se publicaron las normas urbanísticas, la licencia otorgada no sería convalidable según las actuaciones obrantes en el expediente, puesto que persistiría el incumplimiento del referido acuerdo de Consejo de Gobierno de 22 de noviembre de 1990 (que ordena su calificación de espacio libre o aparcamiento), según el informe técnico de 17 de febrero de 2004 de la Dirección General competente en materia de urbanismo. De otra parte, en la hipótesis de que la Administración regional hubiera dado su conformidad a la ordenación propuesta por el Ayuntamiento en la citada cuña (derivado del Consejo de Gobierno de 25 de junio de 2004), lo que este Consejo Jurídico ha intentado averiguar sin éxito con la petición de ampliación de expediente, a través del centro directivo competente en materia de urbanismo, tal ordenación resultaría aplicable a la hora de adoptar las medidas de restablecimiento del orden jurídico perturbado (STS, Sala 3ª, de 26 de mayo de 1994), sin perjuicio de las indemnizaciones que procediesen a los afectados (también la STS, Sala 3ª, de 12 de noviembre de 1997); pero dicha

hipotética posibilidad de legalización en nada alteraría a los vicios incurridos en el acto de otorgamiento de la licencia urbanística, que son los aquí analizados por este Órgano Consultivo.

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

### **CONCLUSIÓN**

**ÚNICA.-** Procede dictaminar favorablemente la propuesta elevada, concurriendo la causa de nulidad de pleno derecho propuesta por la Alcaldía del Ayuntamiento de San Javier, sin perjuicio de lo señalado en la consideración Quinta sobre los límites de la facultad de revisión.

No obstante, V.S. resolverá.



**DICTAMEN 192/2010**

**Asunto** Proyecto de Orden por el que se establece el currículo del título de Técnico en Farmacia y Parafarmacia en el ámbito de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia .

**Consultante** Consejero de Educación, Formación y Empleo

**Fecha** 20/10/2010

**Extracto de Doctrina**

Nota: igual doctrina que la expresada en el Dictamen 157/2010.



**DICTAMEN 193/2010**

**Asunto** Proyecto de Orden por el que se establece el currículo del ciclo formativo de grado medio correspondiente al título de Técnico en Carrocería en el ámbito de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.

**Consultante** Consejero de Educación, Formación y Empleo

**Fecha** 20/10/2010

**Extracto de Doctrina**

Nota: igual doctrina que la expresada en el Dictamen 157/2010.



## DICTAMEN 194/2010

<b>Asunto</b>	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.
<b>Consultante</b>	Consejera de Sanidad y Consumo
<b>Fecha</b>	20/10/2010

### Extracto de Doctrina

En cuanto a la legitimación pasiva, no cabe duda la de la Administración regional, en su condición de titular del centro hospitalario donde se produjo el accidente, así como la de la empresa explotadora del aparcamiento. El hecho de que el mantenimiento y la conservación del aparcamiento del centro hospitalario se lleve a cabo por la empresa contratada a tal fin, no exonera de responsabilidad a la Administración, teniendo en cuenta que dicha responsabilidad es, en todo caso, directa, sin perjuicio de que, en última instancia, se determine que el sujeto que ha de soportar la onerosidad de la indemnización deba ser la contratista o concesionaria. Esta es la doctrina del Consejo Jurídico (por todos, Dictamen 163/05) suficientemente conocida por la Consejería consultante, en tanto ha sido aplicada en la propuesta elevada.

### ANTECEDENTES

**PRIMERO.-** Con fecha 4 de octubre de 2007, x. presenta reclamación de responsabilidad patrimonial frente al Servicio Murciano de Salud y a la UTE x. por los siguientes hechos, según describe:

*“Que el pasado día 7 de octubre de 2006 me encontraba en compañía de mi marido e hijo en el aparcamiento cubierto ubicado en la ciudad sanitaria “Virgen de la Arrixaca”, cuando al ir a recoger el coche que había aparcado previamente en el mismo, sufrí una aparatosa caída al suelo al resbalar por la existencia de una serie de manchas de aceite que no habían sido debidamente limpiadas y cuya presencia y peligro no habían sido en todo caso advertidas ni siquiera mínimamente.*

*El parking en el que ocurrieron los hechos, según se ha podido averiguar después, estaba asegurado en ese momento en la compañía de seguros x.r, bajo el número de póliza (...).*



*Que en consecuencia, fui trasladada al Servicio de Urgencias del citado centro hospitalario, donde fui atendida por el personal facultativo de las lesiones producidas en el accidente, y de las que aún me encuentro convaleciente (...).*

*Al respecto hemos de manifestar que del siniestro que relatamos y de las manchas de aceite fueron testigos dos empleados del citado parking que incluso realizaron fotos al lugar de los hechos (...)*".

Manifiesta que el 4 de abril de 2007 interpuso denuncia ante el Juzgado de Instrucción núm. 4 de Murcia contra las personas responsables (Juicio de Faltas núm. 358/2007), que dictó Auto de sobreseimiento y archivo el 19 de abril siguiente.

Sostiene que concurren en el presente caso los presupuestos determinantes de la responsabilidad patrimonial de la Administración regional:

- a) Lesión patrimonial, que puede ser definida como daño ilegítimo, consistente en dolor e impotencia en rodilla derecha y en el tobillo izquierdo, y que implicó estar de baja para su curación durante 80 días, inconvenientes que no tenía que haber soportado.
- b) Vínculo entre la lesión y el estado del aparcamiento, de forma que si la actuación del servicio público hubiera sido diligente no se habría producido.
- c) Daño real y efectivo.
- d) Responsabilidad de carácter objetivo, sin que sea necesario demostrar la concurrencia de negligencia o culpa en la producción del daño.

En consecuencia, la reclamante solicita una indemnización total de 8.576,88 euros más los intereses correspondientes, que desglosa y valora de la siguiente manera:

- 45 días improductivos a razón de 50,35 euros/día: 2.265,75 euros.
- 35 días no improductivos a razón de 27,12 euros/día: 949,2 euros.
- 5 puntos de secuela a razón de 680,08 euros: 3.400,4 euros.

- A la cantidad resultante habría que sumar el 10% del factor de corrección por estar la reclamante en edad laboral: 661,53 euros.

- En concepto de gastos médicos y rehabilitación, se solicitan 300 euros y 1.000 euros, respectivamente.

Aporta la documentación que figura en los folios 10 a 19 del expediente, entre ella un informe de un médico privado, que diagnostica a la interesada “de contusión en rodilla derecha y esguince de tobillo izquierdo”, manifestando que ha precisado tratamiento médico y rehabilitador durante 80 días, de los que se consideran 45 como impeditivos, habiéndole quedado la secuela de artritis traumática que valora en 5 puntos.

Por último, la reclamante solicita que se requiera al representante de la UTE x. para que aporte al procedimiento determinada documentación relacionada con los hechos descritos en la reclamación, así como designa al letrado x. como representante, quien acepta expresamente dicho encargo en el escrito de reclamación.

**SEGUNDO.-** Con fecha 30 de octubre de 2007 se requiere a la reclamante para que subsane su escrito de reclamación, debiendo especificar claramente contra quién se dirige la reclamación, toda vez que se aprecian contradicciones en el escrito presentado.

En su contestación el letrado actuante presenta escrito el 21 de noviembre de 2007, en el que manifiesta que la reclamación va dirigida contra el Servicio Murciano de Salud, en su condición de responsable de dicho servicio, junto con la concesionaria (UTE x.) que se ocupa del mantenimiento y conservación de las instalaciones del aparcamiento.

**TERCERO.-** Con fecha 13 de diciembre de 2007, el Director Gerente del Servicio Murciano de Salud dictó Resolución de admisión a trámite, que fue notificada a las partes.

Asimismo, por parte del órgano instructor se solicitó al Hospital Universitario Virgen de la Arrixaca copia de la historia clínica e informe de los facultativos que asistieron a la reclamante, así como el informe del Servicio de Mantenimiento sobre los hechos descritos en la reclamación.

En su contestación, el Director Gerente remite oficio al órgano instructor, acompañando el informe de alta del Servicio de Urgencias del Hospital Virgen de la Arrixaca y los informes de la Dra. x. y del Jefe de Servicio de Ingeniería.

El informe de la Dra. x., Médico adjunto del Servicio de Rehabilitación y Medicina Física del referido Hospital, quien diagnosticó a la paciente “contusión de rodilla derecha y tobillo izquierdo, con reposo relativo y neobrufen”, expresa lo siguiente: “...confirmando que el informe de alta de

*Urgencias del día 7.10.2006 de x. con el diagnóstico de contusión de rodilla derecha y tobillo izquierdo fue elaborado y firmado por mí”.*

Por su parte, el informe del Jefe de Servicio de Ingeniería del citado Hospital, de 30 de enero de 2008, señala que *“las labores de mantenimiento, conservación, explotación, etc., del parking subterráneo, situado en la parte frontal del Hospital, no se realizan por parte del servicio de Ingeniería y Mantenimiento de este Hospital, ya que la ejecución de dichas obras, así como su explotación, corresponden a una concesión administrativa externa”.*

**CUARTO.-** Con fecha 22 de abril de 2008, la reclamante presentó escrito proponiendo la práctica de los siguientes medios de prueba:

- La testifical de las personas que le acompañaban en el momento de producirse la caída.
- La documental que seguidamente se concreta a aportar por la UTE x.:

a) Relación de empleados que se encontraban trabajando en el aparcamiento los días 6 y 7 de octubre de 2006.

b) Copia de las fotografías realizadas por los citados empleados de las manchas de aceite que ocasionaron la caída.

c) Copia de la cinta de video-vigilancia de los días 6 y 7 de octubre de 2006.

Trasladadas tales peticiones a la mercantil citada, su representante comparece mediante escrito de 26 de junio de 2008, en el que manifiesta la imposibilidad de facilitar las fotografías realizadas por los empleados y una copia de la cinta de video, ya que pasados 15 días desde su toma éstas son borradas si no son reclamadas. Igualmente relaciona las personas que prestaron sus servicios durante los días indicados.

**QUINTO.-** Habiéndose procedido a la apertura del período probatorio para la práctica de la prueba testifical propuesta por la reclamante, con cita a las partes interesadas entre ellas a la concesionaria del Servicio Murciano de Salud, prestan declaración el marido e hijo de la interesada el 20 de noviembre de 2008, según se documenta en los folios 47 a 59 del expediente.

Del relato de la causa de la caída, en la que coincidieron ambos testigos, se extraen los siguientes datos: la existencia de una serie de manchas pequeñas de aceite que existían en el pavimento del aparcamiento, justo por el lugar donde la reclamante iba a acceder al vehículo, que su presencia y peligro en el pavimento no habían sido advertidos, que los propios operarios del aparcamiento fueron a asistirles en el momento en que se produjo la caída y que procedieron a realizar fotografías del lugar de los hechos. Incluso uno de los testigos facilita la descripción física de un empleado que estuvo presente, apostillando el representante de la UTE concesionaria que por la descripción física sabe quién pudo ser, aportando su nombre. De igual modo, explican los testigos *“...que los propios operarios les pidieron que aportasen el parte de Urgencias para acompañarlo a la hoja de incidencias del día, además, les dijeron que existía una grabación de video donde se dejaría constancia de la caída”*.

También coinciden en describir que *“después de atender en Urgencias a x. por la caída sufrida, había serrín en la mancha de aceite”*.

**SEXTO.-** Con fecha 10 de diciembre de 2008 tiene entrada en el registro del Servicio Murciano de Salud escrito presentado por el letrado de la reclamante, instando la terminación convencional del procedimiento administrativo, mediante el pago de la indemnización solicitada por esa parte.

El letrado adjunta a su escrito, a efectos probatorios, tres partes de incidencias emitidos por los trabajadores de la empresa x., encargada de las labores de vigilancia y mantenimiento del aparcamiento.

El primero de los partes, de 6 de octubre de 2007, refleja lo siguiente:

*“Pongo serrín junto cuarto extractores, cubriendo unas manchas de aceite o similar por las que una mujer cayó al suelo resbalándose frente núcleo I. Al parecer tras unas pruebas no hubo lesiones”*.

En el segundo de los partes también de 6 de octubre, se anota lo siguiente:

*“...Se presenta en control el propietario del mercedes gris metalizado matrícula, “—”. A la entrada núcleo 1 ° al retirar el vehículo x.. resbala dirigiéndose a Urgencias. Se adjunta copia de informe de Urgencias. Por si reclama el cliente se han hecho fotos del lugar, quedando constancia en este parte”*.

El tercer parte de 7 de octubre de 2006 (se rectifica por error “septiembre”) informa lo siguiente: *“iniciado servicio, reunido con el compañero siguiente, pasando novedades (tema manchas de aceite y parte de lesiones)...limpiando dicha mancha.”*

**SÉPTIMO.-** Otorgado trámite de audiencia a las partes interesadas, la reclamante presentó escrito de alegaciones el 19 de febrero de 2009, en el que hace constar que a la vista de las pruebas testificales y documentales practicadas en el procedimiento, se desprende la veracidad de los hechos objeto de reclamación, sin que se haya practicado prueba alguna que desvirtúe las pretensiones de la parte reclamante. Asimismo reitera la proposición de terminación convencional del procedimiento, cifrando la indemnización global en 8.576,88 euros más los intereses correspondientes desde la fecha del siniestro.

**OCTAVO.-** El órgano instructor recaba un informe valorativo de los daños causados a la reclamante a la correduría de seguros --, S.A., que fue evacuado el 12 de marzo de 2009 en el sentido de indicar que las lesiones iniciales, por su intensidad y naturaleza (contusiones), no justifican un periodo tan prolongado como el que refleja el informe pericial aportado; ni se realizan pruebas complementarias adicionales que permitan diagnosticar la presencia de una artritis. Concluye que la incapacidad temporal de x. podría valorarse en 21 días improductivos, sin apreciarse secuelas. A todo ello añade el 10% de factor de corrección, ascendiendo la cantidad total a indemnizar a 1.132,57 euros.

**NOVENO.-** Otorgado un nuevo trámite de audiencia a los interesados, el 1 de abril de 2009 se presenta por la reclamante escrito de alegaciones en el que manifiesta su oposición al informe valorativo emitido por la división médica de la correduría de seguros, afirmando en síntesis que el citado informe es injusto e inexacto, además de carecer de refrendo científico alguno, al no estar basado en una exploración detallada y precisa de la paciente y de sus secuelas, como el aportado por la reclamante. Finalmente, el letrado continúa proponiendo la terminación convencional del procedimiento y, en su defecto, solicita la apertura de un nuevo período de prueba donde el perito médico que en su momento emitió el informe de parte pueda explicar convenientemente las razones y argumentos que le llevaron a determinar las secuelas y las lesiones de la reclamante.

**DÉCIMO.-** Con fecha 6 de abril de 2009 la instructora dirige escrito al letrado actuante, en el que se le informa de lo siguiente:

- Que no procede formalizar la propuesta de terminación convencional en la medida que la empresa concesionaria, encargada del mantenimiento y conservación de las instalaciones del aparcamiento, respondería de los daños ocasionados a la reclamante, una vez determinada su responsabilidad.

- Que se estima innecesaria la apertura de un período extraordinario de prueba, pues se ha solicitado informe a la Inspección Médica a efectos de que determine el alcance de las lesiones y las secuelas de la reclamante.

**UNDÉCIMO.**- La Inspección Médica emite informe el 8 de septiembre de 2009, alcanzando las siguientes conclusiones:

*“1.- X. sufrió una caída en el aparcamiento del HUVA a causa de unas manchas de aceite en el suelo.*

*2.- Tras la caída fue atendida en el Servicio de Urgencias del citado hospital por un facultativo de rehabilitación, siendo diagnosticada de contusión de rodilla derecha y tobillo izquierdo sin que precisara inmovilización mediante vendaje o férula de yeso y prescribiéndole únicamente reposo relativo y antiinflamatorios.*

*3. - Es decisión de la paciente acudir a la sanidad privada con el desembolso económico que esto supone, sin que exista constancia de ninguna otra asistencia por este motivo en la Sanidad Pública.*

*4. - Diez días después la paciente consulta en la medicina privada, donde tras la exploración tampoco se considera necesario ni pruebas diagnósticas ni cambio del tratamiento pautado, aconsejándose rehabilitación sin especificar si sobre la rodilla, sobre el tobillo o sobre ambos y tampoco el número de sesiones pautadas.*

*5.- La paciente aporta factura de 50 sesiones de fisioterapia, administradas, a tenor de los datos existentes, por su hijo.*

*6. - En el informe aportado por la reclamante se habla de un tiempo de curación de 80 días y la persistencia de secuelas de artritis traumática, a pesar de exploración funcional normal y sin que se le haya realizado ninguna exploración diagnóstica.*

7.- *Dado que según la valoración inicial las lesiones eran contusiones, que se pueden catalogar de leves, por la bibliografía consultada y los tiempos medios de incapacidad temporal establecidos por el INSS, se puede estimar un plazo de curación de las mismas en torno a 20 días.*

8.- *La persistencia, de los síntomas o establecimiento de secuelas es una evolución extremadamente atípica en este tipo de lesiones. No existen datos objetivos para su diagnóstico o valoración ya que la exploración física y la funcional de las articulaciones es normal y en ningún momento de su proceso se le han realizado exploraciones complementarias encaminadas no sólo a la valoración de estas secuelas y su posible tratamiento, sino y nos parece fundamental, al diagnóstico de otras posibles lesiones que pudieran explicar esta evolución anómala”.*

**DUODÉCIMO.-** Con motivo de la incorporación al expediente del informe de la Inspección Médica, se concede a las partes interesadas un nuevo trámite de audiencia, presentando la reclamante escrito de alegaciones el 22 de diciembre de 2010, interesando nuevamente la terminación convencional del procedimiento, si bien, a la vista del informe evacuado por la Inspección Médica, modifica la cantidad reclamada que ahora reduce a 1.778,66 euros más los intereses legales correspondientes desde la fecha de la caída. Al respecto, el letrado actuante especifica que el *quantum* indemnizatorio es el resultante de contemplar 20 días improductivos y reducir a 20 las sesiones de rehabilitación, a lo que suma los gastos médicos y de rehabilitación.

**DECIMOTERCERO.-** Por escrito de 15 de enero de 2010 se otorgó un nuevo trámite de audiencia a las partes interesadas, sin que conste que formularan alegaciones. No obstante, el 26 de febrero siguiente tiene entrada en el registro de la Consejería consultante el escrito presentado por el representante legal de la UTE x., por el que se remite carta de la compañía de seguros de la empresa a la fecha del siniestro (x), que expresa la improcedencia de atender a la reclamación en la medida que no se observa que exista responsabilidad imputable a la misma.

En tal sentido afirma la citada aseguradora que *“la existencia de la mancha se produce de una forma accidental sin poder ser advertida por el servicio de mantenimiento, por lo que no existe acto u omisión de las obligaciones de la empresa que hayan podido provocar el accidente sufrido por la usuaria. No existían avisos previos de la existencia de dicha mancha ya que la propia afectada no la observó una hora y media antes de la ocurrencia del hecho cuando aparcaron su vehículo”.*

**DECIMOCUARTO.-** La propuesta de resolución, de 4 de marzo de 2010, estima en parte la reclamación presentada, por haber quedado acreditado en el expediente que el daño se produjo

como consecuencia de una caída sufrida por la x. en el aparcamiento del Hospital Virgen de la Arrixaca, al resbalar por la existencia de unas manchas de aceite, cuya presencia no había sido señalizada por la empresa concesionaria de la Administración, a quien corresponde asumir el pago de la indemnización en la cantidad de 1.133 euros más la actualización correspondiente.

**DECIMOQUINTO.-** Con fecha 15 de abril de 2010 se ha recabado el Dictamen preceptivo del Consejo Jurídico, acompañando el expediente administrativo.

A la vista de los referidos Antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

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

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

#### **SEGUNDA.- Plazo, legitimación y procedimiento.**

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

En cuanto a la legitimación pasiva, no cabe duda la de la Administración regional, en su condición de titular del centro hospitalario donde se produjo el accidente, así como la de la empresa explotara del aparcamiento. El hecho de que el mantenimiento y la conservación del aparcamiento del centro hospitalario se lleve a cabo por la empresa contratada a tal fin, no exonera de responsabilidad a la Administración, teniendo en cuenta que dicha responsabilidad es, en todo caso, directa, sin perjuicio de que, en última instancia, se determine que el sujeto que ha de soportar la onerosidad de la indemnización deba ser la contratista o concesionaria. Esta es la



doctrina del Consejo Jurídico (por todos, Dictamen 163/05) suficientemente conocida por la Consejería consultante, en tanto ha sido aplicada en la propuesta elevada.

De los datos extraídos del expediente se infiere la existencia de un contrato del Servicio Murciano de Salud de concesión de obra pública para la construcción de un aparcamiento y posterior explotación con la UTE x., lo que obliga a la concesionaria a asumir los daños y perjuicios que se causen a terceros, como recoge la propuesta de resolución, conforme al artículo 97 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por RD Legislativo 2/2000, de 16 de junio.

2. La reclamación se presentó dentro del plazo de un año previsto en el artículo 4.2 RRP, ya que, si bien es cierto que los hechos se produjeron el 7 de octubre de 2006, la interesada aporta un informe médico de alta de 26 de diciembre siguiente, por lo que la acción presentada el 4 de octubre de 2007 se habría ejercitado en plazo, a tenor de lo dispuesto en el artículo 142.5 *in fine* LPAC.

3. El procedimiento seguido por la Administración instructora se ha acomodado a las normas jurídicas aplicables a las reclamaciones por responsabilidad patrimonial de la LPAC (Título X, Capítulo I) y del RRP, destacándose lo acertado de la labor instructora en cuanto a la valoración del daño, al recabar un informe de la Inspección Médica que ha permitido corroborar la valoración de la corredería de seguros.

**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 (aparcamiento del Hospital Virgen de la Arrixaca), 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 aparcamiento del Hospital donde ocurrió la caída, se integra instrumentalmente en el servicio público, puesto que su fin es el de permitir el estacionamiento de los vehículos de los usuarios que acuden en demanda de la asistencia sanitaria.

Veamos, pues, la aplicación de los requisitos arriba indicados en el caso sometido a consulta:

1. De los datos obrantes en el expediente se desprende tanto la realidad de la caída de la reclamante, como que ésta fue debida a la existencia de unas manchas de aceite en el suelo, según recogen las incidencias observadas manuscritas por los empleados que se encontraban en el aparcamiento aquella noche (folios 63 a 65), así como las declaraciones testimoniales, a pesar de la destrucción por la empresa del vídeo y de las fotografías tomadas a los quince días, según el testimonio del representante de la UTE.

2. Acreditada, por tanto, la efectividad del daño, así como la causa, sólo queda determinar si concurre o no una relación de causalidad entre las labores de mantenimiento y conservación y el daño producido, es decir, si la caída que sufrió la reclamante es atribuible al funcionamiento del servicio público, por no haberse desplegado, en relación con los elementos que integran el aparcamiento del Hospital una actividad de conservación más cuidadosa, de modo que la seguridad de los usuarios quedase garantizada.

Este Órgano Consultivo muestra su conformidad con la propuesta elevada, en el sentido de que concurre el nexo de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y el daño alegado, en tanto la caída se produjo por unas manchas de aceite en el suelo del aparcamiento que se encontraban sin señalizar y que sólo a *posteriori* del accidente se cubrieron con serrín, según reconocen los empleados, sin que tampoco pueda servir de exoneración, como sostiene la aseguradora del concesionario, que dichas manchas no pudieran ser advertidas por el servicio de mantenimiento, si se tiene en cuenta las circunstancias de tiempo (el vehículo estuvo aparcado una hora y media antes) y de lugar, puesto que la delantera del vehículo estaba mirando hacia la calle interna del aparcamiento y las manchas se encontraban en el lugar en el que la acompañante iba a acceder al vehículo (la puerta del copiloto), es decir, no se encontraban ocultas. De otra parte la destrucción del vídeo y de las fotografías que tomaron los empleados sólo es imputable a la concesionaria, cuando debía haber actuado asumiendo la responsabilidad desde el inicio, sin esperar al ejercicio de la acción de reclamación por la interesada.

Por todo ello, al no existir prueba alguna de que el accidente pudiera ser imputable a la interesada no puede considerarse que tenga el deber jurídico de soportar los daños producidos, los cuales, en aplicación de lo establecido en los artículos 139.1 y 141.1 LPAC, han de ser considerados como lesión indemnizable.

#### **CUARTA.- Cuantía indemnizatoria.**

Igualmente este Consejo Jurídico, teniendo en cuenta lo informado por la Inspección Médica, muestra su conformidad a la cuantía indemnizatoria propuesta (1.133 euros) por la correduría de seguros del ente público, excepción hecha del 10% del factor corrector, al no haberse acreditado por la reclamante, como exige la Ley, los ingresos netos que pudiera estar percibiendo en el momento de ocurrir al incidente; sin perjuicio de la actualización correspondiente, al amparo de lo previsto en el artículo 141.3 LPAC.

La argumentación de la Inspección Médica ha resultado tan convincente y tan contundente (Antecedente Undécimo) que la parte reclamante ha modificado su propuesta de acuerdo convencional, asumiendo los días de baja impositivos propuestos, reduciendo la cuantía indemnizatoria de 8.576,88 euros a 1.778,66 euros.

Sin embargo, sigue sosteniendo que se le indemnice por otros gastos (20 días de rehabilitación y consulta médico privado), si bien tales partidas podrían haberse evitado de haber

seguido la interesada en el servicio público de salud, en el que podría haber dispuesto de los recursos necesarios para su tratamiento sin coste alguno para ella. A mayor abundamiento, tampoco aporta ninguna razón que justifique la asistencia privada, en lugar de la pública, para indemnizar tales partidas reclamadas.

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 apreciarse la relación de causalidad entre el daño alegado y el funcionamiento del servicio público.

**SEGUNDA.**- Procede, en la misma resolución, declarar que corresponde a la concesionaria UTE x. abonar la cuantía indemnizatoria propuesta por el órgano instructor, más la actualización correspondiente, en los términos establecidos en el artículo 141.3 LPAC.

**TERCERA.**- En caso de que la concesionaria no satisfaga voluntaria y directamente el pago a la reclamante, la Administración regional vendría obligada a abonar el importe de la indemnización y a dirigirse por la vía de repetición contra la empresa, en ejecución de su propia resolución y a fin de obtener el reintegro de la cantidad.

No obstante, V.E. resolverá.



**DICTAMEN 195/2010**

**Asunto** Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.

**Consultante** Consejero de Educación, Formación y Empleo

**Fecha** 20/10/2010

**Extracto de Doctrina**

Nota: igual doctrina que la expresada en el Dictamen 29.



**DICTAMEN 196/2010**

**Asunto** 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

**Fecha** 20/10/2010

**Extracto de Doctrina**

Nota: concluye en la necesidad de completar la instrucción.



**DICTAMEN 197/2010**

**Asunto** Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por rotura de gafas durante su labor como monitora de comedor.

**Consultante** Consejero de Educación, Formación y Empleo

**Fecha** 20/10/2010

**Extracto de Doctrina**

La monitora del comedor no es funcionaria ni empleada pública de la Administración regional, según se deduce del informe de la Dirección del centro, sino que pertenece a una empresa contratista de la Administración encargada del servicio del comedor del centro escolar, produciéndose el daño alegado (rotura de las gafas) en ejercicio de las tareas asignadas en el seno de la relación laboral que le une con la empresa contratista.

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** Con fecha 5 de noviembre de 2009, se recibe en la Consejería de Educación, Formación y Empleo la solicitud de reclamación de daños presentada por x., como consecuencia de la rotura de sus gafas por la acción de un alumno el 15 de octubre anterior.

Describe los hechos del siguiente modo:

*“Con fecha de 15 de octubre de 2009, en el centro CEIP Ntra. Sra. de la Fuensanta de Beniaján, estaba realizando mi trabajo como monitora del comedor en horario de 14:00 a 16:30 horas, a las 14:25 horas un niño de Infantil, 4 años, no quería pasar al comedor escolar y se tiró al suelo pataleando, con rabieta (...) al acercarme a él me agarró las gafas que llevaba sujetas al cuello por un cordoncillo y las lanzó contra el suelo; se partió la montura y se rompió un cristal.*

*La interesada solicita la cantidad de 57 euros, acompañando una factura por dicha cantidad en concepto de unas gafas graduadas”.*

**SEGUNDO.-** El 12 de noviembre de 2009, el Director del centro escolar remite un fax a la Consejería consultante, comunicándole los hechos descritos con anterioridad.

**TERCERO.-** El 15 de diciembre de 2009, el Secretario General de la Consejería de Educación, Formación y Empleo resuelve admitir a trámite la reclamación de responsabilidad patrimonial y nombrar instructora del expediente. Dicha resolución se notifica a la reclamante con fecha 21 de diciembre siguiente.

**CUARTO.-** Recabado el informe del centro escolar, es evacuado por su Director el 28 de diciembre de 2009, manifestando lo siguiente:

*“1. Con fecha de 15 de octubre de 2009, x., estaba realizando su trabajo como Monitora del Comedor, en el Centro CEIP "Ntra. Sra. de la Fuensanta" de Beniaján, en horario de 14:00 a 16:30 horas; a las 14:25 horas, un niño de Infantil 4 años, no quería sentarse en el comedor escolar y se tiró al suelo pateando, con rabieta, al acercarse a él le agarró las gafas que llevaba sujetas al cuello por un cordoncillo y las lanzó contra el suelo: se rompieron la montura y un cristal.*

*2. Ningún profesor fue testigo de los hechos. Si fueron testigos de los hechos los alumnos comensales de 3 y 4 años y las monitoras de comedor, compañeras de x., y, z .*

*3. La empresa adjudicataria del Servicio de Comedor es el --, S.L.“.*

**QUINTO.-** Otorgado un trámite de audiencia a la interesada no consta que haya formulado alegaciones, tras lo cual la instructora formula propuesta de resolución estimatoria, al considerar que el desempeño o ejecución de las funciones propias del puesto de trabajo no puede originar para el empleado ningún perjuicio patrimonial, siempre y cuando no haya mediado culpa o negligencia por su parte.

**SEXTO.-** Con fecha 8 de marzo de 2010 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 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 reclamante goza de la condición de interesada para el ejercicio de la acción, conforme a 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), si bien ha de tenerse en cuenta que no se encuentra vinculada por una relación laboral o funcionarial con la Administración regional, pues a tenor de lo indicado por el Director del centro escolar realiza tareas de monitora en el comedor, cuyo servicio se encuentra adjudicado a la empresa "--, S.L.".

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 daños imputados al funcionamiento del servicio público regional de educación, en el que se integra el CEIP "Nuestra Señora de la Fuensanta" de Beniajan.

2. La acción se ha ejercitado en plazo, conforme a lo previsto en el artículo 142.5 LPAC.

3. En cuanto al procedimiento seguido, no consta la audiencia a la empresa adjudicataria del servicio de comedor, exigido por el artículo 1.3 RRP, lo que hubiera permitido conocer el alcance de la relación laboral que une a la trabajadora con la empresa y si ésta le ha abonado los daños alegados en ejercicio de sus tareas.

**TERCERA.- Sobre el fondo del asunto.**

La propuesta estimatoria se fundamenta en que la doctrina del Consejo Jurídico de la Región de Murcia y del Consejo de Estado sostiene el principio general de indemnidad, en virtud del cual el desempeño o ejecución de las funciones propias del puesto de trabajo no puede originar ningún perjuicio patrimonial.

Ciertamente, el principio de indemnidad en relación con los funcionarios públicos ha sido sostenido por este Consejo Jurídico en numerosos Dictámenes sobre accidentes ocurridos a

aquéllos durante el ejercicio de su actividad profesional en centros escolares, como fundamento para la estimación de la reclamación ejercitada por la vía de la responsabilidad patrimonial, en ausencia de un procedimiento específico de resarcimiento en el seno de la relación funcional, siendo exponente de dicha doctrina el Dictamen 175/2009; no obstante, 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). Puesto que, aunque 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.

Sin embargo, tal doctrina no resulta aplicable al presente caso, ni puede servir de fundamento a la estimación de la reclamación ejercitada, si se tiene en cuenta que la monitora del comedor no es funcionaria ni empleada pública de la Administración regional, según se deduce del informe de la Dirección del centro, sino que pertenece a una empresa contratista de la Administración encargada del servicio del comedor del centro escolar, produciéndose el daño alegado (rotura de las gafas) en ejercicio de las tareas asignadas en el seno de la relación laboral que le une con la empresa contratista.

Por tanto, será en el seno de dicho vínculo laboral con la empresa contratista donde habrá de buscar la interesada el resarcimiento de tales daños, siendo el funcionamiento del servicio público docente ajeno a esta cuestión. De hecho, en el Dictamen 205/2003 de este Consejo Jurídico, en un supuesto análogo, se recoge en sus antecedentes que la empresa contratista asumió que se iba a hacer cargo de los gastos ocasionados a su trabajadora, habiendo elevado en aquel caso la Consejería consultante una propuesta desestimatoria a la pretensión de la monitora.

A mayor abundamiento, de la descripción de los hechos (una niña de 5 años que no quería entrar al comedor escolar, agarró las gafas de la monitora y las lanzó al suelo) no se infiere ninguna imputación achacable a la Administración educativa, tales como defectos constructivos, de mobiliario, riesgos atribuibles al profesorado, etc. Además, según se infiere de la declaración de la Dirección del centro (Antecedente Cuarto), los niños se encontraban ya bajo el cuidado de las monitoras, pues se indica que *“ningún profesor fue testigo de los hechos”*.

En consecuencia, no se advierten la concurrencia de los requisitos determinantes de la responsabilidad patrimonial en el asunto dictaminado, frente a la propuesta estimatoria de la reclamación.

Por último, conviene precisar que el Dictamen del Consejo de Estado que especialmente destaca la propuesta elevada (el núm. 3481/2000) hace referencia a la condición de funcionaria de la monitora y pone en juego la doctrina arriba referenciada, lo que difiere, como se ha indicado, del asunto examinado.

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

### **CONCLUSIÓN**

**ÚNICA.-** Se dictamina desfavorablemente la propuesta elevada, en tanto no se acredita la concurrencia de los requisitos determinantes de la responsabilidad patrimonial, advirtiendo también el defecto procedimental indicado en la Consideración Segunda, 3.

No obstante, V.E. resolverá.



**DICTAMEN 198/2010**

**Asunto** Proyecto de Orden por el que se establece el currículo del ciclo formativo de grado medio correspondiente al título de Técnico en Emergencias Sanitarias en el ámbito de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.

**Consultante** Consejero de Educación, Formación y Empleo

**Fecha** 25/10/2010

**Extracto de Doctrina**

Nota: igual doctrina que la expresada en el Dictamen 157/2010.



**DICTAMEN 199/2010**

**Asunto** Proyecto de Orden por el que se establece el currículo del ciclo formativo de grado superior correspondiente al título de Técnico Superior en Programación de la Producción de Fabricación Mecánica en el ámbito de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.

**Consultante** Consejero de Educación, Formación y Empleo

**Fecha** 25/10/2010

**Extracto de Doctrina**

Nota: igual doctrina que la expresada en el Dictamen 157/2010.



## DICTAMEN 200/2010

<b>Asunto</b>	Anteproyecto de decreto legislativo por el que se aprueba el texto refundido de las disposiciones legales vigentes en la Región de Murcia en materia de tributos cedidos.
<b>Consultante</b>	Consejera de Economía y Hacienda
<b>Fecha</b>	25/10/2010

### Extracto de Doctrina

En toda refundición de textos legales, cuando se trata de articular un texto único, son singularmente relevantes las cuestiones de técnica normativa, como instrumento al servicio de la seguridad jurídica, .empezando por el claro deslinde entre el texto refundido propiamente dicho y el Decreto de aprobación, normas una y otra de muy distinto alcance, naturaleza y rango (Dictamen del Consejo de Estado 791/2000, de 30 de marzo de ese año)

### ANTECEDENTES

**PRIMERO.-** La Dirección General de Tributos de la Consejería de Economía y Hacienda elaboró el primer borrador de texto refundido de las disposiciones vigentes en la Región de Murcia en materia de tributos cedidos, que remitió el 11 de marzo de 2010 a la Secretaría General acompañado de una memoria justificativa, de un informe del Servicio Jurídico Tributario (con consideraciones relativas al impacto por razón de género) y de una propuesta del Director General, además de otra documentación complementaria.

**SEGUNDO.-** Se elaboró un segundo borrador del indicado texto refundido incorporando las observaciones realizadas por el Servicio Jurídico citado, tras lo cual consta el informe de la Vicesecretaría (3 de mayo de 2010); fue solicitado el 5 de mayo y emitido el 13 de julio el informe de la Dirección de los Servicios Jurídicos, la cual se muestra favorable al texto, con la salvedad de algunas observaciones de procedimiento y de contenido.

**TERCERO.-** Tras ello, y previo informe del Director General de Tributos sobre las modificaciones introducidas en el borrador, fue elaborado el texto definitivo que, acompañado del expediente, se remitió a este Consejo en la fecha señalada en el encabezamiento, a efectos de la emisión de Dictamen preceptivo.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

#### **PRIMERA.- Sobre el carácter del Dictamen.**

A tenor de lo previsto por el artículo 12.3 LCJ, el presente Dictamen se emite con carácter preceptivo.

#### **SEGUNDA.- Sobre el procedimiento**

Según dijo este Consejo Jurídico en el Dictamen 69/1999, y reiteró en el 62/2004, entre otros, ni 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) ni su precedente Ley 1/1988, de 7 de enero, del Presidente, del Consejo de Gobierno y de la Administración Regional, han recogido una regulación explícita para el procedimiento de elaboración de Decretos-Legislativos, y que, siendo una opción aceptable seguir el regulado para la elaboración de reglamentos, lo esencial es componer un procedimiento *“con el resultado de integrar los diversos trámites que las variadas normas exigen”*. En este caso, el resultado final cuenta con las garantías que son deseables en la producción de disposiciones de carácter general, puesto que la propuesta surge de la Consejería competente, consta el informe del Servicio Jurídico de la misma, el de la Vicesecretaría y el de la Dirección de los Servicios Jurídicos; a raíz de este último se ha depurado el texto eliminando los principales desajustes sustantivos y de procedimiento.

#### **TERCERA.- Sobre la delegación legislativa.**

El marco de la delegación legislativa en el ámbito de nuestra autonomía queda regulada por la Ley 6/2004, la cual, tras expresar que corresponde al Consejo de Gobierno “aprobar los decretos legislativos, previa autorización de la Asamblea” (artículo 22.4), dedica a la materia el Capítulo II del Título V (bajo la rúbrica “La Legislación Delegada”), comprensivo aquél de los artículos 47 a 51; se indica en este último precepto que el Consejo de Gobierno, tan pronto como haya hecho uso de la delegación legislativa, comunicará a la Asamblea el texto refundido a efectos de permitir el control parlamentario de dicha delegación, en los términos previstos por el Reglamento de la Cámara. Éste regula en su artículo 140 el procedimiento para dicho control.

En ese contexto normativo, la Ley 13/2009, de 23 de diciembre, de medidas en materia de tributos cedidos, tributos propios y medidas administrativas para el año 2010, estableció en su Disposición final primera, párrafo primero, lo siguiente:

*“Se autoriza al Consejo de Gobierno para elaborar y aprobar, dentro del plazo de un año desde la entrada en vigor de esta Ley, a propuesta del consejero competente en materia de Hacienda, un texto refundido de las disposiciones legales vigentes aprobadas por la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia en materia de tributos cedidos por el Estado a la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia. La refundición incluye la posibilidad de regularizar, aclarar y armonizar los textos legales que sean objeto del texto refundido”*

#### **CUARTA.- Sobre la técnica normativa.**

I. Configuración general. En toda refundición de textos legales, cuando se trata de articular un texto único, son singularmente relevantes las cuestiones de técnica normativa, como instrumento al servicio de la seguridad jurídica, empezando por el claro deslinde entre el texto refundido propiamente dicho y el Decreto de aprobación, normas una y otra de muy distinto alcance, naturaleza y rango (Dictamen del Consejo de Estado 791/2000, de 30 de marzo de ese año).

En buena técnica se requiere una separación incluso visible entre una y otra norma, separación que afecta a la formulación, a las recíprocas remisiones y al desglose de los preceptos, de modo que no queden mezclados o solapados entre sí, requerimiento que cumple el Proyecto sometido a Dictamen, aunque la Disposición transitoria segunda que se ha incluido en el texto refundido (de cuya procedencia o motivación no se da cuenta en la Memoria de 30 de marzo de 2010) es, en realidad, contenido del Decreto de aprobación.

La fórmula generalmente aceptada -y seguida por el Proyecto- es la de que el Decreto legislativo conste de un solo artículo (con sus disposiciones complementarias relativas a la entrada en vigor y a la derogación de las normas refundidas) por el que se aprueba el texto refundido, que figura como anexo o que se inserta a continuación. Y la primera exigencia es que haya una exacta correlación entre los enunciados de ambos, requisito que no se cumple, pues mientras el Decreto Legislativo se titula “por el que se aprueba el texto refundido de las disposiciones legales vigentes (...)” el texto refundido se refiere a “las disposiciones vigentes”, diferencia insignificante pero que en buena técnica debe desaparecer optando por la primera denominación, que es la rúbrica que se ajusta a la Disposición final primera de la Ley 13/2009.



Una segunda observación dentro de este apartado consiste en que, teniendo el texto refundido rango de Ley, porque se limita a reproducir preceptos legales vigentes, no debe remitirse en su articulado al “presente Decreto Legislativo” sino a la “presente Ley”, como figura en los que se refunden. Esta observación es válida para el artículo 10.Ocho.3 y la Disposición transitoria, párrafo final, del texto refundido proyectado.

II. Estructura interna. El Proyecto trata de seguir la estructura de las normas que se refunden, aunque no siempre el resultado es satisfactorio desde el punto de vista de las pautas de técnica normativa, dada la excesiva longitud de los artículos y, sobre todo, que con frecuencia no siguen la prudente Directriz de no tener más de 4 apartados (Directrices de técnica normativa aprobadas por Acuerdo del Consejo de Ministros de 22 de julio de 2005). La habilitación normativa ampara para regularizar, aclarar y armonizar los textos legales referidos, lo que permite reordenar artículos demasiado extensos en sus textos originales dividiéndolos en artículos menores, incluso dividiendo los Capítulos en Secciones.

**QUINTA.- Sobre el contenido y observaciones específicas.**

I. Contenido. De la Memoria justificativa incorporada al expediente y del cotejo de los textos que se refunden resulta que el ámbito normativo de la refundición proyectada se circunscribe a las Leyes relacionadas en la mencionada Disposición final primera, párrafo primero, de la Ley 13/2009, que contiene la delegación, y que la redacción del texto refundido respeta los textos originales.

Se advierten ligeros retoques en algunos preceptos que no implican modificación del contenido y que son adaptaciones resultantes de los cambios normativos, principalmente del establecimiento del nuevo sistema de financiación de las Comunidades Autónomas de Régimen Común, Ley 22/2009, de 18 de diciembre, y de la Ley General Tributaria, 58/2003, de 17 de diciembre.

Puede también afirmarse que la refundición proyectada es completa, y viene a derogar expresamente en este caso las Leyes refundidas.

No parece oportuno revisar si el nuevo texto se adecua al orden de competencias derivado de la Constitución y del respectivo Estatuto de Autonomía, pues tales consideraciones, en primer lugar, ya se realizarían al dictaminar los Anteproyectos de Leyes respectivos y, además, ahora

resultarían superfluas, en cuanto vendrían referidas al contenido de unos textos en vigor, que no han sido impugnados.

## II. Observaciones específicas.

1) No es necesario reproducir siempre al comienzo de cada artículo como fórmula de entrada el texto de la habilitación normativa que justifica competencialmente la regulación que se reproduce; bastaría con agrupar en un solo artículo tales datos, referenciándolos, después, a los respectivos artículos que contuvieran la regulación sustantiva.

2) El artículo 1.Uno.6 del texto refundido reproduce el concepto de rehabilitación de vivienda que se recoge en el artículo 55.5 del Real Decreto 439/2007, de 30 marzo, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto Sobre la Renta de las Personas Físicas, en una adaptación de lo dispuesto en el artículo 1.Uno, segundo, 4, de la Ley 15/2002, de 23 de diciembre, de Medidas Tributarias en materia de Tributos Cedidos y Tasas Regionales, que es el precepto que se deroga a consecuencia de la refundición. La redacción original de éste, en lugar de definir la rehabilitación, remitía el concepto al que resultase de la normativa reguladora de las actuaciones protegibles en vivienda, habiendo resultado después que el citado Reglamento del IRPF ya ha introducido un concepto de rehabilitación autónomo a efectos del citado impuesto, que es el reproducido ahora en el proyecto de texto refundido.

El criterio adoptado, que encaja en las facultades de regularizar, aclarar y armonizar, ha sustituido la técnica de la remisión a una normativa ajena por la de realizar una reproducción normativa que puede eventualmente devenir obsoleta si el Reglamento del IRPF resultara modificado, por lo que quizá bastaría con realizar la remisión a éste, aunándose también así la deducción autonómica con la estatal.

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

### **CONCLUSIÓN**

**ÚNICA.-** Teniendo en cuenta las observaciones formuladas, el Proyecto puede elevarse al Consejo de Gobierno para su aprobación.

No obstante, V.E. resolverá.



**DICTAMEN 201/2010**

**Asunto** Daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.  
**Consultante** Consejera de Sanidad y Consumo  
**Fecha** 25/10/2010

**Extracto de Doctrina**

Nota: igual doctrina que la expresada en el Dictamen 2.



## DICTAMEN 202/2010

<b>Asunto</b>	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.
<b>Consultante</b>	Consejera de Sanidad y Consumo
<b>Fecha</b>	25/10/2010

### Extracto de Doctrina

En casos de deficiencias en el consentimiento informado, ha considerado procedente una indemnización de 3.000 (Dictámenes 63/05 y 160/07) o 6.000 euros (Dictámenes 35/08 y 15 y 113/09) en atención a la entidad o gravedad de las secuelas o riesgos materializados y a otras circunstancias concurrentes en el caso.

### ANTECEDENTES

**PRIMERO.-** Mediante escrito presentado el 1 de abril de 2003, x. presentó reclamación de responsabilidad patrimonial dirigida a la Administración regional en la que expone que fue intervenida en dos ocasiones en el codo izquierdo en el Hospital Santa María del Rosell y que, como consecuencia de dichas intervenciones, le ha quedado una total impotencia funcional en dicho codo y brazo izquierdo, sufriendo dolores de forma continua, con una incapacidad importante y secuelas, no siendo posible determinar en ese momento la evaluación económica de la responsabilidad patrimonial.

Junto a dicho escrito, aporta la siguiente documentación:

- Informe de alta del Hospital Santa María del Rosell de fecha 26-1-2001, que recoge un diagnóstico de epicondilitis del codo izquierdo, por lo que fue intervenida el 25-1-01 de tenomiotomía y re inserción de epicondíleos del codo izquierdo.

- Informe de alta de dicho hospital, de fecha 26-9-2001, reflejando el diagnóstico de epicondilitis del codo izquierdo y la intervención el 25-9-01 de epicondiloplastia.

- Parte de interconsulta del Servicio de Rehabilitación de dicho hospital, dirigido al de Traumatología, en el que el 13-2-2002 el primero expresa: *"Paciente en tratamiento rehabilitador por Epicondilitis izquierda intervenida. La evolución no ha sido favorable. Continúa con intensos*

dolores". El día siguiente, el segundo Servicio señala: *"Paciente que presenta una total impotencia funcional del codo izquierdo tras dos episodios de inyecc. y de RHB. En principio yo no puedo hacer nada más. Planteo: a) derivar a otro hospital; b) secuelas. Ella dice preferir la a) (y yo también), así que la llamarán a ver si es factible. Pido RMN cervical y EMG"*.

- Sentencia del Juzgado de lo Social Número uno de Cartagena de fecha 30-10-2002, declarando a la interesada en situación de incapacidad permanente total para la profesión habitual de limpiadora, derivada de enfermedad común, debido a *"las dolencias de la actora (que) afectan al codo izquierdo, con pérdida de fuerza y dolor, y a la columna cervical, donde presenta una protusión discal y una hernia con compromiso radicular que limita la movilidad del raquis en esa zona y le produce dolor con irradiación al miembro superior izquierdo"*(f.d. 1º).

**SEGUNDO.-** Con fecha 8-8-2003, la Directora Gerente del Servicio Murciano de Salud (SMS) dictó resolución de admisión a trámite de la reclamación, que se notificó a los interesados.

**TERCERO.-** En esa misma fecha se solicitó al Hospital Santa María del Rosell de Cartagena la remisión de copia de la historia clínica e informes de los profesionales que trataron a la paciente, siendo remitida dicha documentación el 19-4-2004. Destaca el informe de 13-4-04 del Jefe de Servicio de Traumatología, Dr. x., que expresa:

*"Según datos de la Historia Clínica la enferma fue vista en nuestro Servicio el 11 de Abril de 2000, siendo diagnosticada de epicondilitis codo izquierdo con calcificaciones en epicóndilo. Fue enviada a los Servicios de Reumatología y Rehabilitación, donde se le practicó infiltración y fisioterapia, sin encontrar mejoría. Se vio de nuevo el 16 de Agosto de 2000 y se pone en lista de espera quirúrgica para intervención de su epicondilitis. El 25 de Enero de 2001 se le practica tenotomía en V epicondíleos y legrado del epicóndilo.*

*Ante la no mejoría se envió nuevamente a rehabilitación, realizándole nuevas infiltraciones, con las que no se consigue el efecto deseado. El 25 de Septiembre de 2001 fue reintervenida, efectuándole denervación y descompresión nervio radial a nivel arcada supinadora. La evolución presenta una limitación a la flexión y pronosupinación del codo. Presenta además un cuadro de poliartralgias, epicondilitis en codo derecho, 3º dedo en resorte mano derecha; lumbalgias, por lo que está en tratamiento por el Servicio de Reumatología. Carecemos de más datos debido a que los especialistas que la intervinieron no están en nuestro Hospital".*

**CUARTO.-** Obra en el expediente otro informe del mismo facultativo, de fecha 20-9-04, en el que, a lo expresado en su anterior informe, añade:

*“Cuando la enferma se dio alta después de la segunda intervención presentaba una limitación para la flexión y pronosupinación del codo independiente de molestias subjetivas que son difíciles de cuantificar. Hemos de decir, según los datos que poseemos, que el proceso era de evolución muy crónica y se intervino después de realizar tratamientos no quirúrgicos. Se operó por segunda vez, no reparando la intervención anterior, sino se le realizó una descompresión del n. radial de la arcada supinadora por si podía ser causa del dolor.*

*La enferma tiene mucha otra patología del aparato locomotor, por lo que creo ha contribuido a la invalidez permanente total— lesión igual en el otro codo no intervenida, degeneración artrósica columna, etc. El facultativo que llevó a la mencionada paciente desde hace algunos años no pertenece a nuestro Servicio”.*

**QUINTO.-** Solicitado informe a la Inspección Médica del SMS, fue emitido el 5 de julio de 2005, que finaliza con las siguientes conclusiones:

*“1. La x. se encontraba en Incapacidad Temporal desde el 12/04/00.*

*2. La indicación de la primera intervención el 26/01/01 fue tras agotar los procedimientos conservadores aconsejados en toda la bibliografía revisada. Reposo, Antiinflamatorios, Inyecciones locales de corticoides y Rehabilitación.*

*3. La técnica es la descrita como habitual y se realizó según el protocolo y sin incidencias.*

*4. Tras la primera intervención se siguieron las pautas habituales, reposo, revisión de la herida, indicación de rehabilitación y se le prescribió un antiinflamatorio.*

*5. A pesar del tratamiento correcto está recogido en la literatura como complicación de la cirugía de epicondilitis que "existe la posibilidad, de que la operación no alivie los síntomas o que quizá los empeore"*

*6. En el seguimiento postoperatorio se le volvió a tratar con infiltraciones y rehabilitación sin tener mejoría, por lo que se le ofreció una nueva intervención con denervación, por si podía ser causa del dolor.*

7. *La paciente tiene patología del aparato locomotor concomitante que pudo contribuir a la evolución no satisfactoria y que contribuyó a su Incapacidad Permanente Total para su trabajo habitual, teniendo en cuenta que era limpiadora.*

8. *Considero que en el proceso de x. se emplearon todos los medios diagnósticos y terapéuticos en consonancia con los procedimientos actualizados y disponibles en la Administración.*

9. *No considero necesaria la realización de nuevas pruebas a efecto de esta reclamación.*

*Por todo lo anterior expuesto, y salvo mejor criterio, se propone la desestimación de la presente reclamación".*

**SEXTO.-** *Obra en el expediente un dictamen médico de 3-10-05 de la aseguradora del SMS que concluye lo siguiente:*

*"1.- Paciente diagnosticada de epicondilitis a la que se realiza tratamiento conservador con analgésicos-antiinflamatorios, infiltraciones y rehabilitación. La actuación es correcta.*

*2.- Debido a la persistencia de la sintomatología se decide intervención quirúrgica. La indicación y la técnica empleadas son correctas.*

*3.- La paciente persiste con sintomatología por lo que se decide reintervenir sin conseguir un resultado satisfactorio.*

*4.- Puede que, como se comenta en alguno de los informes revisados, la incapacidad que presenta la paciente no venga determinada por la epicondilitis, sino por un conjunto de patología músculo-esquelética más compleja.*

*5.- No objetivamos mala praxis en la atención a la paciente".*

**SÉPTIMO.-** *Otorgado un trámite de audiencia y vista del expediente, el 30-3-06 la reclamante presenta alegaciones en las que se reitera en su reclamación inicial y añade que no consta la existencia del preceptivo consentimiento informado para las dos intervenciones. Adjunta dos documentos: a) un informe de una electromiografía del miembro superior izquierdo realizada*

particularmente el 29 de mayo de 2002, en la que se indica axonotmesis parcial del nervio interóseo dorsal izquierdo en codo, de grado moderado, con signos electromiográficos de reinervación activa, y una lesión radicular C6 izquierda de grado leve y evolución crónica, con escasos signos electromiográficos de actividad de la lesión; y b) un informe de la misma fecha de un facultativo especialista en valoración del daño corporal que señala que, tras la intervención de epicondilitis del año 2001, *“ha presentado como complicación lesión neurológica a nivel de la arcada de Froshe con lesión moderada (EMG) del nervio interóseo dorsal izquierdo”*, además de recoger otras patologías de la interesada (hernia discal lateral derecha C5-C6, protusión discal C6-C7 y lesión radicular C6 en estado crónico de evolución).

A la vista de lo anterior, la reclamante señala en su escrito que las secuelas de las intervenciones son las siguientes, valoradas conforme con el sistema aplicable en materia de accidentes de circulación:

- Limitación de movilidad a la flexión del codo izquierdo (10 puntos).
- Codo doloroso (4 puntos).
- Pronosupinación del codo (5 puntos).
- Axonotmesis parcial de nervio interóseo dorsal izquierdo de grado moderado (15 puntos).

También reclama por 5 días de hospitalización y otros 433 de incapacidad temporal (desde la primera intervención hasta la fecha de efectos de la sentencia reseñada en el Antecedente Primero), y por la situación de incapacidad permanente total declarada en la misma, que asimismo imputa a la asistencia sanitaria pública cuestionada, reclamando un total de 110.871,32 euros, más los intereses.

**OCTAVO.-** Obra en el expediente un informe de 4-4-2006 emitido por el Dr. x., del Servicio de Traumatología del Hospital Santa María del Rosell de Cartagena, del que se destaca lo siguiente:

*“La enferma fue dada de alta con secuela de limitación a la flexión y pronosupinación del codo intervenido.*

*Se le informó verbalmente de la patología que sufría y que se intervenía, ya que otros tratamientos habían fracasado. Como ya dijimos en el anterior informe presentaba multitud de patologías en relación a su aparato locomotor: epicondilitis codo derecho, 3º dedo en resorte mano*



*derecha, lumbalgias y una hernia discal cervical con protusión y compromiso radicular que tienen mucho que ver con el dolor en todo el miembro superior izquierdo.*

*La inutilidad que ha conseguido ha sido por toda la sintomatología derivada del aparato locomotor y no por la intervención en el codo izquierdo".*

**NOVENO.-** Otorgado un nuevo trámite de audiencia y vista del expediente, mediante escrito presentado el 25 de mayo de 2006 la reclamante manifiesta su disconformidad con los informes emitidos, insistiendo en que de los documentos obrantes en el expediente se deduce que las intervenciones quirúrgicas en cuestión son las causantes principalmente de las dolencias y la situación que padece.

**DÉCIMO.-** Solicitado nuevo informe complementario a la Inspección Médica, fue emitido el 27 de julio de 2009, expresando lo siguiente:

*"Primero. Respecto al daño objetivado en el EMG y la Incapacidad Permanente:*

*El Adjunto de Cirugía Ortopédica y Traumatología del HSMR Dr. x. afirma en el informe remitido desde la Gerencia del Hospital a los Servicios Jurídicos el 4 de abril de 2006 (pag. 135) que: "presentaba multitud de patología en relación a su aparato locomotor: epicondilitis codo derecho, dedo en resorte mano derecha, lumbalgias y una hernia discal cervical con protusión y compromiso radicular que tienen mucho que ver con el dolor en todo el miembro superior izquierdo. La inutilidad que ha conseguido ha sido por toda la sintomatología derivada del aparato locomotor y no por la intervención en el codo izquierdo". El EMG que se aporta de fecha 29/05/02 señala: la "lesión parcial del nervio interóseo dorsal izquierdo en codo de grado moderado, con signos electromiográficos de reinervación activa". Lo que significa una lesión que está en fase de mejoría y que por sí sola difícilmente sería causa de invalidez, como lo confirma el hecho de que la incapacidad permanente total para su trabajo habitual de limpiadora le fue reconocida por Sentencia del Juzgado de lo Social, número uno de Cartagena, de 30 de octubre de 2002, tras la resolución de fecha 19/04/02 del INSS de inexistencia de invalidez permanente en ninguno de sus grados. Señalando en el punto quinto las dolencias de la demandante: Pérdida de fuerza, y dolor en el codo izquierdo, hernia discal lateral derecha C5-C6, lesión radicular C6 leve en estadio crónico de evolución, con limitación de la movilidad a miembro superior derecho. Y así mismo lo reconoce el Jefe de Servicio de Traumatología del HSMR en su informe (pag 8.1) del 13/04/04.*

*Segundo. Respecto al consentimiento informado:*

*El Dr. x. expone: "Se le informó verbalmente de la patología que sufría y que se intervenía ya que otros tratamientos habían fracasado".*

*Resulta lógico que se le informara a lo largo de las reiteradas consultas que tuvo que realizar para llevar a cabo el tratamiento conservador, que siguió desde marzo/2000 a agosto/2000, como consta en la hoja de inter-consulta a Traumatología (pag. 74) de fecha 15/08/00: "Paciente desde marzo —2000 con epicondilitis izquierda. Sin respuesta a AINE, corticoides, Vit. B, reposo e infiltraciones, 30 sesiones Fisioterapia con.... Se envía para posible tratamiento quirúrgico ante fracaso de anteriores tratamientos.*

*Conclusión: Por lo expuesto, nos ratificamos en el informe anterior".*

**UNDÉCIMO.-** *Obra en el expediente un nuevo dictamen de la aseguradora del SMS, de 20 de septiembre de 2009, en el que, tras realizar las oportunas consideraciones médicas, concluye lo siguiente:*

*"1. Paciente diagnosticada de epicondilitis a la que se realiza tratamiento conservador con analgésicos-antiinflamatorios, infiltraciones y rehabilitación. La actuación es correcta.*

*2. Debido a la persistencia de la sintomatología y fracaso del tratamiento conservador se decide intervención quirúrgica, realizándose tenotomía en V de la musculatura, epicondílea y legrado del epicóndilo. La indicación y la técnica empleadas son correctas.*

*3. La paciente persiste con sintomatología, por lo que se decide reintervenir sin conseguir un resultado satisfactorio. En esta segunda intervención se realiza además una liberación del nervio interóseo posterior por si fuese el origen de la sintomatología. Como hemos comentado en el apartado de Consideraciones Médicas de este dictamen, es una de las patologías con las que hacer el diagnostico diferencial de epicondilitis, siendo en ocasiones muy difícil, ya que no existe ninguna prueba objetiva específica que permita su diagnóstico. Consideramos por tanto que la actitud seguida en esta segunda intervención también fue correcta.*

*4. La lesión del nervio interóseo posterior objetivada por EMG no implica que tenga repercusión clínica en relación con la función del brazo. En el informe realizado por el Dr. x. con fecha 20-9-2004 se recoge "la evolución tras esta segunda intervención fue de limitación de la flexión y pronosupinación del codo (folio 91 del expediente)". La lesión del nervio interóseo*

*posterior limita la extensión de la muñeca y de los dedos, situación que no se recoge en ninguno de los documentos analizados, y no condiciona la flexo-extensión y pronosupinación del codo, que es lo que objetiva como alterado.*

*5. Es posible, como se comenta en el informe realizado por el Dr. x. (folio 135), que la incapacidad funcional que presenta la paciente no venga determinada por la epicondilitis, sino por un conjunto de patología rmusculoesquelética más compleja.*

*6. En cuanto a la información recibida por la paciente, en el informe complementario de Inspección Médica realizado por la Dr. x. con fecha 27-7-2009 se recoge: "el Dr. x. expone se informó verbalmente de la patología que sufría y que se intervenía ya que otros tratamientos habían fracasado" (folios 147 y 148).*

*7. No objetivamos mala praxis en la atención a la paciente".*

**DUODÉCIMO.-** Otorgado un nuevo trámite de audiencia, el 28 de octubre de 2009 la reclamante presenta alegaciones en las que se ratifica en sus escritos previos y añade que no existe el preceptivo consentimiento informado para ninguna de las intervenciones realizadas, pues el propio informe de la Inspección Médica señala que en las intervenciones practicadas existía "la posibilidad de que la operación no alivie los síntomas o quizás los empeore", lo que no se comunicó a la paciente, y que el pretendido consentimiento verbal, de existir (lo que no se acredita, siendo de la Administración la carga de la prueba en este caso), sería defectuoso, debido a la referida falta de información previa, pues el facultativo se habría limitado a informar de la patología existente y de que se intervenía. También alega que los informes de la Inspección Médica no analizan la segunda de las intervenciones quirúrgicas, y que las conclusiones del segundo informe de la aseguradora del SMS no pueden aceptarse porque se basan en literatura médica posterior a la fecha de las intervenciones realizadas, y que dicho informe incurre en alguna imprecisión de conceptos.

**DECIMOTERCERO.-** Solicitado nuevo informe a la Inspección Médica, fue emitido el 9 de diciembre de 2009, ratificándose ésta en sus anteriores informes.

**DECIMOCUARTO.-** Otorgado nuevo trámite de audiencia, mediante escrito de 19 de enero de 2010 la reclamante viene a reiterar sustancialmente lo expresado en su escrito anterior.

**DECIMOQUINTO.-** El 22 de febrero de 2010 se formula propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación; en síntesis, por considerar que la reclamante no ha acreditado la mala praxis denunciada, y que de los informes emitidos por la Inspección Médica y la aseguradora del SMS se desprende que la actuación médica fue ajustada a la “*lex artis ad hoc*”.

**DECIMOSEXTO.-** En la fecha y por el órgano expresados en el encabezamiento del presente fue solicitado el preceptivo Dictamen de este Consejo Jurídico, acompañando el expediente y su extracto e índice reglamentarios.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

**PRIMERA.- Carácter del Dictamen.**

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

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

I. Por lo que se refiere a la legitimación activa, corresponde a la reclamante, por ser la que sufre los daños por los que reclama indemnización. La Administración regional está legitimada pasivamente 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 a la temporaneidad de la acción de reclamación, a ejercer en el 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), no puede oponerse objeción al respecto, ya que no consta con certeza la fecha de finalización del proceso asistencial en la sanidad pública regional derivado de la patología a que se refiere la reclamación. Así, en el parte de interconsulta reseñado en el Antecedente Primero se hace referencia a una

gestión para el posible cambio de hospital de la paciente y a la prescripción de una resonancia magnética y una electromiografía por parte del facultativo que hasta ese momento la atendía en el hospital Santa María del Rosell, sin que conste el resultado de dicha gestión, ni la realización de tales pruebas.

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:

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

- 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.

- Ausencia de fuerza mayor.

- 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 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”*.

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.- Sobre la mala praxis médica en sentido formal, o relativa a deficiencias en el consentimiento informado. Consideraciones generales.**

Sobre esta cuestión resulta necesario recordar lo expresado por este Consejo Jurídico en Dictámenes anteriores en los que ya ha sido analizada, y acudir a la jurisprudencia más recientemente recaída.

I. Así, partiendo del hecho de que, según reiterada jurisprudencia, el incumplimiento por los servicios médicos de su obligación legal de recabar del paciente el consentimiento informado y por escrito para realizar determinadas actuaciones sanitarias constituye un supuesto de mala praxis médica, en el Dictamen 191/06 dijimos que *“la ausencia del documento o la insuficiencia de su contenido no determinan automáticamente la antijuridicidad del daño, si es factible acreditar por otros medios que se dio la necesaria información al paciente. En tales casos, el medio probatorio por excelencia será la historia clínica. Entendida ésta en los términos del artículo 3 de la Ley 41/2002, constituye el conjunto de documentos que contienen los datos, valoraciones e informaciones de cualquier índole sobre la situación y la evolución clínica de un paciente a lo largo del proceso asistencial, acreditando, por tanto, su contenido el desarrollo de la relación dialogística entre médico y enfermo, de forma que si de ella se deduce un contacto constante, fluido, desprendiéndose que se ha transmitido la información, podrá concluirse que se han cumplido los deberes que incumben al responsable médico del proceso.*

*Si ni tan siquiera en la historia clínica se contienen datos suficientes de los que se desprenda de forma inequívoca que se ha informado al paciente a lo largo de todo el proceso, cabrá incluso admitir otros medios de prueba, tales como la testifical o, incluso, las presunciones”.*

La validez probatoria de las circunstancias concurrentes en el caso como elementos indiciarios de la existencia del preceptivo y válido consentimiento informado, aun sin constar el documento *“ad hoc”*, es ratificada por la reciente STS, Sala 3ª, de 25 de junio de 2010. Ahora bien, aunque la jurisprudencia no excluya la validez de cualquier información que no se presente por escrito, en tal caso es a la Administración a la que incumbe la carga de la prueba de la información transmitida (Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3ª, de 4 de abril de 2000).

En esta línea, en el Dictamen 26/08, y por lo que interesa al caso que ahora nos ocupa, añadíamos que *“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 Dictámenes 28/2006 y 50/2006, si bien con la matización, en ambos casos, de que la historia clínica mostrara*



*indicios de que se había desarrollado de manera efectiva la relación dialogística entre médico y paciente, lo que ofrece un cierto sustento fáctico a su declaración formal de que se le había dado información acerca de su enfermedad, intervención a practicar o tratamiento a instaurar. En otros supuestos, sin embargo, como el contemplado en el Dictamen 191/2006, ha considerado que no resultaba de aplicación porque de la documentación incorporada al expediente no se desprendía que tal información se hubiese facilitado.”*

II. Por lo que se refiere al contenido de la información que debe suministrarse al paciente (bien en el documento “*ad hoc*”, bien acreditado de otro modo, según se ha dicho), señalamos en el citado Dictamen 191/06 que no todos los riesgos o complicaciones posibles en una intervención deben ser objeto de esta información al paciente, “*pues la construcción jurisprudencial y doctrinal acerca de la información que debe conducir a la prestación del consentimiento previo a la acción asistencial, se ha hecho, en gran medida, por referencia a supuestos en los que el daño es el resultado de la materialización de un riesgo de los considerados inherentes a la intervención o previsibles, es decir, aquellos en que la información no alcanza a comunicar al paciente la existencia de un riesgo de los denominados típicos*”.

La STS, Sala 1ª, de 21 de diciembre de 1998 señala que “*como reconoce unánimemente la doctrina más caracterizada en la materia, la obligación de información al paciente, sobre todo cuando se trata de la medicina curativa, tiene ciertos límites y así se considera que quedan fuera de esta obligación los llamados riesgos atípicos por imprevisibles o infrecuentes, frente a los riesgos típicos que son aquellos que pueden producirse con más frecuencia y que pueden darse en mayor medida, conforme a la experiencia y al estado actual de la ciencia*”.

Más recientemente, la STS, Sala 3ª, de 29 de junio de 2010, precisa, sin embargo, que “*una cosa es la incerteza o improbabilidad de un determinado riesgo y otra distinta su baja o reducida tasa de probabilidad aunque sí existan referencias no aisladas acerca de su producción o acaecimiento*”, concluyendo, en el caso allí analizado, que no se informó al paciente de “*una posible consecuencia lesiva grave aunque fuere de acaecimiento infrecuente pero no improbable*”, que llegó a producirse a pesar de que la actuación sanitaria se ajustase materialmente a la “*lex artis ad hoc*”. La STS, Sala 3ª, de 25 de marzo de 2010 se refiere a un caso de no información de un riesgo que, según se deduce del Informe de la Inspección Médica, ha de considerarse típico de la intervención realizada, aunque “*fuere considerado muy bajo*”, por lo que debió haberle sido informado al paciente.

III. Respecto de las consecuencias indemnizatorias derivadas de la infracción de obligaciones legales en materia de prestación del consentimiento informado, la citada sentencia de 29 de junio de 2010 señala que *“esta Sala viene admitiendo (por todas Sentencia 22 de octubre de 2009, con cita de otras anteriores, reiterada en la de 25 de marzo de 2009) que en determinadas circunstancias la antedicha infracción produce a quien lo padece un daño moral reparable económicamente ante la privación de su capacidad para decidir. También reitera esta Sala que esa reparación, dada la subjetividad que acompaña siempre a ese daño moral, es de difícil valoración por el Tribunal, que debe ponderar la cuantía a fijar de un modo estimativo, y atendiendo a las circunstancias concurrentes, entre otras, los días de hospitalización...”*.

La precisa referencia en estos casos a la producción de un daño moral, y no de otra clase, consistente en la privación de la capacidad de decidir del paciente, excluye de la indemnización el daño físico o psíquico derivado de la materialización del riesgo no informado, daño del que habría que considerar que sólo tiene una indirecta o mediata relación de causalidad con el anormal funcionamiento del servicio sanitario, sin que tal relación de causalidad deba calificarse de adecuada, en términos jurídicos, para justificar el resarcimiento de tales daños. Ahora bien, como se desprende de la citada sentencia y de otras, ello debe entenderse sin perjuicio de que en la determinación de la indemnización por el daño moral deban tenerse en cuenta datos relativos a los padecimientos del interesado, como los días de hospitalización, que se contemplan en la antedicha sentencia. Por otra parte, de las sentencias reseñadas se desprende que también se pondera la entidad del riesgo materializado (en la sentencia transcrita se hace referencia a una posible consecuencia lesiva *“grave”* para la salud del paciente). Las SSTSJ, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de Castilla y León –Valladolid-, de 18 de junio, y de Madrid, de 23 de marzo, ambas de 2010, consideran el daño moral como el único concepto indemnizable, y excluyen expresamente de la indemnización la concreta valoración de las secuelas producidas tras la intervención, si bien en la evaluación del daño moral la primera de ellas tiene en cuenta que las secuelas fueron temporales.

Por último, y en esta línea, nuestro Dictamen 2/08 ya avanzó que *“una hipotética indemnización con base en la ausencia de información completa, tendría que consistir en la fijación de una cantidad a tanto alzado que debería fijarse ponderadamente y de forma adecuada al caso, atendiendo al alcance de las secuelas, pero, en ningún caso, aplicando automáticamente el sistema de valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación, que parte de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de ordenación y supervisión de seguros privados, y recogido hoy en el Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el*

*que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor.”*

**QUINTA.- Los daños por los que se reclama indemnización. Determinación de los que pueden imputarse a las intervenciones quirúrgicas realizadas en la sanidad pública.**

I. Conforme con lo expuesto en las Consideraciones precedentes, presupuesto previo al análisis de la corrección de la asistencia sanitaria dispensada a la reclamante en la sanidad pública es determinar qué daños, de los alegados, traen causa del funcionamiento de los servicios públicos sanitarios, y cuáles, por ser ajenos a la actuación pública dispensada, deben excluirse a los efectos de su reclamado resarcimiento.

Como seguidamente veremos, de la documentación remitida se desprende que sólo cabe imputar a la asistencia sanitaria pública dos de las cuatro secuelas por las que la interesada reclama indemnización en el escrito reseñado en el Antecedente Séptimo; y, además, que las mismas tuvieron carácter temporal, pues ya no se recogen en la posterior sentencia en la que se declaró a la reclamante en situación de incapacidad permanente total para la profesión habitual, que fue debida a otras patologías que le aquejaban, no imputables a la asistencia sanitaria prestada; por ello, sin perjuicio de tener en cuenta dicha secuela temporal, en sí misma considerada, la misma no pudo influir en la citada situación de incapacidad, por la que también se reclama indemnización, al margen de las alegadas secuelas.

Así, en primer lugar, debe repararse en que del informe emitido por el facultativo responsable reseñado en el Antecedente Octavo, se desprende que la única complicación o secuela aparecida tras las intervenciones quirúrgicas de referencia (en rigor, tras la segunda de ellas, pues no hay dato en la historia clínica que permita afirmar que aparecieran tras la primeramente realizada, y así se deduce también del informe reseñado en el Antecedente Tercero), practicadas para intentar remediar la epicondilitis del codo izquierdo que aquejaba a la paciente, *“La enferma fue dada de alta con secuela de limitación a la flexión y pronosupinación del codo intervenido.”*

II. En relación con las otras secuelas alegadas, debe decirse:

-Respecto de la axonotmesis o lesión del nervio interóseo dorsal izquierdo, que en el informe de valoración del daño corporal aportado por la reclamante se califica como una

complicación de las intervenciones quirúrgicas, sin aportar razonamiento alguno que apoye tal afirmación, el informe de la aseguradora del SMS señala lo siguiente:

*“6. La lesión del nervio interóseo posterior objetivada por EMG no implica que tenga repercusión clínica en relación con la función del brazo. En el informe realizado por el Dr. x. con fecha 20-9-2004 se recoge que “la evolución tras esta segunda intervención fue de limitación de la flexión y pronosupinación del codo (folio 91 del expediente)”. La lesión del nervio interóseo posterior limita la extensión de la muñeca y de los dedos, situación que no se recoge en ninguno de los documentos analizados, y no condiciona la flexo-extensión y pronosupinación del codo, que es lo que objetiva como alterado”.*

Además, en los informes de la Inspección Médica del SMS y la aseguradora de dicho Ente se hace referencia a las características de la epicondilitis (patología por la que acudió a la sanidad pública) en términos tales que explican que la referida lesión o axonotmesis puede ser imputable a esa patología, y no a una lesión iatrogénica o derivada de las intervenciones realizadas.

Así, el primer informe de la Inspección Médica del SMS señala que *“La etiopatogenia (de la epicondilitis) no es bien clara. Podría suponerse que hay lesión crónica, de desgarró o desinserción parcial de fibras músculo-tendinosas de los prono-supinadores y radiales a lo largo de su inserción en la extensa zona de la cara externa del codo y 1/3 superior del radio, debido a la acción violenta de prono-supinación del antebrazo contra una fuerza tenaz, o bien por la acción repetitiva del movimiento a lo largo del tiempo.”* Y el informe de la aseguradora expresa que, por tales causas, *“se producen microrroturas en la zona tendinosa cercana a la unión al hueso, que no son capaces de cicatrizar adecuadamente”,* existiendo *“un componente inflamatorio importante pero que posteriormente desaparece y evoluciona hacia cambios degenerativos en la sustancia del tendón”,* indicando, además, que *“aún no está claro por qué duele la epicondilitis en fase crónica si no hay células inflamatorias”.*

- Por otra parte, estas consideraciones permiten concluir que la alegada secuela de *“codo doloroso”* por la que también se reclama indemnización no es sino la consecuencia propia de la epicondilitis, que, como señala el informe de la Inspección Médica en sus conclusiones, puede no curarse aun con la realización de intervenciones quirúrgicas, o incluso que empeore los síntomas. Cuestión distinta a la anterior es lo relativo a la información al paciente sobre esta posibilidad de empeoramiento tras la intervención (aun temporal, en forma de aparición de las secuelas reconocidas por el facultativo responsable), lo que se analizará posteriormente.

III. Descartadas así determinadas secuelas a los efectos indemnizatorios que aquí se pretenden, debemos centrarnos en las secuelas que sí se reconocieron como tales al alta de la paciente, y tras la realización de la segunda de las intervenciones practicadas, es decir, las limitaciones a la flexión y a la pronosupinación del codo izquierdo indicadas en el informe recogido en el Antecedente Octavo, que hay que poner en relación con lo expresado en el parte de interconsulta reseñado en el Antecedente Primero.

El carácter temporal y no definitivo de tales secuelas que fue apuntado al comienzo de este comentario se desprende del hecho de que en la sentencia de 30-10-02 del Juzgado de Lo Social nº Uno de Cartagena, declaratoria de la situación de incapacidad permanente total de la reclamante para la realización de su profesión habitual (limpiadora, lo que explica la patología analizada, según los anteriores informes), ya no se recoge limitación alguna en la flexión y pronosupinación del codo izquierdo, sino dolencias o secuelas derivadas, bien de la epicondilitis de que se trata, bien de otras patologías que padecía, ajenas al proceso asistencial que motivó su asistencia a la sanidad pública. Así, en el fundamento de derecho primero, la sentencia señala que las dolencias de la actora que afectan al codo izquierdo son de *“pérdida de fuerza y dolor”* en el mismo, sin referencia a las limitaciones flexoras o pronosupinadoras (lo que, de existir, sería relevante en un proceso de declaración de incapacidad laboral, y así se hubiera hecho constar), y que también padece dolencias en la columna cervical, *“donde presenta una protusión discal y una hernia con compromiso radicular que limita la movilidad del raquis en esa zona y le produce dolor con irradiación al miembro superior izquierdo”* (codo incluido, pues). Dichas dolencias son las que generan y fundamentan la situación de incapacidad declarada, por la que la interesada reclama ahora indemnización, sin que, por tanto, tal situación pueda imputarse a la asistencia sanitaria de que se trata, a la que sólo pueden vincularse las indicadas limitaciones flexoras y pronosupinadoras del codo izquierdo y, además, por un limitado período de tiempo (desde la formulación del reseñado parte de interconsulta el 14-2-02 -en que el facultativo señala que no cabe, en principio, más tratamiento- hasta la fecha de la sentencia, pues tampoco consta que hubieran desaparecido antes de ésta, aunque sería lógico pensar que así fuera, pero sin poderse determinar tal momento).

**SEXTA.- Relación de causalidad adecuada entre el funcionamiento de los servicios públicos sanitarios regionales y los daños reseñados en la Consideración precedente (las secuelas temporales allí expresadas). Ajuste a la lex artis ad hoc en su sentido material. Posible infracción de las obligaciones relativas al consentimiento informado: necesidad de instrucción adicional. Eventual indemnización por daño moral.**

I. Delimitados así los daños a considerar a los efectos indemnizatorios pretendidos, las imputaciones de la interesada relativas a la mala praxis, en su sentido material, existente en las intervenciones quirúrgicas de referencia deben ser desestimadas de plano, porque no acredita en modo alguno la existencia de dicha mala praxis, de la que nada se dice en los informes aportados por aquélla, además de que el ajuste de tales intervenciones a la *lex artis ad hoc* es confirmada por los informes de la Inspección Médica y de la aseguradora del SMS, a los que nos remitimos.

II. Por lo que se refiere a las denunciadas infracciones de las obligaciones legales relativas a la obtención del consentimiento informado del paciente para someterse a tales intervenciones, debe decirse, en primer lugar, que es cierto que no obra consentimiento documentado por escrito, limitándose la historia clínica a incluir, en la consulta del 9 de agosto de 2001 (f. 49 o 78 exp., según la numeración) y que, después de señalar el facultativo que la paciente *“no ha tenido mejoría”* tras la primera intervención (pero no que hubiese empeorado, por cualquier clase de complicación), consigna que *“le ofrezco reintervención + denervación: acepta”*, sin mayor especificación. Ello permite afirmar que, en el caso de que las secuelas temporales de referencia aparecidas tras dicha intervención, y no antes, hubiesen de ser calificadas como una complicación o riesgo típico (aun infrecuente) de la misma, no podría considerarse acreditado que éste fuera previamente informado a la paciente, con lo que habría de concluirse en la infracción de dicha obligación legal en lo relativo a dichos riesgos (pero no, como ya se apuntó en un momento anterior, a las patologías que no pueden imputarse a la actuación sanitaria pública, como señalamos en el Dictamen nº 145/09).

A la vista del primer informe emitido por la Inspección Médica del SMS no queda claro si las complicaciones o riesgos que en el mismo se indican como típicos se refieren a la primera intervención (la tenotomía en V epicondíleos y el legrado del epicóndilo) o a la segunda de las practicadas (la denervación y descompresión del nervio radial a nivel de arcada supinadora), ni si entre tales complicaciones o riesgos podrían encuadrarse las limitaciones flexoras y pronosupinadoras aparecidas tras la segunda de ellas. Procede, por tanto, que se recabe de dicha Inspección un informe en el que se pronuncie de forma concreta y clara sobre estas cuestiones, que determinarían, en su caso, la procedencia de reconocer una indemnización por daño moral, conforme con el criterio jurisprudencial ya analizado.

Posteriormente, debería realizarse un nuevo trámite de audiencia inmediatamente anterior al dictado de la nueva propuesta de resolución, sin necesidad de recabar nuevamente el Dictamen de este Consejo Jurídico, por las razones que se indicarán a continuación.

III. Sin perjuicio de lo anterior, la gran duración del procedimiento tramitado (la reclamación se presentó en 2003), más el tiempo necesario para la evacuación del informe anteriormente reseñado, aconsejan, dada la singularidad y excepcionalidad del caso en estos aspectos temporales, que este Consejo Jurídico se pronuncie ya sobre la eventual indemnización por daño moral que habría de reconocerse de resultar que las referidas secuelas hubieran de calificarse como riesgos típicos, aun infrecuentes, de los que habría que haber informado a la paciente, aun en forma amplia o dentro de conceptos más globales, previamente a la realización de la tan repetida intervención. Con tal pronunciamiento, se evitaría una nueva remisión del expediente a este Órgano consultivo para que dictaminase sobre la hipotética cuantía de la indemnización, en su caso.

A tal fin, debemos partir del hecho de que este Consejo Jurídico, en casos de deficiencias en el consentimiento informado, ha considerado procedente una indemnización de 3.000 (Dictámenes 63/05 y 160/07) o 6.000 euros (Dictámenes 35/08 y 15 y 113/09) en atención a la entidad o gravedad de las secuelas o riesgos materializados y a otras circunstancias concurrentes en el caso. Así, por ejemplo, en el Dictamen 113/09 señalamos que *“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 el caso que nos ocupa, la escasa entidad de las secuelas o riesgos materializados tras la intervención de que se trata, unido al carácter temporal de las mismas, a que el proceso de hospitalización tras dicha intervención fue escaso (un día) y que el de rehabilitación posterior respondió también al intento de recuperar la patología de base por la que acudió a la sanidad pública (la epicondilitis), no imputable a la sanidad pública, conducen a considerar que no se dan las circunstancias de especial entidad del daño u otras adecuadas para fijar una indemnización

superior a 3.000 euros, en el caso de que procediera el resarcimiento conforme con lo indicado con anterioridad.

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

### **CONCLUSIONES**

**PRIMERA.**- Sólo procede imputar al funcionamiento de los servicios públicos sanitarios los daños que a estos efectos se expresan en la Consideración Quinta, III del presente Dictamen.

**SEGUNDA.**- Procede solicitar nuevo informe a la Inspección Médica del SMS para que se pronuncie en los términos indicados en la Consideración Sexta, II del presente Dictamen.

**TERCERA.**- En el caso de que, por las razones expresadas en dicha Consideración Sexta, a la vista de lo informado por dicha Inspección procediera reconocer indemnización por daño moral derivada de una eventual infracción en materia de consentimiento informado, ésta no habría de ser superior a 3.000 euros, por las razones expresadas en la Consideración Sexta, III del presente Dictamen.

**CUARTA.**- En consecuencia con todo lo anterior, la propuesta de resolución, desestimatoria de la reclamación, se informa desfavorablemente, sin perjuicio de lo anteriormente expresado.

No obstante, V.E. resolverá.





**DICTAMEN 203/2010**

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

**Consultante** Consejera de Sanidad y Consumo

**Fecha** 25/10/2010

**Extracto de Doctrina**

Nota: igual doctrina que la expresada en el Dictamen 2.



## DICTAMEN 204/2010

<b>Asunto</b>	Responsabilidad patrimonial instada por x , en nombre y representación de su hijo, debida a accidente escolar.
<b>Consultante</b>	Consejero de Educación, Formación y Empleo
<b>Fecha</b>	28/10/2010

### Extracto de Doctrina

En el caso de la consulta, es cierto que el efecto dañoso existe y que se produce en el seno del servicio público entendido como “giro o tráfico administrativo”, al ser el centro de titularidad pública y su gestión una competencia de la Administración regional, mas no existen, al menos probadas, otras circunstancias que permitan imputar a la Consejería tales efectos dañosos.

### ANTECEDENTES

**PRIMERO.-** El 10 de junio de 2009 x. interpuso una reclamación de responsabilidad patrimonial ante la Consejería de Educación, Formación y Empleo, solicitando una indemnización de 95 euros, precio de los cristales de gafas que hubo de abonar a una óptica al resultar rayadas las de su hijo x., al caerse al suelo desde el banco del pabellón polideportivo en el que las dejó cuando fue a jugar un partido de balonmano. El accidente escolar, ocurrido en el centro Nuestra Sra. de la Salud, de Alcantarilla (Murcia) fue comunicado por el Director mediante un informe de 4 de junio de 2009, indicando que durante una actividad deportiva en sexto de primaria el alumno se quitó las gafas y las dejó en el banquillo, sin dejarlas al cuidado del profesor; al acabar la actividad manifestó que las gafas estaban rayadas, acusando de dichos desperfectos a los compañeros; en ningún momento el profesor observó que ninguno de los alumnos hubiera dañado las gafas y, al preguntar, no hubo ningún alumno que hubiera sido testigo o que confesara haberlo hecho.

**SEGUNDO.-** Admitida a trámite la reclamación y designado instructor por Resolución de la Secretaría General de 3 de junio de 2009, se solicitó de la reclamante la subsanación de su solicitud, y del centro el informe preceptivo; emitido éste el 13 de julio de 2009, indica que *“en ningún momento el alumno citado dejó a cargo ni bajo la responsabilidad del profesor las gafas”*; añade que no consta otra información, y que se desconocen las circunstancias en que el daño se produjo.

**TERCERO.-** Conferida audiencia a la reclamante, no consta que formulara alegaciones; el 14 de julio de 2010 se formuló propuesta de resolución en el sentido de desestimar la reclamación, al considerar que no existe conexión entre el daño y el funcionamiento del servicio público; el desperfecto en las gafas, se razona, no se produce por una deficiencia en las gradas, que no están concebidas para ese fin, ni de la actividad del profesorado cabía exigir otra diligencia, pues el alumno se desprendió de las gafas por propia iniciativa.

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 20 de julio de 2010.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

#### **PRIMERA.- Carácter de este Dictamen.**

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

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

El 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 se han cumplido los esenciales trámites legales y reglamentarios que integran esta clase de procedimientos.

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

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

El Consejo Jurídico ha de destacar, al igual que lo ha hecho en anteriores Dictámenes emitidos en supuestos similares al presente que, según la jurisprudencia del TS, si bien es cierto que nuestro ordenamiento jurídico configura un régimen de responsabilidad patrimonial administrativa de carácter objetivo, éste no convierte a la Administración en una aseguradora que deba responder automáticamente por el solo hecho de que el suceso 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.

En el caso de la consulta, es cierto que el efecto dañoso existe y que se produce en el seno del servicio público entendido como “giro o tráfico administrativo”, al ser el centro de titularidad pública y su gestión una competencia de la Administración regional, mas no existen, al menos probadas, otras circunstancias que permitan imputar a la Consejería tales efectos dañosos. De los hechos recogidos en el informe del centro puede calificarse el accidente como un suceso desafortunado, pero en ningún caso atribuible directa ni indirectamente al funcionamiento del servicio público ni a la actuación de algún profesor, pues el alumno, como se dice en la propuesta de resolución, se desprende de las gafas por propia iniciativa y las deposita donde le parece mejor, sin advertir al profesor dicha circunstancia. Puede afirmarse que el grado de diligencia exigible al centro no demandaba mayores medidas de prevención y protección, y es de resaltar que la reclamante no achaca al centro ni a su personal conducta alguna que pudiera haber influido en el suceso, circunstancias todas que impiden apreciar la existencia de un título de imputación

adecuado y suficiente para declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración autonómica.

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

### **CONCLUSIÓN**

**ÚNICA**.-Se dictamina favorablemente la propuesta de resolución desestimatoria, dada la ausencia de los requisitos que conforman la responsabilidad patrimonial de la Administración autonómica.

No obstante, V.E. resolverá.



**DICTAMEN 205/2010**

**Asunto** Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hijo, debida a accidente escolar.

**Consultante** Consejero de Educación, Formación y Empleo

**Fecha** 28/10/2010

**Extracto de Doctrina**

Nota: igual doctrina que la expresada en el Dictamen 204.



**DICTAMEN 206/2010**

**Asunto** Responsabilidad patrimonial instada por X, en nombre y representación de su hija, debida a accidente escolar

**Consultante** Consejero de Educación, Formación y Empleo

**Fecha** 28/10/2010

**Extracto de Doctrina**

Nota: igual doctrina que la expresada en el Dictamen 204.



**DICTAMEN 207/2010**

**Asunto** Proyecto de Orden por el que se establece el currículo del ciclo formativo de grado superior correspondiente al título de Técnico Superior en Automoción en el ámbito de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia

**Consultante** Consejero de Educación, Formación y Empleo

**Fecha** 04/11/2010

**Extracto de Doctrina**

Nota: igual doctrina que la expresada en el Dictamen 157/2010.





**DICTAMEN 208/2010**

**Asunto** Proyecto de Orden por el que se establece el currículo del ciclo formativo de grado medio correspondiente al título de Técnico en Sistemas Microinformáticos y Redes en el ámbito de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.

**Consultante** Consejero de Educación, Formación y Empleo

**Fecha** 04/11/2010

**Extracto de Doctrina**

Nota: igual doctrina que la expresada en el Dictamen 157/2010.



**DICTAMEN 209/2010**

**Asunto** Anteproyecto de Ley de modificación de la regulación de los tributos propios de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.

**Consultante** Consejera de Economía y Hacienda

**Fecha** 04/11/2010

**Extracto de Doctrina**

El texto elaborado es, esencialmente, modificativo de normas anteriores, y ha elegido la técnica de reproducir los artículos completos que se modifican incorporando incluso los apartados que no son modificados, lo cual parece adecuado en tanto facilita el manejo del derecho vigente. No obstante, la información resultante puede ser insuficiente, como señalamos en nuestro Dictamen 73/2000, cuando se desconoce en cada artículo qué modificaciones concretas se han introducido,

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** El 19 de julio de 2010 la Dirección General de Tributos remitió a la Secretaría General de la Consejería de Economía y Hacienda un Anteproyecto de Ley para modificar la regulación de algunos de los tributos propios de la Comunidad Autónoma, en concreto: a) la tarifa del canon de saneamiento (Ley 3/2002, de 20 de mayo); b) el hecho y la base imponible del impuesto sobre almacenamiento y depósito de residuos en la Región de Murcia (Ley 9/2005, de 29 de diciembre); y c) diversas tasas de las recogidas en el Decreto Legislativo 1/2004, de 9 de julio.

Al citado texto 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), un informe propuesta y una memoria económica. En anexos a la memoria justificativa se unen las iniciativas de las modificaciones, que partieron de las Consejerías de Presidencia y Administraciones Públicas (Dirección General de Calidad e Innovación de los Servicios); Educación, Formación y Empleo (Dirección General de Formación Profesional y Educación de Personas Adultas); Agricultura y Agua (Dirección General de Industrias y Asociacionismo Agrario; de Planificación, Evaluación y Control Ambiental, y Entidad de Saneamiento y Depuración) y Obras Públicas y Ordenación del Territorio (Direcciones General de Transportes y Puertos y Dirección General de Carreteras).

Según la Memoria económica, con la modificación de la tarifa del canon de saneamiento se pretende conseguir un alza de ingresos para equilibrar el incremento de los gastos de la entidad de saneamiento, que viene provocado por las nuevas obras e instalaciones, por la ampliación de las existentes, así como por el incremento general de otros costes, principalmente los energéticos. Por su parte, la modificación del impuesto sobre almacenamiento y depósito de residuos en la Región de Murcia, según la citada Memoria, no tiene repercusión económica, ya que sólo es una mejora de redacción con el fin de mejorar la aplicación normativa y reforzar la seguridad jurídica. Las tasas, en fin, suponen cantidades variables, destacando la creación de la tasa por presentación de solicitudes dirigidas a otras administraciones públicas cuyo peso sea superior a 2 Kgrs.

**SEGUNDO.-** El Anteproyecto fue informado por el Servicio Jurídico de la Secretaría General, emitido el 27 de julio de 2010 en sentido favorable al texto, que fue conocido por la Comisión de Secretarios Generales al día siguiente, y elevado por ésta al Consejo de Gobierno, el cual, el 28 de julio de 2010, acordó someterlo a los Dictámenes preceptivos del Consejo Económico y Social y del Consejo Jurídico de la Región de Murcia

**TERCERO.-** El Consejo Económico y Social emitió su dictamen por unanimidad el 1 de octubre de 2010. Valora positivamente el Anteproyecto de Ley de modificación de la regulación de los tributos propios de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.

Razona que su oportunidad está justificada, por cuanto las modificaciones que introduce no tienen cabida en el marco de las leyes presupuestarias anuales, y que tanto la Memoria Económica como la Justificativa argumentan razonablemente la necesidad de los cambios propuestos

Especifica que la tarifa del canon de saneamiento está tres años sin revisar y es oportuna su elevación para evitar déficit de explotación en la empresa pública que lo gestiona. Sin embargo, propone el Consejo reequilibrar el crecimiento porcentual de la tarifa, sensiblemente más elevado para el uso industrial que para el consumo doméstico y tanto respecto a la actual como a la fijada inicialmente, dada la difícil situación económica de las empresas.

También valora positivamente el CES la propuesta del Anteproyecto en lo que concierne a la determinación por métodos indirectos de la base imponible del impuesto sobre el almacenamiento o depósito de residuos, tributo, según dice, prácticamente inaplicable con la normativa actual. No obstante, atendiendo a las dificultades económicas por las que atraviesa el sector de la construcción, concluye que puede ser oportuno rebajar moderadamente con carácter transitorio el tipo de gravamen correspondiente a los residuos inertes.

**CUARTO.-** El 5 de octubre de 2010 la 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 que no considera necesario incluirlas en el Anteproyecto, dado que las Consejerías que adoptaron la iniciativa de las modificaciones se ratifican en la idoneidad de la propuesta.

Tras ello, elaborados el texto definitivo del Anteproyecto, el índice de documentos y el extracto de secretaría, fue solicitado el Dictamen al Consejo Jurídico, en cuyo registro tuvo entrada la consulta el 8 de octubre de 2010.

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, técnica normativa, y procedimiento.**

I. Contenido. La Ley se estructura en una exposición de motivos y tres capítulos, cada uno de ellos compuesto de un solo artículo, y dos disposiciones finales.

El artículo primero modifica el apartado b) del artículo único de la Ley 3/2002, de Tarifa del Canon de Saneamiento, para proceder a elevar la cuantía de las cuotas de consumo y servicio de todo tipo de usuarios al igual que la cuota de consumo de los no domésticos. En el caso de la tarifa para usos domésticos la cuota de servicio pasa de 27,9 euros por abonado y año a 30 euros, y la cuota de consumo de 0,23 euros por metro cúbico a 0,25 euros. En cuanto a los usos no domésticos, la cuota de consumo se eleva desde 0,29 a 0,34 euros por metro cúbico.

El artículo segundo modifica el Decreto Legislativo 1/2004, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Tasas, Precios Públicos y Contribuciones Especiales, para modificar elementos tributarios de las siguientes tasas:

-“T010 Tasa General de Administración”: crea un hecho imponible que grava la presentación de solicitudes dirigidas a otras administraciones públicas cuyo peso, junto a los documentos que la acompañen, sea superior a dos kilogramos.

- “T170 Tasa por la expedición de títulos, certificados o diplomas y por expedición de duplicados, en el ámbito de la enseñanza no universitaria”.

- “T240 Tasa por actuaciones en materia de protección medioambiental y control de actividades potencialmente contaminantes”.

- “T420 Tasa por la realización de ensayos de laboratorio de mecánica del suelo”.

-“T430 Tasa por ordenación del transporte terrestre”.

- “T470 Tasa por servicios portuarios”.

- T690 “Tasa por la concesión de licencia comercial específica”, que pasa a llamarse “Tasa por la tramitación de licencia comercial autonómica”.

También el artículo segundo crea las tasas que a continuación se relacionan:

- “T751 Tasa del Panel de Catadores de Aceite de Oliva Virgen de la Región de Murcia”.

- “T960 Tasa por convocatoria y realización de pruebas en las Enseñanzas de Idiomas, Deportivas y Artísticas de Régimen Especial”.

- “T961 Tasa por matrícula en las Escuelas Oficiales de Idiomas”.

- “T962 Tasa por matrícula en cursos de especialización y perfeccionamiento en las Escuelas Oficiales de Idiomas”.

- “T963 Tasa por la realización de convocatorias pruebas de enseñanzas de Formación Profesional y de Educación de Personas Adultas”.

- "T964 Tasa por la participación en el procedimiento de reconocimiento, evaluación, acreditación y registro de competencias profesionales (PREAR) adquiridas por la experiencia laboral o vías no formales de formación".

El artículo tercero modifica la Ley 9/2005, ya citada, para, por un lado, precisar el alcance del hecho imponible del impuesto sobre almacenamiento y depósito de residuos en la Región de Murcia al objeto de excluir del concepto de residuo los procedentes de la minería, que pasan a constituir un supuesto de no sujeción; por otro lado, se desarrolla el procedimiento y las técnicas de medición del volumen y peso de los residuos depositados en aquellos casos en los que procede la aplicación del método de estimación indirecta de la base imponible.

La Disposición final primera prorroga durante la totalidad del ejercicio 2011 la autorización que la Ley 13/2009, de 23 de diciembre, concede al Consejo de Gobierno para la elaboración y aprobación de un texto refundido de las disposiciones legales vigentes aprobadas por la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia en materia de tributos propios, haciéndola extensiva a las modificaciones introducidas en el Proyecto.

La Disposición final segunda determina la entrada en vigor el día 1 de enero de 2011.

## II. Técnica normativa.

1) El texto elaborado es, esencialmente, modificativo de normas anteriores, y ha elegido la técnica de reproducir los artículos completos que se modifican incorporando incluso los apartados que no son modificados, lo cual parece adecuado en tanto facilita el manejo del derecho vigente. No obstante, la información resultante puede ser insuficiente, como señalamos en nuestro Dictamen 73/2000, cuando se desconoce en cada artículo qué modificaciones concretas se han introducido, dificultad que se obvia, como hace el Anteproyecto, expresando en la Exposición de Motivos con claridad y precisión el objeto de la modificación y el tipo de cambios que se realizan a través de los artículos primero y tercero; sin embargo, la información que proporciona dicha Exposición de Motivos de los cambios introducidos en las tasas es demasiado escueta, por lo que debiera ampliarse.

En este apartado conviene decir también que, aunque el título de la norma es indicativo de su objeto y contenido, sería más preciso si dijera: "*Anteproyecto de Ley por la que se modifica la regulación de algunos de los tributos...*"

Por lo demás, la configuración general del Anteproyecto no presenta aspectos problemáticos sobre técnica normativa.

2) La Exposición de Motivos del Anteproyecto dedica un párrafo en el apartado I a negar que la presente iniciativa legislativa tenga los caracteres de las denominadas “leyes de acompañamiento” o “leyes de medidas”, de carácter anual y complementarias de la de Presupuestos Generales. Pero, como dice el dictamen del CES, su contenido y fin presenta una extraordinaria analogía con las precedentes disposiciones de esta naturaleza, salvo por el hecho de que es menor el número de tributos afectados. Resulta también que en el escrito por el que se formula la consulta, se alude a la necesidad de que el Anteproyecto, una vez aprobado como Ley, entre en vigor el día 1 de enero de 2011, es decir, el mismo día que la Ley de Presupuestos Generales. Es por ello que este apartado de la Exposición de Motivos presenta rasgos poco fundamentados y, además, es innecesario, por cuanto no añade nada a la justificación de la iniciativa.

III. Procedimiento. Se han instruido los trámites procedimentales básicos establecidos por la Ley 6/2004 para el ejercicio de la iniciativa legislativa.

### **TERCERA.- Contenido.**

I. En general, los contenidos de la modificación, al igual que, en términos sustanciales, las normas modificadas, se encuentran dentro del ámbito competencial de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, la cual, en función de lo que dispone el artículo 133 de la Constitución, goza de potestad para establecer y exigir tributos, aspecto que desarrolla la Ley Orgánica 8/1980, de 22 de septiembre, de Financiación de Comunidades Autónomas y también el Estatuto de Autonomía en el artículo 43.

II. En particular, cabe hacer una observación al artículo tercero, Uno, en cuanto a la modificación del artículo 13 de la Ley 9/2005, el cual podría ver mejorada su redacción si se eliminara el inciso inicial (*a efectos de lo dispuesto en esta Ley*).

III. En el artículo segundo cuando se regula el devengo y pago de las tasas (por ejemplo, en la T 960, art.3) sería más ajustado a la Ley General Tributaria denominar al artículo “*devengo y exigibilidad*”, sustituyendo en el texto la referencia al pago por la de exigibilidad ( ...“...*siendo exigible en el momento previo a la...*”).

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

**CONCLUSIÓN**

**ÚNICA.-** La Comunidad Autónoma tiene competencia para aprobar un Anteproyecto como el presente, por lo que se dictamina favorablemente.

No obstante, V.E. resolverá.





## DICTAMEN 210/2010

<b>Asunto</b>	Proyecto de Decreto de aprobación de la modificación nº 2 de las Directrices y Plan de Ordenación Territorial de la Región de Murcia.
<b>Consultante</b>	Consejero de Obras Públicas y Ordenación del Territorio
<b>Fecha</b>	04/11/2010

### Extracto de Doctrina

El carácter unitario de la ordenación de la AIR y la afección a dos términos municipales hubiera requerido de un instrumento de ordenación supramunicipal en desarrollo de las DOT, como recomendó este Consejo Jurídico en los Dictámenes 45/2000 y 53/2004, habiendo sido manifiestamente insuficiente, a tenor de la justificación dada, la declaración de tal carácter unitario por la AIR.

### ANTECEDENTES

**PRIMERO.-** Según el expediente remitido, el procedimiento de elaboración se inicia en la Dirección General del Territorio y Vivienda con la documentación justificativa de la exención de evaluación ambiental estratégica de la modificación núm. 2 de las Directrices y del Plan de Ordenación Territorial del Litoral de la Región de Murcia, integrada por las siguientes actuaciones:

1. Borrador del Decreto que tiene por objeto tres modificaciones:

- Artículo 1: modificación de las Directrices de Ordenación Territorial del Litoral de la Región de Murcia (DOT en lo sucesivo), aprobadas por Decreto 57/2004, de 18 de junio, consistente en incorporar al artículo 35 de su normativa el carácter unitario del desarrollo urbanístico de la zona afectada por la Actuación de Interés Regional Marina de Cope y su remisión al planeamiento urbanístico para la división en sectores.

- Artículo 2: modificación del artículo 21 del Plan de Ordenación Territorial del Litoral de la Región de Murcia (POT en lo sucesivo) aprobado por el citado Decreto 57/2004, para habilitar ciertos usos en el Suelo de Protección Paisajística distintos a los previstos en el anexo V de dicho Plan, condicionado a la aprobación de un estudio del paisaje por la Dirección General competente en la materia.

- Artículo 3: modificación del artículo 7 del Decreto 258/2007, de 13 de julio, por el que se establece el contenido y el procedimiento de los estudios de inundabilidad en el ámbito del POT, consistente en anular el efecto de la delimitación definitiva del Suelo de Protección de Cauces a la aprobación de los estudios de inundabilidad, modificando el artículo 24 del POT y excluyendo del Suelo de Protección de Cauces a los que cuenten con un programa de actuación urbanística definitivamente aprobado (modificación del artículo 23 POT).

2. Análisis ambiental de las modificaciones elaborado por los Servicios de Ordenación del Territorio y Jurídico-Administrativo, con el visto bueno del Subdirector de la Dirección General de Urbanismo y Ordenación del Territorio, en aplicación de los criterios del Anexo II de la Ley 9/2006, de 28 de abril, que concluye en la innecesariedad de sometimiento de las modificaciones aludidas a la Evaluación Ambiental Estratégica.

3. Informe de la Dirección General de Planificación, Evaluación y Control Ambiental de 20 de julio de 2009, sobre el procedimiento de Evaluación Ambiental Estratégica de las modificaciones proyectadas, que concluye, tras las consultas realizadas, que la introducida al artículo 35 DOT no tiene efectos significativos sobre el medio ambiente, así como las que afectan a los artículos 23 y 24 POT con ciertas condiciones. Excluye de su pronunciamiento a la modificación propuesta del artículo 21 POT por precisar un análisis más detallado.

**SEGUNDO.-** El segundo borrador del Proyecto de Decreto (folios 92 a 99), del que ya se excluye la modificación al artículo 21 POT que afectaba a los Suelos de Protección Paisajística, es sometido a informe de la Comisión de Coordinación de Política Territorial que lo emite en su sesión de 22 de julio de 2009, en el sentido de informar favorablemente su contenido.

**TERCERO.-** Constan en el expediente sendos informes de los Jefes de Servicio de Ordenación del Territorio y Jurídico-Administrativo de la Dirección General de Urbanismo y Ordenación del Territorio, de 24 de julio de 2009, que informan favorablemente el proyecto de Decreto, tras lo cual, por Orden del titular de la Consejería de Obras Públicas y Ordenación del Territorio de 29 de julio de 2009 se aprueba inicialmente la Modificación núm. 2 DOT (que afecta al artículo 35 de la normativa) y del POT (que afecta a los artículos 23 y 24), sometiéndola a información pública durante 20 días en el Boletín Oficial de la Región de Murcia (BORM de 20 de agosto de 2009) y en dos diarios de difusión regional, así como se otorga un trámite de audiencia a los departamentos de la Administración regional, Ayuntamientos afectados y Administración General del Estado, según los folios 127 a 201 del expediente.

Resultado del anterior trámite son los informes que obran en los folios 207 a 221 del expediente, y que son resumidos por los Servicios citados en el informe de 28 de septiembre de 2009.

**CUARTO.-** Seguidamente se incorporan al procedimiento los siguientes documentos e informes suscritos todos ellos por los mismos Servicios del centro directivo competente, elaborados en la misma fecha (el 28 de septiembre de 2009):

- Memoria de oportunidad y necesidad del Proyecto de Decreto (folios 228 a 231).
- Informe sobre ausencia de impacto de género de la disposición proyectada (folio 225).
- Informe económico (folios 226 y 227).

**QUINTO.-** La propuesta de la disposición reglamentaria, suscrita por el titular del centro directivo (folios 239 a 244) y elevada al Secretario General de la Consejería de Obras Públicas y Ordenación del Territorio, es sometida a informe del Servicio Jurídico del citado departamento, que se emite el 13 de octubre de 2009 en el sentido de recordar, en relación con una de las modificaciones propuestas (el efecto automático de la modificación de la delimitación del Suelo de Protección de Cauces respecto al POT), el parecer de este Consejo Jurídico expresado en el Dictamen núm. 24/2007, remitiéndose a lo que finalmente considere este Órgano Consultivo.

Frente a las dudas suscitadas por el informe expresado, el Director General del Territorio y Vivienda, mediante diligencia de 23 de octubre de 2009, expresa que una de las finalidades de la modificación es la aclaración de tales aspectos (folios 254 y 255).

**SEXTO.-** El 20 de octubre de 2009, el Vicesecretario de la Consejería consultante emite informe jurídico favorable al proyecto de Decreto por el rango adoptado y por el procedimiento seguido, indicando los trámites ulteriores que proceden.

**SÉPTIMO.-** La Dirección de los Servicios Jurídicos emite informe el 23 de noviembre de 2009, alcanzando las siguientes conclusiones:

*“1.- Se informa favorablemente la modificación propuesta del artículo 35 de las Directrices aprobadas por Decreto 57/2004, de 18 de junio, siempre que se unan al expediente los antecedentes y la justificación de carácter técnico señalados en el presente informe.*

2.- *Se informan desfavorablemente las modificaciones propuestas de los artículos 23 y 24 del Plan de Ordenación Territorial aprobado por Decreto 57/2004, de 18 de junio, y la del artículo 7 del Decreto 258/2007, de 13 de julio, por los motivos ya expuestos en el cuerpo de este Dictamen*".

**OCTAVO.-** A consecuencia del informe del órgano preinformante, el centro directivo competente redacta una ampliación de la Memoria de la oportunidad y necesidad de la modificación al artículo 35 DOT (folios 288 a 290), en la que se expresa que con la nueva redacción se pretende orientar la de las modificaciones de los Planes Generales de Ordenación Municipal de Lorca y Águilas, así como los instrumentos de planeamiento de desarrollo que en su caso se aprueben. De otra parte, sostiene, en base al principio de jerarquía normativa, que con la modificación de las DOT se está incidiendo también en la Actuación de Interés Regional de Marina de Cope, en tanto la división de sectores que contiene es meramente indicativa, y que corresponde su concreción al planeamiento urbanístico.

Asimismo, el 3 de junio de 2010, los Servicios implicados en la tramitación del presente Proyecto realizan una corrección de errores en las referencias normativas del informe sobre el análisis ambiental de las modificaciones.

**NOVENO.-** A resultas de las observaciones realizadas por la Dirección de los Servicios Jurídicos, analizadas y valoradas por el informe del Servicio Jurídico Administrativo de la Dirección General del Territorio y Vivienda de 21 de mayo de 2010, se modifica el Proyecto de Decreto, que se contrae a partir de ese momento a la modificación del artículo 35 DOT, excluyendo las propuestas a los Suelos de Protección de Cauces, en relación con los efectos de los estudios de inundabilidad (artículos 23 y 24 DOT y 7 del Decreto 258/2007).

**DÉCIMO.-** Con fecha 13 de julio de 2010 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 proyecto sometido a consulta tiene por objeto introducir una modificación a la normativa del Decreto 57/2004, de 18 de junio, por el que se aprueban "las Directrices y el Plan de

Ordenación Territorial del Litoral de la Región de Murcia”, concretamente al artículo 35, sobre las características de la Actuación de Interés Regional Marina de Cope, conforme a la copia autorizada diligenciada por el Secretario General de la Consejería Consultante el 8 de julio de 2010.

Se ha recabado el Dictamen por el órgano consultante con carácter preceptivo, de acuerdo con el artículo 12.5 de nuestra Ley de creación (Ley 2/1997, de 19 de mayo).

Sobre su carácter, en relación con los instrumentos de ordenación del territorio, concretamente con las Directrices de las que forma parte el precepto afectado (artículo 35), según la Disposición final primera del Decreto 57/2004, este Órgano Consultivo ha tenido ocasión de pronunciarse en reiterados Dictámenes (por todos, los núms. 46/2004 y 136/2005), habiendo sido objeto de recopilación nuestra doctrina en la Memoria correspondiente al año 2004, a cuyas consideraciones nos remitimos.

#### **SEGUNDA.- Tramitación seguida.**

La Consejería consultante se ha ajustado adecuadamente a los dos procedimientos previstos en la normativa regional que afectan a la elaboración del proyecto sometido a consulta: en tanto modificación de un instrumento de ordenación del territorio, se han seguido los trámites específicos previstos para alterar las DOT en el artículo 23 TRLSRM; por otra parte, en tanto disposición de carácter general, se ha completado con los trámites exigidos, con carácter general, por el artículo 53 de la Ley 6/2004, de 28 de diciembre, del Estatuto del Presidente y del Consejo de Gobierno de la Región de Murcia. También se ha cumplimentado, por exigencias de la Ley 9/2006, de 28 de abril, sobre Evaluación de los efectos de determinados Planes y Programas en el Medio Ambiente, el trámite previsto para considerar que la modificación proyectada al artículo 35 DOT no tiene efectos significativos sobre el medio ambiente, que exigirían someterla a un procedimiento de Evaluación Ambiental Estratégica, trámite que ha culminado con el informe de la Dirección General de Planificación, Evaluación y Control Ambiental el 20 de julio de 2009 (folios 83 a 91).

En suma, cabe destacar lo completo del procedimiento seguido, sin perjuicio de realizar las siguientes consideraciones:

1ª) No se han incorporado al expediente los antecedentes de la modificación propuesta anteriores al cumplimiento del trámite ambiental, lo que de alguna manera hubiera permitido reflejar en el procedimiento la iniciativa de la Modificación, como viene a poner de relieve una de las

observaciones realizadas por la Dirección de los Servicios Jurídicos, teniendo en cuenta que la elaboración de las Directrices o sus modificaciones corresponde a la Consejería en donde radiquen las competencias objeto de regulación (artículo 22.1 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de la Región de Murcia, aprobado por Decreto Legislativo 1/2005, de 10 de junio, en lo sucesivo TRLSRM).

No obstante lo anterior, en la hipótesis de que el impulso inicial hubiera correspondido al Consorcio “Marina de Cope”, constituido por la Administración regional y los Ayuntamientos de Lorca y Águilas, no existe ningún obstáculo legal para incorporar tales antecedentes, si existieren, a la vista de las funciones que se le reconocen a este Consorcio por el Convenio de Colaboración publicado en el Boletín Oficial de la Región de Murcia el 24 de diciembre de 2004 (artículo 5).

2ª) El procedimiento del Proyecto de Decreto refleja que el centro directivo competente ha valorado y asumido las observaciones realizadas por los órganos preinformantes, muy singularmente las procedentes de la Dirección de los Servicios Jurídicos que afectaban a otras modificaciones también abordadas por el Proyecto, pero cuestionadas jurídicamente, lo que permite sostener una valoración positiva de la tramitación seguida.

3ª) Se ha adoptado en el presente supuesto el procedimiento abreviado, conforme a las previsiones del artículo 23 TRLSRM para aquellas modificaciones que traten de cambiar algún aspecto no sustancial de las DOT, sin afectar de forma esencial a su contenido. Encontrándonos ante dos conceptos jurídicos indeterminados (sustancial y esencial), cuya casuística plantea a la hora de concretarlos ciertas dificultades, como puso de manifiesto el Consejo Jurídico en su Dictamen núm. 45/00, resulta especialmente relevante la motivación técnica y jurídica para encauzar la modificación planteada en uno u otro procedimiento (procedimiento general o abreviado), obrando en el expediente el informe del Servicio Jurídico Administrativo de la Dirección General del Territorio y Vivienda de 21 de mayo de 2010, que justifica la tramitación abreviada adoptada, en tanto se regula una cuestión que atañe a la gestión urbanística de la ordenación prevista, deduciéndose de ello que no tiene incidencia estructural en el modelo territorial, ni en los parámetros esenciales de la misma que no han sido alterados.

**TERCERA.- Las previsiones de los instrumentos de ordenación territorial vigentes sobre el objeto de la modificación propuesta.**

1. Las Directrices de Ordenación Territorial del Litoral (DOT).

La redacción vigente del artículo 35 de la normativa de las DOT, aprobada por Decreto 57/2004, es la siguiente:

*“Dentro del ámbito geográfico delimitado en el Anexo III, el proceso urbanizador en la zona de Marina de Cope deberá adaptarse a las siguientes características:*

*Superficie del Área, incluidos los Sistemas Generales: 21.276.621 m<sup>2</sup>.*

*Índice de edificabilidad del Área, incluidos los Sistemas Generales: 0,14 m<sup>2</sup>/m<sup>2</sup>.*

*Sistemas Generales. Superior al 20% del Área y hasta el máximo permitido por la Ley del Suelo.*

*Los datos de la superficie del Área y de sus límites tienen carácter orientativo, concretándose en la Actuación de Interés Regional de Marina de Cope que a tal efecto se apruebe.*

*El planeamiento de desarrollo dada su situación entre dos zonas LIC (Lugares de Importancia Comunitaria) incluirá medidas dirigidas a preservar los Hábitats existentes según la Directiva Hábitat 92/CEE y RD 1997/1995 y la conexión entre ambos lugares”.*

Por tanto, en lo que concierne a la superficie del Área y sus límites se remite a la Actuación de Interés Regional Marina de Cope.

## 2. La Actuación de Interés Regional Marina de Cope (AIR)

La AIR fue aprobada por Acuerdo de Consejo de Gobierno de 23 de julio de 2004, desarrollando las previsiones anteriores de las DOT en el siguiente sentido:

a) En el apartado 3.2 (Contenido de la Actuación), se delimita un ámbito con una superficie de 21.156.245 m<sup>2</sup> que incluyen 10.578,123 m<sup>2</sup> (50%) de suelo para uso turístico y residencial, 5.289,061 m<sup>2</sup> (25%) de sistemas generales en los que se incluye la protección paisajística y 5.289,061 m<sup>2</sup> (25%) de zona deportiva, dentro de la que se incluye la protección de cauces. Expresamente se dice que esta Actuación se interpreta como unitaria, al margen de la circunstancia de que el suelo se encuentre dividido entre los términos municipales de Águilas (el 68%) y Lorca (un 32%). Por tanto, la AIR alude al carácter unitario de la Actuación.

b) La AIR divide la actuación por sectores, atendiendo a los criterios de pertenencia a ámbito territorial y topográfico, estableciendo dos sectores en el ámbito de Lorca y tres en el de Águilas (apartado 4.2, sobre normas de desarrollo). Además, se señala que dentro de cada sector se incluirán los Sistemas Generales de Comunicaciones, de Infraestructuras y de Servicios, de Espacios Libres, de Equipamiento Comunitario y Sistema General Portuario, cuya ubicación y superficies se determinará en el planeamiento de desarrollo.

En suma, la AIR contempla cinco sectores, remitiéndose al planeamiento urbanístico de desarrollo la ordenación y adscripción de los Sistemas Generales.

### 3. El Proyecto de Decreto objeto de consulta.

Modifica la redacción del artículo 35 DOT antes transcrita, en un triple sentido:

a) Se remite en cuanto a los datos de superficie del área y de sus límites a los instrumentos de ordenación que a tal efecto se aprueben, en lugar de remitirse a la AIR de Marina de Cope.

b) Se añade un apartado 3 que expresa que el desarrollo de la Actuación tiene un carácter unitario, pudiéndose contemplar, a efectos indicativos, en los instrumentos de ordenación su subdivisión en sectores, que en todo caso deberán establecerse o concretarse en el planeamiento urbanístico, de forma que se garantice una ejecución integrada y una gestión viable. Implica, por tanto, que la sectorización contenida en la AIR no es vinculante, siendo en última instancia determinada por los planeamientos urbanísticos.

c) Se mejora la redacción formal del artículo 35, dividiendo su contenido en epígrafes, a diferencia de la redacción vigente.

### **CUARTA.- Sobre el contenido del Proyecto de Decreto.**

#### 1. Cuestiones de técnica normativa.

a) Debe adecuarse el título del proyecto al objeto de la modificación, excluyendo la referencia al POT, al que no afecta la modificación sometida a consulta, salvo que se cite en el título al Decreto 57/2004 por el que se aprobaron conjuntamente las DOT y el POT.



b) Conforme al Acuerdo del Consejo de Ministros de 22 de julio de 2005, por el que se aprueban las Directrices de técnica normativa (BOE de 29 de julio), en las disposiciones normativas distintas de los anteproyectos de Ley no se debe titular su parte expositiva, conforme a lo señalado por el Consejo Jurídico en anteriores Dictámenes (por todos, el núm. 7/2007).

c) Con la finalidad de aunar las previsiones específicas del artículo 23 TRLSRM con el procedimiento de elaboración de las disposiciones reglamentarias (artículo 53 de la Ley 6/2004), debe reflejarse en el Artículo Único que con este Decreto se aprueba definitivamente la Modificación de las DOT, sugiriéndose a este respecto la siguiente redacción:

*“Se aprueba definitivamente la modificación del artículo 35 del texto normativo de las Directrices (...), quedando redactado de la siguiente forma (...).”*

## 2. El carácter unitario de la Actuación.

La modificación tiene por finalidad, según la parte expositiva, que el desarrollo por los instrumentos de planeamiento urbanístico de la zona afectada por la AIR Marina de Cope tenga un carácter unitario, pudiendo establecerse cuantas divisiones sean necesarias a efectos urbanísticos y de gestión.

No cabe duda que el carácter unitario de la ordenación de la AIR y la afección a dos términos municipales hubiera requerido de un instrumento de ordenación supramunicipal en desarrollo de las DOT, como recomendó este Consejo Jurídico en los Dictámenes 45/2000 y 53/2004, habiendo sido manifiestamente insuficiente, a tenor de la justificación dada, la declaración de tal carácter unitario por la AIR. En el primero de los Dictámenes indicados, sobre el Anteproyecto de Ley del Suelo de la Región de Murcia, se indicaba sobre la regulación general de las AIR:

*“No obstante, en relación con la regulación concreta de esta figura por el Anteproyecto, bajo la denominación de Actuación de Interés Regional se contemplan dos tipos de actuaciones diferentes (artículo 38), una encuadrable en la competencia de ordenación del territorio (los proyectos supramunicipales de uso y dominio público, como carreteras, puertos, obras hidráulicas, dotaciones, etc., recogidos en el apartado 1, b) del citado artículo) y, otra, más próxima al ejercicio de una competencia urbanística de carácter regional, consistente en la ordenación de las zonas del territorio para facilitar el desarrollo económico y social de la región mediante actuaciones en materia de vivienda, actividades (...), prevista en el apartado 38.1,a). De ahí que deban distinguirse*

*en el Anteproyecto, en cuanto a sus requisitos y efectos, ambas actuaciones que se declaran de interés regional.”*

Por ello, se concluía en aquel Dictamen (el núm. 45/00) con respecto al segundo supuesto (la ordenación y gestión de zonas del territorio para facilitar el desarrollo económico”), que tal declaración debería ir acompañada de los correspondientes instrumentos de planificación y gestión, puesto que se trata de “zonas regionales”, no de proyectos aislados, por lo que no parecía lógico que con tal declaración se produjera la modificación automática del planeamiento, señalando la posibilidad de que tales instrumentos de ordenación supramunicipal fueran tramitados por la Administración Regional.

En el posterior Dictamen 53/2004, sobre el Proyecto de AIR de Marina de Cope, este Órgano Consultivo trató de reconducir dicha Actuación en el cauce de un instrumento jurídico de ordenación territorial propio de un Plan de Ordenación Territorial para el desarrollo de las determinaciones proyectadas en lo que se refería a la planificación de la Actuación (en el entendimiento de que no existía obstáculo a que las Directrices se desarrollaran a través de distintos Planes de Ordenación Territorial, e incluso estaría plenamente justificado), a la vista de los fines que ostentan tales instrumentos de ordenación territorial, según los artículos 26.2 y 3 (este último sobre coordinación del planeamiento municipal) y 27 del TRLSRM. Sobre el alcance de la competencia autonómica, se decía en aquel Dictamen: *“por lo que se refiere al alcance de la facultad coordinadora autonómica, aplicada al caso que nos ocupa, se proyecta en un doble plano. A nivel de planificación, habrá de consistir en el establecimiento de criterios para conseguir la homogeneización y coherencia de la ordenación pormenorizada de los sectores, es decir, en el establecimiento de los criterios básicos que habrían de seguirse en su formulación (municipal o particular, ex artículo 31 LSRM) y aprobación de los correspondientes planes parciales.”* Todo ello sin olvidar la existencia de otras alternativas urbanísticas previstas en el TRLSRM, como la competencia atribuida a la Dirección General competente en la materia para tramitar los instrumentos de planeamiento que afecten a más de un municipio (modificación de Planes), siempre y cuando exista acuerdo con los Ayuntamientos afectados, conforme al artículo 143 del citado Texto Refundido.

Sin embargo, no han sido ninguna de las citadas vías las escogidas para otorgar este tratamiento unitario también pretendido por la AIR, sino que se va a articular directamente a través de las modificaciones de los Planes Generales Municipales de Ordenación de los municipios de Águilas y Lorca, lo que explicaría la modificación de las DOT ahora proyectada si bien, sobre el

estado de la tramitación de ambas modificaciones de los Planes Generales, nada se concreta en la Memoria justificativa del proyecto.

#### 4. Sobre la concreta normación.

a) El artículo 35.2 del proyecto se remite para la determinación de la superficie del área y de sus límites a “los instrumentos de ordenación que a tal efecto se aprueben”, en lugar de remitirse a la AIR de Marina de Cope según la redacción vigente.

No existe ningún obstáculo para la pretendida modificación, si se tiene en cuenta que la superficie del Área y de sus límites se recoge con carácter orientativo en las DOT, salvo que por las consecuencias derivadas de tal habilitación a los instrumentos de ordenación pudieran verse alteradas otras determinaciones distintas de la AIR de Marina de Cope definitivamente aprobada, en cuyo caso habría de ser modificada tal Actuación, con carácter previo a cualquier modificación de los Planes Generales Municipales, pues las relaciones entre los instrumentos de ordenación territorial no sólo se basan en el principio de jerarquía, sino también en la funcionalidad y especialidad, puesto que cada instrumento posee una finalidad y contenido propio conforme al TRLSRM, de forma que sólo puede ser modificado a través de los procedimientos legalmente establecidos en el citado Texto Refundido, salvo habilitaciones específicas previstas en dicha norma respecto a los contenidos de los instrumentos de categoría inferior.

Resulta de interés para ilustrar las relaciones entre los instrumentos de planificación la siguiente consideración contenida en la STS, Sala 3ª, de 26 de junio de 2009:

*“En general, todo sistema normativo tiene ordenadas sus normas en una escala de rangos, clasificación vertical, en las que cada norma puede disponer sobre las de nivel inferior, mientras que las inferiores han de respetar en todo caso el contenido de la regulación establecida en las de nivel superior. Ahora bien, las normas del sistema no se relacionan sólo en virtud del principio jerárquico, sino también atendiendo a la especialidad de su objeto por el concreto ámbito sobre el que inciden, lo que hace que gocen de cierta autonomía respecto a las demás normas ordenadas jerárquicamente, esta sería una vertiente horizontal. Pues bien, el ordenamiento urbanístico no resulta ajeno a tal estructura, pues los planes generales, planes parciales y los estudios de detalle, v.gr., resultan ordenados en virtud del principio jerárquico, aunque tienen su propio ámbito y contenido que gana en concreción según descendemos en la escala, mientras que los planes especiales tienen una relación con el plan general no sólo explicada por dicho principio (...)*

De otra parte, en la redacción propuesta se emplea el término “instrumento de ordenación”, cuando en el apartado siguiente se alude a instrumentos de planeamiento urbanístico. Si con la primera expresión se pretende aludir a los Planes Generales Municipales de Ordenación de los términos afectados, deberían ser citados de tal modo, dado que dichos Planes Generales también son instrumentos de planeamiento urbanístico en la concepción del TRLSRM. Distinto parecer suscitaría si con esta expresión se quisiera englobar a cualquier instrumento de ordenación del territorio o de planeamiento urbanístico, pero esta interpretación no concuerda con la finalidad de la modificación proyectada y con la regulación contenida en el apartado 3 del artículo 35 propuesto.

b) El apartado 3 del artículo 35 establece *“que el desarrollo de la Actuación tendrá un carácter unitario, pudiendo contemplarse, a efectos indicativos en los instrumentos de ordenación, su subdivisión en sectores, que en todo caso deberán establecerse o concretarse en el planeamiento urbanístico, de forma que se garantice una ejecución integrada y una gestión viable”*.

Con esta redacción (a la que debería añadirse una coma tras indicativos), las Directrices remiten la sectorización, en última instancia, al planeamiento urbanístico de desarrollo, sin perjuicio de que los Planes Generales Municipales de Ordenación Municipal (PGMO) puedan contener una subdivisión a efectos indicativos, con la finalidad expresada en la parte expositiva del proyecto de garantizar una gestión viable, justificándose, además, en que la sectorización es una técnica propia de este tipo de planes para atender a la justa distribución de beneficios y cargas.

Ciertamente, como expone el informe del Servicio Jurídico Administrativo del centro directivo competente, tal previsión se acomoda al articulado del TRLSRM, en tanto corresponde a los Planes Generales Municipales establecer sectores de planeamiento y la forma y las condiciones en que podrán delimitarse e incorporarse al desarrollo urbano (artículo 97.3 TRLSRM); cuando se trate de suelo urbanizable sin sectorizar, el artículo 101.2,a) del citado Texto Refundido establece que los Planes Generales contendrán los criterios para la delimitación de sectores, de forma que se garantice su adecuada inserción en la estructura establecida en el Plan y constituyan una unidad geográfica y urbanística integrada, correspondiendo su concreción a los instrumentos de planeamiento de desarrollo. De acuerdo con lo expresado, la previsión establecida en el proyecto sobre “el carácter indicativo de la subdivisión en sectores en los instrumentos de ordenación (Planes Generales)” se acomodaría a tales previsiones normativas; sin embargo, no sería así en el caso de que se tratara de un suelo urbanizable sectorizado (nada se dice a este respecto en el expediente sobre las previsiones de las modificaciones de los Planes Generales), pues en tal hipótesis corresponde al planeamiento general la delimitación de las áreas de suelo urbanizable

sectorizado para su desarrollo urbanístico (artículo 101.1,a TRLSRM), no al planeamiento de desarrollo.

Una consecuencia derivada de esta modificación es que los sectores previstos en la AIR de Marina de Cope serán meramente indicativos, característica sobre la que puede afirmarse, según expresa la parte expositiva del proyecto, que late en el acuerdo de aprobación de la AIR, al diferir la ubicación de las superficies y ubicación de los Sistemas Generales al planeamiento de desarrollo (apartado 4.3 de la normativa de la AIR), si bien no puede manifestarse con tanta rotundidad en el párrafo cuarto que “en la AIR la configuración de los sectores fue una sobredeterminación no vinculante”, pues nada se dice a este respecto en el acuerdo de aprobación y, en tal caso, carecería de sentido la presente modificación.

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

### **CONCLUSIONES**

**PRIMERA.**- Procede elevar por la Consejería proponente al Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma el proyecto de Decreto, objeto de consulta, para su aprobación definitiva, considerándose observaciones de carácter esencial las relativas a las cuestiones de técnica normativa (Consideración Cuarta, 1).

**SEGUNDA.**- Las demás observaciones contribuyen a la mejora e inserción del texto en el ordenamiento jurídico, recomendando a la Consejería consultante que valore las consideraciones realizadas en la Consideración Cuarta, apartado 3.

No obstante, V.E. resolverá.



**DICTAMEN 211/2010**

**Asunto** Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hijo, debida a accidente escolar.

**Consultante** Consejero de Educación, Formación y Empleo

**Fecha** 04/11/2010

**Extracto de Doctrina**

Nota: igual doctrina que la expresada en el Dictamen 14.



## DICTAMEN 212/2010

<b>Asunto</b>	Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hijo, debida a accidente escolar.
<b>Consultante</b>	Consejero de Educación, Formación y Empleo
<b>Fecha</b>	04/11/2010

### Extracto de Doctrina

La imputabilidad a la Administración educativa en supuestos de accidentes escolares acaecidos como consecuencia del mal estado de las instalaciones escolares, supuesto al que cabe equiparar a efectos de responsabilidad el de la indebida configuración de aquéllas para el fin que persiguen, ha sido mantenida por el Consejo de Estado (entre otros muchos, Dictámenes números 3863/2000 y 2436/2001); por este Consejo Jurídico (por todos, los Dictámenes 21/2002 y 33/2007) y por órganos consultivos de otras Comunidades Autónomas (así, Dictamen número 385/2001, del Consejo Jurídico Consultivo de la Comunidad Valenciana).

### ANTECEDENTES

**PRIMERO.-** El 11 de agosto de 2009, x., actuando en representación de su hijo, presenta solicitud de reclamación por los daños y perjuicios sufridos por el niño con ocasión de su asistencia al Colegio “Joaquín Carrión Valverde” de San Javier.

Según el relato fáctico de la reclamante, el 5 de noviembre de 2008, su hijo se disponía a salir del centro escolar cuando tropezó y cayó, dándose con la cara en un hierro que hay sujetando un muro en la puerta principal. Fue atendido *in situ* por el 112 y, una vez controlada la hemorragia, trasladado por la madre al Hospital “Los Arcos”, donde le diagnostican edema inflamatorio en párpado superior izquierdo, corte en labio superior, inflamación a nivel maxilar izquierdo y pérdida de la paleta derecha, con movilidad de la izquierda, que quedó partida por el golpe. El 6 de noviembre ingresa en el Hospital “Santa María del Rosell” de Cartagena, con traumatismo facial intenso y para descartar fractura de la mandíbula.

Junto a la reclamación se aportan los siguientes documentos: fotocopia del Libro de Familia, informe de urgencias del Hospital “Los Arcos”, informe provisional de alta del Hospital “Santa María del Rosell”, informe bucodental y sendas facturas de un Odontólogo por un importe global de 840

euros, por el tratamiento de las piezas afectadas por el golpe, estudio de ortodoncia y aparatología funcional (bionator) implantada.

Si bien la reclamación no contiene una evaluación económica del daño, en documento adjunto a aquélla se indica que lo solicitado es el abono de las facturas presentadas, sin perjuicio de ir presentando las que se vayan emitiendo como consecuencia del tratamiento, que se estima será muy prolongado en el tiempo. Se solicita, asimismo, que la Consejería de Educación se haga cargo de todo el proceso bucodental.

**SEGUNDO.-** Admitida a trámite la reclamación, se designa instructor, quien procede a recabar del Director del Centro escolar el preceptivo informe acerca de las circunstancias que concurrieron en el accidente.

Informa el Director del Centro que los hechos acaecen el 6 de noviembre de 2008, a la hora de salida de las clases, cuando el alumno *“salió corriendo para reunirse con su madre y hermana a la salida de clase y tropezó con los soportes para bicicletas que hay junto a la entrada del Colegio y se desequilibró, yéndose a dar con la cara en la barra que soporta la puerta de entrada”*. El informe incorpora dos fotografías del lugar del accidente y de los elementos en los que tropezó y con los que se golpeó el niño.

**TERCERO.-** Recabado informe de la Unidad Técnica de Centros Educativos, se emite el 18 de diciembre de 2009, con el siguiente tenor:

*“Visitando el centro acompañado por la Dirección del mismo, nos indican el lugar donde se produce la incidencia, presenta la valla perimetral a la altura de las puertas de peatones, refuerzos metálicos inclinados a modo de contrafuertes para al parecer reforzar los marcos de estas puertas y se tiene colocado, paralelo a la valla, un sistema para aparcar bicicletas.*

*Los elementos descritos, son añadidos a la instalación primitiva del centro y consideramos no son adecuados técnicamente para el fin que persiguen. Para el caso de la puerta metálica de entrada por la valla, su estabilidad se debe asegurar con un refuerzo de pies derechos de los marcos de la citada puerta. Para el sistema de aparcamiento de bicicletas, consideramos que debería utilizarse un sistema de anclaje vertical, de modo que no comprometa los pavimentos existentes”.*



**CUARTO.-** Con fecha 23 de octubre de 2009, el instructor pregunta al Coordinador del Programa de Salud Buco-Dental de la Región de Murcia si el niño accidentado es beneficiario del indicado Programa y si el tratamiento recibido es objeto del mismo.

Se contesta por el interpelado que el menor (tiene 8 años en la fecha del accidente) se encuentra incluido en el programa de Salud Buco-Dental Infantil de la Región de Murcia y que las prestaciones ofrecidas por dicho Programa se encuentran fijadas en sendas Órdenes de la Consejería de Sanidad y Consumo de 27 de diciembre de 2002 y 13 de julio de 2009.

**QUINTO.-** El 10 de diciembre la reclamante presenta un nuevo informe odontológico que describe el *“posible tratamiento posterior al tratamiento ortodóncico”* y las *“posibles futuras secuelas”*, estimando el coste total de todo el tratamiento en 5.000 euros.

**SEXTO.-** El 25 de enero de 2010, se requiere a la interesada para que explique por qué no utilizó los servicios del Programa de Salud Buco-Dental Infantil de la Región de Murcia para el tratamiento de las lesiones derivadas del accidente, advirtiéndole que la no justificación de lo solicitado mediante informe del profesional que el niño tenga asignado por el indicado Programa supondrá una renuncia a la reclamación.

**SÉPTIMO.-** Contesta la interesada, el 2 de febrero, que su hijo sigue el Programa de Salud Buco-Dental Infantil de la Región de Murcia desde los seis años con el Dr. x., quien ha podido conocer y ver la evolución desde entonces de la malformación de la mandíbula del niño y los rasgos de autismo que éste presenta. Este médico le recomienda llevarlo a una clínica privada porque el Servicio Murciano de Salud no se hace cargo del tratamiento del niño; en concreto una clínica en Cartagena y otra en Murcia. A petición de la interesada, el paciente es derivado a un cirujano maxilofacial.

Consultada la clínica cartagenera, le indican que hasta que no pasen algunos años, no pueden hacer nada.

En esta situación es cuando se produce el accidente.

El 16 de febrero de 2009, el cirujano maxilofacial del Hospital “Santa María del Rosell” indica que ha de esperarse hasta que el niño cumpla 18 ó 20 años para que pueda operarle de la mandíbula. Le recomienda, no obstante, un colega suyo que tiene una clínica privada y le extiende un parte de consulta dirigido a este médico, a quien ruega la evaluación del caso.

Tras acudir a la referida clínica le recomiendan extraer el diente central que está roto y empezar el tratamiento cuando el niño tenga 12 ó 13 años.

Recabada por la madre una segunda opinión, acude a la clínica de Murcia que el Dr. x. le recomendara inicialmente, la del Dr. x. Éste no es partidario de la extracción del diente y la madre decide continuar el tratamiento con este Odontólogo.

**OCTAVO.-** Con fecha 29 de febrero de 2010, el instructor informa a la interesada que la reparación que puede pretenderse con la reclamación es sólo la de los daños derivados del accidente, y éstos son únicamente los derivados del implante de un diente en sustitución del perdido y la reconstrucción del fracturado, o bien de su extracción e implante de uno nuevo.

Le señala, asimismo, que su hijo cumple las condiciones para ser tratado y atendido en el seno del Programa de Salud Buco-Dental, solicitándole informe del Odontólogo que el niño tiene asignado en dicho Programa, en el que se indique la situación actual del diente perdido y el fracturado. También requiere a la interesada para que le informe si va a utilizar el Servicio Público o la sanidad privada, caso este último en el que deberá presentar factura o presupuesto del implante del diente perdido y de la reconstrucción del fracturado, o bien extracción e implante del nuevo.

**NOVENO.-** El 4 de marzo la interesada se dirige al instructor afirmando que ha comprendido que el Sistema Público de Salud le cubría la atención tanto de las consecuencias derivadas del accidente como la malformación de la boca y que ninguno de los doctores del Servicio Murciano de Salud que le atendieron (los doctores x, y.) le asesoraron debidamente, pues la remitieron a clínicas privadas. En consecuencia, solicita del indicado Ente Público que reparen el daño sufrido y que cubran todos los gastos que su hijo necesita hasta la finalización del tratamiento.

Aporta informe, de fecha 2 de marzo de 2010, del Dr. x., Responsable de la Unidad de Salud Buco-Dental del Centro de Salud de San Javier. El informe es del siguiente tenor literal:

*“Según mis archivos, el niño x. fue visto en nuestra unidad de salud buco-dental de San Javier el 30 de noviembre de 2006 por primera vez estando diagnosticado de TGD (trastorno general de desarrollo).*

*En esa primera cita se objetivó un crecimiento maxilar superior excesivo, lo que se denomina en ortodoncia clase II división primera. Se le hizo una valoración de las caries*

observándose CAOD y COD de 0. Es decir, ninguna caries. El 6 de febrero de 2006 se le pidió una orto para valorar el estado ortodóntico. Me consta una revisión el 29 de mayo de 2008 en la que ya estaban erupcionados los molares definitivos.

Se le citó para el 21 de octubre de 2008 y se le efectuaron sellados de fosa y fisuras en los cuatro molares permanentes.

El 25 de septiembre de 2008 el paciente acudió a la unidad de salud buco-dental de San Javier a solicitar una derivación a Cirugía Maxilofacial en la que redacté textualmente lo siguiente "paciente con clase II quirúrgica. Está comenzando estudio ortodóntico. Lo remito para valoración a petición propia. Aporta orto". Desde maxilofacial es remitido a la clínica x. de Cartagena para valorar el tratamiento combinado ortodoncia y cirugía ortognática. Le recomiendan volver en unos años para comenzar el tratamiento. En fecha 5 de noviembre de 2008 el niño sufre un traumatismo facial importante, que le supone la avulsión de un incisivo central superior y fractura vertical afectando corona y raíz del otro incisivo central superior, lo que unido a la gran movilidad que presentaba nos pareció incompatible con tratamiento conservador. Se le remite urgente ese día a Cirugía Maxilofacial en Cartagena con la siguiente anotación: "Paciente que hace 24 horas (2 pm de ayer) sufrió traumatismo facial sobre maxilar superior con avulsión total del 11 y movilidad del 21 y 22. Acudió a Los Arcos donde se le realizó sutura de partes blandas (labio superior) sin estudio radiológico. Ruego valoración para descartar fractura maxilar. Un saludo". Durante el mes de noviembre acude en repetidas veces a revisión en la unidad de salud buco-dental de San Javier y el servicio de Cirugía Maxilofacial. En nuestra opinión el diente tiene mal pronóstico y dejamos la decisión en manos del cirujano maxilofacial. De éste último se le deriva a la clínica x. para valoración del estado ortodóntico. En ambos sitios (cirujano y ortodoncista) se recomienda la extracción del incisivo central superior izquierdo. La madre del paciente decide aconsejada por el ortodoncista consultar una segunda opinión y acude al Dr. x. al que ya conoce por haber valorado su situación ortodóntica previamente. Parece ser que este profesional le reconstruye con éxito el incisivo al niño.

Visto hoy en la consulta el diente presenta una reconstrucción con una corona completa de porcelana sin tratamiento pulpar. No presenta movilidad y es dudosa la respuesta a la percusión. El estado radiológico es normal. Presenta ausencia del otro incisivo central superior".

**DÉCIMO.-** El 12 de marzo, el instructor solicita a la interesada la aportación de las facturas relativas al tratamiento de los dientes afectados por el traumatismo sufrido en el centro escolar, remitiendo una por importe de 200 euros, en concepto de prótesis en pieza 11. Asimismo, aporta

una factura que ya adjuntara a la solicitud inicial por importe de 765 euros, en la que se concreta ahora que, de los tratamientos allí enumerados, los relacionados con el accidente son dos radiografías y la obturación de la pieza 21, por un valor total de 160 euros.

**UNDÉCIMO.-** Conferido trámite de audiencia, la interesada comparece en las dependencias del órgano instructor sin que conste que presentara alegación o documentación adicional alguna.

**DUODÉCIMO.-** El 11 de mayo de 2010, se formula propuesta de resolución estimatoria de la reclamación, al considerar el instructor que concurren en el supuesto todos los elementos a los que el ordenamiento jurídico anuda el nacimiento de la responsabilidad patrimonial, singularmente el nexo causal entre el daño sufrido y el funcionamiento del servicio público educativo en el que se inserta el centro donde ocurrió el accidente. En el fundamento jurídico séptimo, la propuesta recoge las consideraciones efectuadas por el instructor a la interesada, durante la tramitación del procedimiento, acerca de la cobertura por el Plan de Salud Buco-Dental Infantil de las actuaciones realizadas a su hijo por los profesionales de la sanidad privada.

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 14 de mayo de 2010.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

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

Versando la consulta sobre una reclamación de responsabilidad patrimonial deducida ante la Administración regional, este dictamen es preceptivo de conformidad con lo establecido en el artículo 12.9, de la Ley 2/1997, de 19 de marzo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia.

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

##### 1. Legitimación.

La solicitud ha sido formulada por persona facultada para ello, ya que, tal como resulta de la copia del Libro de Familia obrante al expediente, la reclamante es madre del niño accidentado y, al

ser éste menor de edad, le correspondía ejercitar su representación legal, conforme a lo dispuesto en el artículo 162 del Código Civil.

La legitimación pasiva corresponde a la Administración regional, en tanto que titular del servicio público educativo en el que se integran el Centro educativo y sus instalaciones, a las que se imputa el daño.

## 2. Plazo.

Acaecido el hecho lesivo el 5 de noviembre de 2008, la reclamación de 11 de agosto de 2009 ha de calificarse como temporánea, en tanto que formulada antes del transcurso 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) fija para la prescripción del derecho a reclamar.

## 3. Procedimiento.

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).

No obstante, conviene señalar que, cuando el instructor requiere a la interesada que justifique por qué no acudió al Programa de Salud Buco-Dental Infantil para la asistencia de su hijo (folio 53), no procede advertirle que la desatención de dicho requerimiento equivaldrá a su renuncia a la reclamación. Como bien señala en el último párrafo del mismo oficio, en franca contradicción con lo expresado anteriormente, la falta de justificación de lo indicado únicamente puede dar lugar al decaimiento del derecho de la interesada al citado trámite, en virtud de lo establecido en el artículo 76 LPAC, pero nunca a la drástica consecuencia señalada por el instructor.

Además, en relación con la posible inclusión de los tratamientos practicados al hijo de la reclamante en el Programa de Salud Buco-Dental Infantil de la Región de Murcia, debe recordarse, como ya hicimos en nuestro Dictamen 189/2005, al que en este punto nos remitimos, que la Consejería de Educación, Formación y Empleo carece de competencia para prejuzgar la procedencia del resarcimiento de los daños en cuestión al amparo de la Orden de 27 de diciembre

de 2002, en la que se regula un sistema de ayudas económicas en materia de salud buco-dental infantil, cuya gestión corresponde a la Consejería de Sanidad y Consumo y al Servicio Murciano de Salud. Ello ha de entenderse, claro está, sin perjuicio del derecho de la interesada a deducir la oportuna reclamación al Servicio Murciano de Salud (atendida la relación de dependencia funcional que une al Odontólogo que trata al niño en la Unidad de Salud Bucodental del Centro de Salud de San Javier con el citado Ente Público), fundando su pretensión indemnizatoria en un hipotético mal funcionamiento de los servicios sanitarios, que no habrían reconocido que el tratamiento odontológico prestado a su hijo reunía los requisitos de gratuidad previstos en dicha norma.

Quiere decirse que el deber de la Consejería consultante de resolver la reclamación a ella dirigida implica, de una parte, que tenga que limitarse a un pronunciamiento sobre el funcionamiento del servicio público educativo que tiene encomendado; de otra, que no pueda pronunciarse, ni siquiera de forma colateral en un fundamento jurídico de la resolución, sobre extremos atinentes al funcionamiento de los servicios sanitarios, que no son de su competencia. Por ello, deben eliminarse de la propuesta dictaminada las consideraciones que a este respecto se contienen en el fundamento jurídico séptimo, debiendo consignarse en el mismo, por el contrario, y por las razones apuntadas, la improcedencia de resolver en este procedimiento las cuestiones derivadas de la asistencia sanitaria, sin perjuicio de hacer constar también el derecho de la interesada de reclamar al Servicio Murciano de Salud, en cuanto órgano competente al efecto, en los términos y con la pretensión que aquélla considere procedente.

Sin perjuicio de lo anterior, no cabe duda de que la Consejería consultante, una vez adoptada la resolución del procedimiento que nos ocupa, puede también, pero, separadamente, dar traslado de copia del expediente al Servicio Murciano de Salud, a efectos de la tramitación del correspondiente procedimiento.

### **TERCERA.- Sobre el fondo del asunto.**

1) Puede afirmarse la conformidad de este Consejo con la propuesta de resolución que concluye las actuaciones practicadas, en lo tocante a la concurrencia de los requisitos exigidos por el ordenamiento jurídico para que la responsabilidad patrimonial de la Administración sea declarada, como consecuencia del accidente sufrido por el alumno.

En efecto, el sistema de responsabilidad patrimonial diseñado por los artículos 139 y siguientes 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; y 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 sí o dependientes unos de otros, dotados sin duda, en su individualidad, en mayor o menor medida de un cierto poder causal”*. El reconocimiento de esta “causa adecuada” obligará a determinar si la concurrencia del daño era de esperar en la esfera normal de los acontecimientos, porque el resultado se corresponde con la acción que lo originó, si es adecuado a ésta, si se encuentra en relación causal con ella y, por último, si sirve como fundamento del deber de indemnizar.

En el supuesto que nos ocupa, el relato fáctico pone de manifiesto que los hechos lesivos se produjeron de forma fortuita, cuando el alumno accidentado se disponía a salir del Centro. Hasta aquí los hechos nos llevarían a dictaminar, como se ha hecho en otros supuestos similares, la ausencia de nexo causal entre la actividad realizada y el daño sufrido, pero el contenido del informe del Director del Centro introduce un hecho determinante cual es la presencia de elementos fijos en el suelo (arcos metálicos para el estacionamiento de bicicletas) que propiciaron la caída al tropezar con ellos, unos, y que, incluso, agravaron las consecuencias esperables del golpe, el otro, al impactar el alumno con su boca en una barra metálica inclinada que servía de apoyo o contrafuerte para la puerta de acceso al Colegio. La irregular presencia de estos elementos, confirmada por el informe de la Unidad Técnica de Centros Educativos, que los considera inadecuados para el fin que persiguen, hace perceptible de modo suficientemente intenso el

vínculo causal existente entre el servicio público educativo y los efectos lesivos derivados de su prestación. En este sentido, es evidente que los arcos dispuestos sobre el suelo para facilitar el estacionamiento de bicicletas suponen un claro obstáculo para la deambulaci3n, constituyéndose en evidente factor propiciatorio de caídas, atendidas las características de la poblaci3n usuaria del centro escolar. La generaci3n de esa situaci3n de riesgo, que era f3cilmente evitable mediante la colocaci3n de otro sistema menos peligroso como el indicado por la Unidad T3cnica (sistema de anclaje vertical que no compromete el pavimento) es t3tulo de imputaci3n de los daños a la actividad administrativa. Otro tanto cabe decir respecto del soporte met3lico de la puerta, contra el que se golpe3 el niño, cuya disposici3n no era correcta, seg3n la referida Unidad T3cnica y que deb3a haber sido sustituido por otra soluci3n constructiva señalada en el informe.

Cabe pues concluir, con la propuesta de resoluci3n, que el daño sufrido por el menor como consecuencia del funcionamiento del servicio p3blico es, en este caso, antijurídico ya que, como señaala el Tribunal Supremo en sentencia de 28 de octubre de 1998 y la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Las Palmas de Gran Canaria en sentencia de 21 de enero de 2000, el riesgo inherente a su utilizaci3n ha rebasado los límites impuestos por los estándares de seguridad exigibles conforme a la conciencia social.

Asimismo, la imputabilidad a la Administraci3n educativa en supuestos de accidentes escolares acaecidos como consecuencia del mal estado de las instalaciones escolares, supuesto al que cabe equiparar a efectos de responsabilidad el de la indebida configuraci3n de aquéllas para el fin que persiguen, ha sido mantenida por el Consejo de Estado (entre otros muchos, Dictámenes números 3863/2000 y 2436/2001); por este Consejo Jurídico (por todos, los Dictámenes 21/2002 y 33/2007) y por 3rganos consultivos de otras Comunidades Aut3nomas (así, Dictamen número 385/2001, del Consejo Jurídico Consultivo de la Comunidad Valenciana).

Como consecuencia de lo dicho, al entender que sí existe nexo de causalidad entre la actuaci3n de la Administraci3n y el daño producido, entiende el Consejo Jurídico que procede estimar la reclamaci3n de responsabilidad patrimonial.

#### **CUARTA.- La cuantía de la indemnizaci3n.**

Declarado el derecho de la interesada al resarcimiento de los daños sufridos como consecuencia del accidente de su hijo, procede determinar la cuantía de la indemnizaci3n, para lo cual habr3 de estarse a las siguientes consideraciones:



1. Un elemental principio de congruencia determina que no se tengan que indemnizar daños cuya reparación no haya sido solicitada, ni en cuantía superior a la reclamada. Ello obliga a atender a la pretensión económica expresamente formulada por la madre del menor lesionado, que se contiene en su escrito inicial, y que se contrae a *“que la Consejería a la que me dirijo se haga cargo de todo el proceso buco-dental del accidentado, ya que debido a su temprana edad tendrá que alargarse en el tiempo hasta terminar su desarrollo, ya que hasta ese momento no podrán realizarse los debidos implantes fijos y no finalizarán sus tratamientos con aparatología funcional, tanto móvil como fija”*. También solicita el abono de las facturas, que adjunta, de reconstrucción del diente accidentado y del tratamiento de aparatología funcional, que ya le han realizado.

2. De conformidad con lo indicado en la Consideración Segunda de este Dictamen, en el presente procedimiento únicamente pueden ser objeto de indemnización aquellos daños que se encuentren en relación causal con el funcionamiento de los servicios públicos educativos, lo que excluye el tratamiento ortodóntico dirigido a la reparación y tratamiento de la malformación que ya aquejaba al menor con anterioridad al accidente.

3. El requisito de efectividad del daño, consagrado por el artículo 139.2 LPAC, impide computar en la valoración del perjuicio sufrido los meramente potenciales o posibles, debiendo circunscribir la cuantificación económica de los daños a aquellos reales que, habiéndose producido, se hayan incorporado ya, como detrimento o pérdida, al patrimonio de la interesada.

En su virtud, no procede reconocer ahora indemnización alguna por los gastos que en el informe odontológico aportado por la reclamante son expresamente calificados como “posibles” y respecto de los que únicamente se aporta un presupuesto. Todo ello, sin perjuicio de la posibilidad de la interesada de volver a solicitar la responsabilidad patrimonial en el futuro, una vez que tales posibles daños se hayan materializado y hecho efectivos.

4. De conformidad con los criterios expuestos, se coincide con la propuesta de resolución en la procedencia de indemnizar a la interesada en una cuantía equivalente al importe reflejado en las correspondientes facturas de las actuaciones realizadas por el Odontólogo para corregir los efectos del accidente, y que, de conformidad con la documentación aportada serían las siguientes:

- Realización de dos radiografías, por un importe conjunto de 95 euros.
  
- Obturación de la pieza 21, por importe de 65 euros.

- Prótesis en la pieza 11, por importe de 200 euros.

El total del montante indemnizatorio asciende a 360 euros, cantidad que 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 favorablemente la propuesta de resolución estimatoria de la reclamación, en la medida en que concurren en el supuesto sometido a consulta todos los elementos a los que el ordenamiento jurídico vincula el surgimiento de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas.

No obstante, habrán de suprimirse de la misma las consideraciones efectuadas en su fundamento jurídico séptimo en relación con el Plan de Salud Buco-Dental Infantil de la Región de Murcia, en atención a las razones expuestas en la Consideración Segunda de este Dictamen.

**SEGUNDA.**- La cuantía de la indemnización habrá de corresponderse con la indicada en la Consideración Cuarta de este Dictamen.

No obstante, V.E. resolverá.



**DICTAMEN 213/2010**

**Asunto** Proyecto de Orden por el que se establece el currículo del ciclo formativo de grado superior correspondiente al título de Técnico Superior en Química Industrial en el ámbito de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.

**Consultante** Consejero de Educación, Formación y Empleo

**Fecha** 08/11/2010

**Extracto de Doctrina**

Nota: igual doctrina que la expresada en el Dictamen 157/2010.



**DICTAMEN 214/2010**

**Asunto** Proyecto de Orden por el que se establece el currículo del ciclo formativo de grado medio correspondiente al título de Técnico en Servicios en Restauración en el ámbito de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.

**Consultante** Consejero de Educación, Formación y Empleo

**Fecha** 08/11/2010

**Extracto de Doctrina**

Nota: igual doctrina que la expresada en el Dictamen 157/2010.



## DICTAMEN 215/2010

<b>Asunto</b>	Proyecto de Decreto por el que se regula el sistema de identificación de los centros, establecimientos y servicios sanitarios inscritos en el Registro de Recursos Sanitarios Regionales para garantizar el derecho de información de los usuarios.
<b>Consultante</b>	Consejera de Sanidad y Consumo
<b>Fecha</b>	08/11/2010

### **Extracto de Doctrina**

Las habilitaciones contenidas en normas de rango inferior al legal en favor de los titulares de los Departamentos de la Administración regional para el dictado de normas reglamentarias -como la conferida por el artículo 22 del Decreto 73/2004 al titular de la Consejería de Sanidad, para el establecimiento mediante Orden de las características del documento acreditativo de la autorización e inscripción de los centros sanitarios-, no pueden considerarse vigentes tras la entrada en vigor de la Ley 6/2004, de 28 de diciembre, del Estatuto del Presidente y del Consejo de Gobierno de la Región de Murcia, cuyos artículos 38 y 52.1 exigen que cualesquiera habilitaciones reglamentarias a favor de los Consejeros se contengan en norma de rango legal.

### **ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** En fecha indeterminada, la Dirección General de Planificación, Ordenación Sanitaria y Farmacéutica e Investigación elabora un primer borrador de “Proyecto de Decreto por el que se regula el documento acreditativo de la autorización de funcionamiento e inscripción en el Registro de Recursos Sanitarios Regionales y su exhibición, las placas identificativas de los centros, establecimientos y servicios sanitarios regionales y por el que se facilita el ejercicio del derecho de información de los usuarios”.

El texto se acompaña de la siguiente documentación:

- Memoria justificativa de la necesidad y oportunidad de la futura norma, de fecha 23 de junio de 2009, según la cual el Proyecto persigue desarrollar las características del documento acreditativo de la autorización de funcionamiento e inscripción de los centros, establecimientos y servicios sanitarios, a que se refiere el artículo 22 del Decreto 73/2004, de 2 de julio, por el que se regula el procedimiento de autorización sanitaria de los centros, establecimientos y servicios sanitarios y el Registro de Recursos Sanitarios Regionales. Del mismo modo, se regula la obligación de identificar tales establecimientos mediante placas y diversos aspectos relativos a los derechos de los usuarios, incluidos los de reclamación e información.

- Memoria económica, de 2 de julio de 2009, en cuya virtud la futura norma no tiene repercusión económica adicional, ya que se dará cumplimiento a lo dispuesto en ella con los medios económicos y personales de los que ya se dispone, ascendiendo los costes estimados de su puesta en funcionamiento a 1.900 euros.

- Informe de impacto por razón de género, de 8 de julio de 2009. De conformidad con el mismo, ninguna de las disposiciones del Proyecto provoca discriminación por razón de género, aplicándose rigurosamente el principio de igualdad entre mujeres y hombres. Tampoco aprecia razones de género que aconsejen una discriminación positiva a favor de la mujer en el cumplimiento de las obligaciones establecidas en el Proyecto.

- Propuesta del Director General de Planificación, Ordenación Sanitaria y Farmacéutica e Investigación a la titular de la Consejería de Sanidad y Consumo para que el Proyecto se tramite como Decreto.

**SEGUNDO.-** En octubre de 2009, en solicitud de alegaciones, sugerencias y observaciones, se da traslado del texto a las siguientes entidades:

- Colegios Oficiales de Podólogos, Químicos, Farmacéuticos, Médicos, Veterinarios, Biólogos, Fisioterapeutas, Diplomados en Enfermería, Odontólogos y Estomatólogos, Logopedas, y Ópticos y Optometristas, todos ellos de la Región de Murcia.

- Federación de Municipios de la Región de Murcia.

- Asociación Empresarial de Oficinas de Farmacia y Asociación de Farmacéuticos de la Comarca de Cartagena.

- AMAT (Asociación de Mutuas de Accidentes de Trabajo), Unión Murciana de Hospitales, ASISA, ADESLAS, DKV, SANITAS, y FIATC.

**TERCERO.-** De las Corporaciones y entidades consultadas, formulan observaciones las siguientes:

- El Colegio Oficial de Médicos de la Región de Murcia sugiere la inclusión del dato relativo al número de colegiado en la guía de información al usuario prevista en el artículo 9 del Proyecto.

- El Colegio Oficial de Enfermería de la Región de Murcia considera que se debería aprovechar la ocasión para modificar la regulación del registro de establecimientos sanitarios en diversos aspectos.

- El Colegio Oficial de Podólogos de la Región de Murcia estima que sería conveniente encargar a una empresa la fabricación de las placas identificativas, para conseguir así la mayor homogeneidad de las mismas.

Señala, asimismo que, cuando un centro esté en un edificio, la placa identificativa se sitúe en la puerta de entrada al inmueble donde esté la consulta, no en la puerta de la calle, y que, si un centro tiene varias especialidades, debe haber tantas placas como servicios se presten.

**CUARTO.-** El Proyecto recibe el informe favorable del Consejo de Salud de la Región de Murcia, en sesión de 10 de diciembre de 2009, según consta en el expediente mediante certificación de su Secretario.

**QUINTO.-** Con fecha 17 de diciembre, la Comisión de Trabajo de Códigos de Autorregulación y Proyectos Normativos del Consejo Asesor Regional de Consumo valora favorablemente el Proyecto, sin formular observación alguna.

**SEXTO.-** Con fecha 4 de febrero de 2010, el Servicio de Desarrollo Normativo, con el “conforme” del Vicesecretario de la Consejería de Sanidad y Consumo, emite informe jurídico favorable al Proyecto, si bien formula diversas observaciones relativas al título o denominación de la norma y al articulado, siendo las más relevantes las relativas a la conveniencia de incluir, como elemento de identificación, el documento por el que se reconozca el grado de acreditación sanitaria del centro, y al plazo y lugar de exhibición de la placa identificativa.

El informe efectúa, también, una valoración de las alegaciones presentadas por las Corporaciones profesionales consultadas, admitiendo unas y justificando el rechazo de las restantes.

**SÉPTIMO.-** El 5 de febrero la Vicesecretaría del Departamento impulsor del Proyecto emite informe favorable al mismo.

**OCTAVO.-** Recabado el preceptivo informe de la Dirección de los Servicios Jurídicos, se emite el 15 de marzo. Formula diversas observaciones en relación con el procedimiento de elaboración de la disposición general y con su contenido. Entre estas últimas, apunta la conveniencia de modificar el Decreto 73/2004, pues una parte de la regulación ahora proyectada constituye en realidad una modificación del régimen jurídico allí establecido. Se efectúan, asimismo, diversas observaciones puntuales a los artículos 5, 6 y 10, para conseguir una mejor inserción del futuro Decreto en el ordenamiento y evitar posibles contradicciones y redundancias con la regulación ya vigente, y a las disposiciones adicional segunda y derogatoria.

Una vez incorporados al expediente la Orden por la que se acuerda solicitar el presente Dictamen, el extracto de secretaría, un índice de documentos y el texto autorizado que constituye el objeto de la consulta, se remitió al Consejo Jurídico mediante escrito recibido el pasado 30 de marzo de 2010.

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.

La Orden que acuerda formular la consulta estima preceptivo el presente Dictamen sobre la base de haber sido dictado el Proyecto normativo *“al amparo de las competencias que, en el marco de la legislación básica del Estado, esta Comunidad Autónoma ostenta de desarrollo legislativo y ejecución en materia de Sanidad...”*. Tal razonamiento no es, en rigor, completo, pues lo determinante de la preceptividad de la consulta no es que su objeto sea el producto de las competencias autonómicas de desarrollo legislativo en una determinada materia, sino que el Proyecto objeto de Dictamen constituya un específico desarrollo reglamentario de una norma básica estatal o de una Ley regional.

Considerando los diversos extremos regulados en el Proyecto, cabe estimar que constituyen desarrollo reglamentario tanto de legislación básica (la placa identificativa regulada en el artículo del Proyecto tiene su engarce en la norma básica constituida por el artículo 6 del Real Decreto 1277/2003, de 10 de octubre, por el que se establecen las bases generales sobre



autorización de centros, servicios y establecimientos sanitarios) como regional, como ocurre con la guía de información al usuario, prevista en el artículo 36.4, letra c) de la Ley 3/2009, de 11 de mayo, de los derechos y deberes de los usuarios del Sistema Sanitario de la Región de Murcia (LDDU).

Procede, en consecuencia, afirmar la preceptividad de este Dictamen, toda vez que el Proyecto sometido a consulta constituye un desarrollo reglamentario de legislación básica y regional.

## **SEGUNDA.- Competencia material y habilitación reglamentaria.**

### I. Competencia material y escenario 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 Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad (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 149.1.16ª 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.

También al amparo del artículo 149.1, 16ª CE (y del 149.1, 17ª), se promulga la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud (LCCSNS), cuyo 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 de 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. Su artículo 6.1 dispone que los centros, servicios y establecimientos sanitarios autorizados por las Comunidades Autónomas para su funcionamiento tendrán en lugar visible un distintivo que permita a los usuarios conocer que han recibido dicha autorización y el tipo de centro, con su oferta asistencial, o establecimiento de que se trata, de acuerdo con la clasificación prevista en el anexo I del indicado Real Decreto.

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, entre otras, de sanidad, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 149.1, 16ª de la Constitución.

En ejercicio de esta competencia se dicta la Ley 4/1994, de 26 de julio, de Salud de la Región de Murcia (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). 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. Su artículo 22 dispone que *“una vez registrado un centro, establecimiento o servicio sanitario, la Dirección General competente en materia de Ordenación e Inspección Sanitaria emitirá documento acreditativo de la inscripción, que deberá ser expuesto al público por sus titulares en lugar visible al público. Mediante Orden del Consejero competente en materia de sanidad se determinarán las características concretas de tal documento identificativo”*.

Al desarrollo de esta previsión se destinan los artículos 4, 5 y 6 del Proyecto.

También incide en la materia sobre la que versa el Proyecto sometido a consulta la LDDU, cuyo artículo 36.3 reconoce el derecho de los usuarios a obtener información particularizada sobre los centros, servicios y establecimientos sanitarios disponibles, sus indicadores de calidad y sobre los requisitos de acceso a los mismos. Para garantizar este derecho, el artículo 36.4 enumera una serie de acciones a desarrollar por la Administración sanitaria, entre las que, identificada con la letra c), se establece la siguiente: *“velar porque todos los centros, servicios y establecimientos sanitarios dispongan de una guía de información al usuario en la que se deberán incluir, al menos, los derechos y deberes de los usuarios recogidos en la presente Ley, las prestaciones disponibles, las características asistenciales del centro o del servicio, sus dotaciones de personal, instalaciones y medios técnicos. Estas guías deberán estar a disposición del usuario en el plazo de un año desde la entrada en vigor de esta Ley”*.

## II. Habilitación reglamentaria.

1. Además de la potestad reglamentaria originaria de la que está investido el Consejo de Gobierno por el artículo 32.1 EAMU, la Disposición final segunda de la LDDU le habilita de forma específica para el desarrollo de sus disposiciones.

2. Como ya señaló el Consejo Jurídico en Dictamen 176/2008, emitido a solicitud de la Consejería ahora consultante, las habilitaciones contenidas en normas de rango inferior al legal en favor de los titulares de los Departamentos de la Administración regional para el dictado de normas reglamentarias -como la conferida por el artículo 22 del Decreto 73/2004 al titular de la Consejería de Sanidad, para el establecimiento mediante Orden de las características del documento acreditativo de la autorización e inscripción de los centros sanitarios-, no pueden considerarse vigentes tras la entrada en vigor de la Ley 6/2004, de 28 de diciembre, del Estatuto del Presidente y del Consejo de Gobierno de la Región de Murcia, cuyos artículos 38 y 52.1 exigen que

cualesquiera habilitaciones reglamentarias a favor de los Consejeros se contengan en norma de rango legal.

En consecuencia, corresponde al Consejo de Gobierno completar, más que desarrollar, dada la identidad de rango normativo existente, el régimen jurídico del documento acreditativo de la autorización e inscripción previsto en el artículo 22 del Decreto 73/2004.

**TERCERA.- 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 diez artículos sin división interna en Capítulos, y una parte final integrada por tres disposiciones adicionales y dos finales.

**CUARTA.- 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 que pudieran verse afectadas por las disposiciones del futuro Decreto, si bien no consta en el expediente la motivación del procedimiento elegido para otorgar el trámite de audiencia, como exige el artículo 53.3, letra b) de la Ley 6/2004.

Se advierte, asimismo, que no consta entre la documentación acreditativa de las consultas efectuadas a las distintas Corporaciones y entidades a las que se sometió el Proyecto, que se oyera al Colegio Oficial de Protésicos Dentales de la Región de Murcia, sin que tampoco quede justificada esta omisión en el expediente, cuando sí se ha permitido formular sugerencias y alegaciones al resto de profesiones sanitarias colegiadas. En este sentido, la profesión de Protésico Dental se incardina en el ámbito de la salud dental, conforme a la Ley 10/1986, de 17 de marzo, sobre Odontólogos y otros profesionales relacionados con la Salud Dental, pudiendo quedar afectados sus integrantes por las disposiciones del Proyecto, lo que exige que se dé trámite de audiencia al correspondiente Colegio, si no se le ha dado ya, pues el informe de la Vicesecretaría (folios 45 y ss del expediente) sí recoge a esta Corporación profesional en la enumeración de las que han sido oídas durante la tramitación del Proyecto.

- No existe una adecuada justificación de las concretas determinaciones normativas propuestas, más allá de las genéricas alusiones contenidas en la memoria justificativa y en el informe de la Vicesecretaría.

En este último se efectúa una valoración de las observaciones y sugerencias formuladas 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 aquellas que se incorporan al texto.

- No se ha incluido una relación de las disposiciones cuya vigencia resultará afectada por el futuro Decreto, como exige el artículo 53.1 de la Ley 6/2004, ni una manifestación expresa de la no incidencia de aquél en otras normas ya existentes en el ordenamiento.

#### **QUINTA.- Observaciones de carácter general.**

El objeto del Proyecto es múltiple, pues junto a la regulación de elementos que cabe incardinar sin dificultad en el ámbito de la identificación de los centros, establecimientos y servicios sanitarios, como la placa identificativa y el documento acreditativo de la autorización de funcionamiento e inscripción en el registro de recursos sanitarios regionales, incorpora la de otros instrumentos que sólo de forma indirecta permiten la identificación del centro o establecimiento, siendo su finalidad principal la información al usuario, bien sobre el nivel de calidad (certificado de acreditación), bien sobre las características, prestaciones y dotación de personal (guía de información al usuario).

##### I. De los elementos de identificación en sentido estricto.

1. Documento acreditativo de la autorización sanitaria y de la consecuente inscripción registral.

El Proyecto, además de regular el contenido y régimen de exposición al público del referido documento (art. 4), procede a modificar la redacción del artículo 22 del Decreto 73/2004, precepto que, hasta la entrada en vigor del ahora Proyecto, es el único que lo reglamenta.

Conforme a la redacción hoy vigente del referido artículo 22, el documento acreditativo se expide “una vez registrado un centro, establecimiento o servicio sanitario”, de donde se deduce que

el documento acreditativo se refiere a la inicial autorización de funcionamiento, en la medida en que ésta constituye requisito necesario para el primer acceso del centro o establecimiento al Registro.

Sin embargo, en la nueva redacción del precepto propuesta en la Disposición final primera del Proyecto, se prevé emitir “un documento acreditativo de cada inscripción en el Registro”, que será expuesto al público conforme a lo establecido en el futuro Decreto. En consecuencia, además del documento acreditativo de la autorización de funcionamiento, será preciso expedir y exponer al público un documento por cada acto que tenga reflejo registral, como por ejemplo, las autorizaciones de modificación sustancial, las comunicaciones de modificación no sustancial, las resoluciones de acreditación, su renovación, revocación y caducidad y, en general, todas y cada una de las resoluciones que dan lugar a un asiento y que se enumeran en el artículo 19 del indicado Decreto.

Se desconoce si este efecto multiplicador de los documentos acreditativos es querido por los redactores del Proyecto. De ser así, el Proyecto no debería limitarse a regular el documento acreditativo de la autorización de funcionamiento y su inscripción, sino que debería contemplar el régimen del resto de documentos cuya expedición y exposición al público será obligatoria tras la entrada en vigor del futuro Decreto.

Si, por el contrario, como parece desprenderse del artículo 4 del Proyecto, la intención perseguida con la modificación efectuada en el artículo 22 del Decreto 73/2004 no es la descrita, y se pretende mantener la exigencia únicamente del documento acreditativo de la autorización de funcionamiento y su inscripción, habría de modificarse la redacción propuesta para el referido precepto, precisando a qué tipo de actos y asientos registrales se refiere.

En cualquier caso, atendida la finalidad informadora al usuario que el Proyecto le atribuye, en el documento acreditativo debería reflejarse no sólo la inicial autorización de funcionamiento, sino también las de modificación sustancial previstas en el artículo 7.2 del Decreto 73/2004, máxime cuando la alteración afecte a la oferta asistencial. De aceptarse esta sugerencia, habría de preverse en el artículo 5.1 del Proyecto que el documento acreditativo habrá de ser expedido no sólo después de la autorización de funcionamiento y de cada una de sus renovaciones, sino también tras cada modificación sustancial.

## 2. De la placa identificativa.

El artículo 8 del Proyecto establece la obligación de los centros, establecimientos y servicios sanitarios de exhibir una placa identificativa externa, “como distintivo que los identifique como tales”.

Como único requisito de contenido de la placa identificativa, se exige que sea “expresiva de la inscripción” registral. Tan escueta prescripción, sin embargo, no cumple con las impuestas por la norma básica, constituida por el artículo 6.1 RD 1277/2003, según el cual, el distintivo que los centros, servicios y establecimientos sanitarios autorizados para su funcionamiento han de tener en lugar visible, debe permitir a los usuarios “conocer que han recibido dicha autorización y el tipo de centro, con su oferta asistencial, o establecimiento de que se trata”.

Procede, en consecuencia, adaptar el contenido del artículo 8 y del anexo II del Proyecto a las exigencias de la norma básica. Esta consideración tiene carácter esencial.

## II. De los instrumentos de información sanitaria.

### 1. Certificado del grado de acreditación de la calidad sanitaria.

El artículo 14 del Decreto 9/2010, de 12 de febrero (por el que se regula la acreditación de los centros, establecimientos y servicios sanitarios de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, se crea la Comisión Regional de Acreditación de Centros, Establecimientos y Servicios Sanitarios, y se modifica el Decreto 73/2004, de 2 de julio), ya regula la expedición de la certificación o documento acreditativo de la inscripción de la acreditación de calidad, la obligación de exponerlo al público, así como su forma y contenido, remitiéndose en estos últimos extremos a lo que disponga una ulterior Orden de la Consejería ahora consultante.

El Proyecto no puede ignorar dicha regulación ya existente, de modo que, salvo que se pretenda su derogación o modificación, convendría salvaguardarla, efectuando una mención expresa al indicado artículo 14 del Decreto 9/2010 en el 7 del Proyecto.

### 2. Guía de información al usuario.

a) El artículo 9 del Proyecto pretende desarrollar este instrumento de creación legal, para lo cual enumera el contenido mínimo de la guía. El primer término de la enumeración lo constituye una “mención a los principales derechos y deberes de los usuarios, de conformidad con la legislación sanitaria”, previsión que se aparta de la legal, contenida en el artículo 36.4, letra c)

LDDU, que exige que la guía de información del usuario incluya “los derechos y deberes de los usuarios recogidos en la presente Ley”. El precepto legal impone que el catálogo de derechos y deberes de los usuarios de los centros, establecimientos y servicios sanitarios que ha de contener la guía sea completo respecto de la LDDU, de forma que, al menos, incorpore todos los contemplados en ella, previsión que no queda garantizada con la redacción del precepto proyectado, la cual dejaría a la decisión de cada centro o establecimiento la determinación de qué derechos o deberes se hacen constar expresamente en la guía y cuáles no.

Ello, desde luego, no implica que en las guías de información al usuario no puedan plasmarse otros derechos y deberes no establecidos en la LDDU y sí en otras leyes sanitarias, como la 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 incluso en la normativa de consumidores y usuarios, lo que sería coherente con su finalidad informadora; pero lo que no puede hacer el desarrollo reglamentario es cercenar el contenido mínimo exigido por la Ley.

Procede, en consecuencia, modificar el artículo 9, letra a) del Proyecto, en orden a establecer que la guía de información al usuario habrá de contener, al menos, los derechos y deberes contemplados en la LDDU. Esta consideración reviste carácter esencial.

b) Considerando que el artículo 36.3 LDDU reconoce el derecho de los usuarios a disponer de información sobre el coste de las prestaciones y servicios sanitarios que reciban, esta información podría incorporarse a la guía de información al usuario, añadiendo al proyectado artículo 9, letra c), relativo a la información sobre las prestaciones disponibles y ofertadas en el centro o establecimiento, el inciso “y coste de las mismas”.

#### **SEXTA.- Observaciones específicas al texto.**

##### I. A la parte expositiva.

- En el segundo párrafo, debería incorporarse una mención al precepto del Real Decreto que establece la regulación objeto de desarrollo, esto es, el artículo 6.1, en relación con el distintivo o placa identificativa. Dicha alusión a la norma básica objeto de desarrollo también debería incluirse en el último párrafo de la Exposición de Motivos, el que precede de forma inmediata a la fórmula promulgatoria.



- En el tercer párrafo debe corregirse la cita del Estatuto de Autonomía, pues la correcta es al artículo 11.1 y no al “11.Uno”. Además, tras el término “ejecución”, debe sustituirse la preposición “de” por “en”.

En cuanto a las materias sobre las que el indicado precepto atribuye competencias de desarrollo legislativo y ejecución, no quedan limitadas a las de sanidad e higiene, por lo que quizás debería incluirse el inciso “entre otras”.

## II. Al articulado.

### - Artículo 1. Objeto.

El epígrafe que encabeza el precepto debería incorporar también el término “finalidad”, toda vez que a ella se dedica el último inciso del artículo.

Dicha finalidad, por su parte, habría de precisarse algo más, pues cuando el Proyecto expresa que persigue “*garantizar a los usuarios los derechos de información en relación al sistema sanitario regional*”, parece dar a entender que constituye un desarrollo global del artículo 36 LDDU, titulado “información relativa al sistema sanitario”, cuando en realidad el Proyecto sólo desarrolla dos concretos aspectos de dicha información, como son la particularizada sobre los centros, servicios y establecimientos sanitarios disponibles, sus indicadores de calidad y los requisitos de acceso a los mismos (art. 36.3 de la Ley), y la guía de información al usuario (art. 36.4, letra c). Por el contrario, otros aspectos trascendentales de la información relativa al sistema sanitario, como la general sobre el conjunto de derechos y deberes que ostentan los ciudadanos en el ámbito de la salud (art. 36.1), sobre el catálogo de prestaciones del Sistema Nacional de Salud y cartera de servicios ofertada (art. 36.2), o sobre el derecho a disponer de una segunda opinión facultativa y sobre el coste de las prestaciones y servicios sanitarios que reciban (art. 36.3), quedan al margen del Proyecto, sin perjuicio de lo que respecto de ellos cada centro, establecimiento o servicio sanitario recoja en su guía.

### - Artículo 2. Contenido.

En el primer párrafo, debe incluirse la preposición “en” antes de “su caso”.

### - Artículo 3. Ámbito de aplicación y exclusión.

La remisión interna efectuada al artículo 2.2 del Proyecto, debe sustituirse por la correcta: artículo 2.3.

- Artículo 4. Documento acreditativo de la autorización e inscripción sanitaria.

a) A diferencia de la expresión “autorización sanitaria”, que tiene reflejo expreso en el ordenamiento para referirse a la de funcionamiento de los centros, establecimientos y servicios de tal carácter, debe evitarse el término “inscripción sanitaria” y sustituirlo por el más preciso “inscripción en el registro de recursos sanitarios regionales”.

b) Debe añadirse la preposición “de” entre “fecha” y “la próxima renovación”.

III. A la parte final.

- Disposición adicional primera. Accesibilidad.

A la luz del artículo 17.2 LDDU, la promoción de medidas que favorezcan a las personas con discapacidad la accesibilidad a la información, no debería quedar limitada a los centros y servicios sanitarios públicos, sino hacerse extensiva también a los de titularidad privada.

En efecto, de conformidad con el artículo 4, apartados 2 y 3, de dicha Ley, su ámbito de aplicación se extiende a todos los centros sanitarios ubicados en el territorio de la Comunidad Autónoma, tanto públicos como privados, sin perjuicio de que aquellos preceptos de la Ley que vengán específicamente referidos al Sistema Sanitario Público sean de exclusiva aplicación a los centros, servicios y establecimientos sanitarios que integren la Red sanitaria de utilización pública de la Región de Murcia.

Comoquiera que el artículo 17.2 LDDU no viene expresamente referido al Sistema Sanitario Público ni a los centros que lo integran, cabe considerar que sus prescripciones son aplicables a todos los centros, establecimientos y servicios sanitarios, de titularidad pública o privada, radicados en la Región de Murcia, por lo que el precepto reglamentario que pretende desarrollar dicha previsión legal no debe limitarlo. En consecuencia, y dado que el artículo 6 LDDU impone a la Administración Sanitaria garantizar la aplicación y respeto de los derechos y deberes de los usuarios del sistema sanitario en la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, contenidos en la referida Ley, promoviendo en todo momento su extensión y observancia, la proyectada Disposición adicional no debe restringir su ámbito de aplicación a los centros y servicios sanitarios públicos.

Esta consideración tiene carácter esencial.

- Disposición adicional segunda. Exigencia del certificado del grado de acreditación de la calidad sanitaria.

La disposición viene a retrasar la producción de determinados efectos de la norma, como es la exigencia contenida en el artículo 7 del Proyecto, relativa a la exposición al público de la certificación de la acreditación de calidad sanitaria. Sin perjuicio de que esta previsión quizás hubiera debido incorporarse al Decreto 9/2010, que es la primera norma en establecer tal obligación, lo cierto es que el contenido de la disposición proyectada es más propio de una disposición final que de una adicional, conforme a lo indicado en la Directriz 42, letra f) último párrafo, de las de técnica normativa, aprobadas por Acuerdo del Consejo de Ministros de 22 de julio de 2005.

- Disposición final segunda. Entrada en vigor.

Al margen de la omisión en el expediente de las razones por las que se establece un plazo de *vacatio* normativa mayor al ordinario de 20 días, quizás, más que retrasar la entrada en vigor de la norma, lo conveniente sería establecer un plazo más o menos extenso de adaptación a las nuevas exigencias de identificación e información, que han de ser asumidas por los centros, establecimientos y servicios sanitarios.

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

### **CONCLUSIONES**

**PRIMERA.-** La Comunidad Autónoma ostenta competencia material para dictar la disposición sometida a Dictamen, correspondiendo al Consejo de Gobierno su aprobación.

**SEGUNDA.-** Son esenciales las consideraciones relativas a los artículos 8, 9, letra a) y Anexo II, para su adaptación a la normativa básica, conforme a lo razonado en la Consideración Quinta de este Dictamen.

También reviste carácter esencial la observación formulada en la Consideración Sexta del presente a la Disposición adicional primera del Proyecto.

**TERCERA**.- El resto de observaciones, de incorporarse al texto, contribuirían a su mejora técnica y a una más adecuada inserción en el ordenamiento.

No obstante, V.E. resolverá.



**DICTAMEN 216/2010**

**Asunto** Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de la empresa "- - ", S.A., como consecuencia de los daños sufridos por la supuesta utilización de los bienes muebles suministrados a la Consejería.

**Consultante** Consejero de Educación, Formación y Empleo

**Fecha** 08/11/2010

**Extracto de Doctrina**

La litis versa estrictamente sobre las consecuencias y efectos económicos de la resolución del contrato o, en palabras de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, "la realización del hecho dañoso acontece dentro de la rigurosa órbita de lo pactado" (STS, 1ª, de 17 de junio de 1994 y 15 de junio de 1996). Ello, a su vez, determina la improcedencia de acudir al instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración para exigir la responsabilidad derivada de las relaciones contractuales que medien entre aquélla y el reclamante (en el mismo sentido, el Consejo de Estado en el Dictamen 1052/2003, entre otros, y TSJ País Vasco, Sala de lo Contencioso-Administrativo, núm. 215/2009, de 23 de marzo).

**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 docentes 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.

**SEGUNDO.-** El 11 de abril y al amparo del Acuerdo marco de 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.

**TERCERO.-** 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.

**CUARTO.-** 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.

**QUINTO.-** 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.

**SEXTO.-** Por Orden de 11 de noviembre de 2008, se acuerda iniciar el procedimiento de resolución contractual, por incumplimiento culpable imputable a la contratista.

De dicho acto se da traslado a ésta y a su avalista, confiriéndoles trámite de audiencia, del que sólo hará uso la primera, 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.

**SÉPTIMO.-** 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.

**OCTAVO.-** 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.

**NOVENO.-** Elevada consulta a este Consejo Jurídico sobre la resolución contractual pretendida, se emite Dictamen 22/2009, favorable a la misma, al considerar que, si bien la demora en que incurre el contratista no reviste la entidad suficiente para constituir por sí misma causa de resolución contractual, sí lo es el incumplimiento de sus obligaciones esenciales, entre las que se cuenta la 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. Incumplida esta obligación, concluye el referido Dictamen que procede la resolución del contrato por causa imputable a la contratista, reteniendo la Administración la garantía prestada en orden a hacer efectiva sobre la misma la eventual indemnización de daños y perjuicios que pudiera fijarse.

Se precisa en el Dictamen, asimismo que, en presencia de un contrato de suministro, resulta de aplicación lo dispuesto en el artículo 276.1 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (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.

**DÉCIMO.-** Por Orden de 24 de febrero de 2009, de la Consejería de Educación, Formación y Empleo, se resuelve el contrato al amparo de la causa de resolución contemplada en el artículo



206, g) LCSP, se incauta la fianza y se ordena la devolución de los bienes entregados por el contratista, que deberá proceder a la retirada de la mercancía de los distintos centros.

Según refiere el Servicio de Contratación de la Consejería consultante, dicha Orden fue notificada a la contratista el 26 de marzo de 2009, sin que conste que haya sido recurrida.

**UNDÉCIMO.-** El 17 de mayo de 2009, la empresa reclama el abono de la factura emitida por valor de 166.075,97 euros, porque tiene información de que todos los muebles y restante equipamiento suministrados están siendo usados por los centros escolares donde fueron entregados en octubre de 2008.

**DECIMOSEGUNDO.-** El 10 de agosto, la empresa presenta reclamación de responsabilidad patrimonial. Manifiesta que la Consejería de Educación reconoce que la mayor parte de los muebles, con un valor de 153.666,09 euros, han sido utilizados. Ese uso impide a la mercantil volver a comercializar los muebles, razón por la cual solicita una indemnización de 150.000 euros en compensación por el material usado, los gastos de transporte y de almacenaje.

**DECIMOTERCERO.-** Con fecha 13 de octubre, se requiere a la empresa para que subsane su solicitud en los siguientes extremos: documentación acreditativa de los representantes de la empresa, firma de éstos e identificación de los representantes. En respuesta a dicha solicitud, se remite certificado traducido al castellano del Registro Mercantil Portugués donde constan los administradores de la empresa.

**DECIMOCUARTO.-** El 20 de octubre, la empresa comunica a la Administración que no procederá a la retirada del mobiliario entregado mientras ésta no concrete el pago de la indemnización solicitada. Advierte, asimismo, que de no efectuarse el indicado abono en un plazo de diez días emprenderá acciones judiciales.

**DECIMOQUINTO.-** El 30 de octubre, se notifica a la contratista la admisión a trámite de la reclamación y el nombramiento de instructora. Ésta procede a solicitar sendos informes de la Dirección General de Centros y del Servicio de Contratación, lo que determina la suspensión del cómputo del plazo para resolver hasta la recepción de los mismos.

**DECIMOSEXTO.-** El informe del Servicio de Contratación, de 9 de noviembre, da cuenta de la efectiva utilización por los centros de la mayor parte de los muebles objeto del suministro, por un importe de 153.666,09 euros. Del mismo modo, indica que con fecha 5 de octubre de 2009 se ha

iniciado expediente para la determinación de la indemnización que habrá de satisfacer la empresa adjudicataria a la Consejería en concepto de gastos de retirada, transporte y almacenaje de los muebles, que aún no han sido recogidos por aquélla.

El informe del Servicio de Planificación (Dirección General de Centros), por su parte, es del siguiente tenor:

*“...este Servicio quiere hacer constar que a pesar de que se le indicó a los centros educativos receptores del mismo que no debían hacer uso del mismo, la necesidad en el inicio de curso, de este mobiliario para un comienzo de curso con la debida normalidad en cuanto a equipamiento de las aulas hizo que fuese usado por la gran mayoría de los centros receptores.*

*En documento anexo adjuntado a este informe se describe el mobiliario usado por los centros y el no usado. Ninguno ha sido retirado por la empresa, a pesar de habersele indicado expresamente a la misma, por lo que el uso fue más prolongado del debido, hasta que un nuevo equipamiento fue adquirido y repartido en perfectas condiciones.*

*El mobiliario objeto del contrato fue servido con características distintas que empeoraban, a nuestro juicio, la calidad, la durabilidad y la seguridad del alumnado. Este último punto se consideró básico para la no conformidad en la recepción del expediente. Por lo que se le indicó a la empresa --, SA a través de una orden la retirada del mobiliario con fecha 5 de mayo de 2009 pero al existir riesgo para la seguridad de los alumnos y no proceder esta empresa a la retirada del mobiliario solicitada por este Servicio, se procedió a su retirada en junio de 2009 y su almacenaje en un local sito en Polígono de la Polvorista, c/ --, 30.500 Molina de Segura (Murcia). Para esta retirada, se contrató a una empresa de mudanzas, con carácter de urgencia, a través de un contrato menor. Por otro lado, se alquiló un almacén para poder guardar este mobiliario y que lo retirase x. desde ese almacén. Esta empresa procedió a la retirada y almacenaje de todos los muebles servidos por la empresa x., durante la primera semana de junio de 2009. Se adjuntan facturas de la retirada y alquiler del almacén de muebles.*

*El uso de este mobiliario por los centros, ya se ha indicado anteriormente, fue motivado por la necesidad de un inicio de curso con las dotaciones debidas, además de que es un procedimiento de contratación que se inició en marzo de ese mismo año, por lo que la necesidad del mismo era imperiosa. Esto motivó que, a pesar de indicarles que no lo utilizaran, los centros decidieron hacer uso del mismo y no esperar a su sustitución.*

*El tiempo de uso del mobiliario por estos centros comprende desde el 19 de octubre (fecha de finalización del plazo que tenía la empresa para distribuir, aunque continuó repartiéndolo hasta el 22 de octubre de 2008) hasta la primera semana de junio, fecha en la que concluyó la retirada de los mismos por la empresa de mudanzas contratada a tal efecto.*

*La valoración del uso de los muebles por parte de los centros la hemos calculado del siguiente modo. Para no tener que prorratear los días de ambos meses de comienzo y finalización, los tomaremos completos, incluyendo desde el 1 de octubre de 2008 hasta el 30 de junio de 2009. Lo que hace un total de 9 meses. Si los muebles se adquieren para una vida útil de 5 años, tendríamos que calcular la valoración del alquiler de 1 año de los muebles suministrados. Para ser generosos, puesto que el 30 de junio comienza el periodo vacacional y los muebles no se usan, tomaremos los 9 meses como un año completo de uso del mobiliario.*

*El valor de adjudicación de los muebles usados por los centros fue de 153.666,09 euros.*

*El valor de su uso para 1 año sería 30.733,12 euros. No incluimos los 15.192,20 euros de mobiliario no usado y que la empresa pudo recoger y no hizo.*

*Por lo tanto, entendemos que la valoración del mobiliario usado durante 9 meses por los centros se corresponde con la cantidad de 30.733,12 euros.*

*Por otra parte, se ha solicitado iniciar procedimiento de reclamación por los perjuicios causados al no retirar los muebles objeto del contrato. Esta retirada costó a la Dirección General de Centros 20.358 euros (iva incluido).*

*El alquiler del almacén donde se han guardado los muebles para su retirada por la empresa x. ha costado a la Dirección General de Centros 6960 euros (iva incluido) los 6 meses que se han usado hasta la fecha (junio, julio, agosto, septiembre, octubre y noviembre). Se debe sumar 1000 euros + 16 % iva por cada mes que pase desde la fecha de este informe.*

*Por lo tanto, los daños y perjuicios directos que han causado este expediente se pueden tasar en 27.318 euros”.*

El 12 de noviembre se alza la suspensión del procedimiento.

**DECIMOSÉPTIMO.-** El 18 de noviembre de 2009, se recibe nuevo escrito de la empresa suministradora para ratificarse en sus alegaciones y pretensión indemnizatoria.

**DECIMOCTAVO.-** Paralelamente a la tramitación del procedimiento de responsabilidad patrimonial, se tramita por la Consejería otro para la determinación de los daños y perjuicios causados a ésta por la resolución del contrato. El 5 de octubre de 2009 se ordena la incoación del procedimiento y, con fundamento en informe del Servicio de Planificación de 22 de septiembre, se establece la valoración del daño en 24.998 euros en concepto de retirada y transporte del mobiliario, cantidad que se verá incrementada en 1.000 euros más IVA por cada mes que transcurra, en concepto de gastos de almacenaje.

Se ordena, asimismo, que se confiera trámite de audiencia a la contratista, lo que se lleva a efecto el 13 de octubre. No consta que aquélla presentara alegaciones.

El 24 de noviembre se dicta Orden de la Consejería consultante, acordando exigir a la empresa suministradora una indemnización de 26.158 euros, que se incrementará en 1.000 euros más IVA por cada mes que transcurra a partir de 31 de octubre de 2009. Dicha cantidad se descontará del importe de la indemnización que se fije en el expediente de responsabilidad patrimonial instado por la empresa.

**DECIMONOVENO.-** El 10 de diciembre, la empresa manifiesta que les parece injustificable que la Administración tenga ya fijada la cuantía de los daños que la contratista le ha ocasionado y que, sin embargo, todavía no hayan fijado el montante de la indemnización por responsabilidad patrimonial.

Señala, asimismo, que el retraso en la retirada del mobiliario es imputable a la Administración, dado que la empresa se comprometió a efectuar esa retirada en cuanto se le abonara el valor de los muebles, y mantiene su pretensión indemnizatoria por importe de 150.000 euros.

**VIGÉSIMO.-** El 16 de diciembre se confiere trámite de audiencia en el procedimiento de responsabilidad patrimonial, en el que se incluye, además, la documentación relativa al expediente de fijación de los daños y perjuicios ocasionados por la contratista.

Conferido nuevo trámite de audiencia el 28 de enero de 2010, dada la incorporación de una nueva factura al expediente, no consta que la mercantil formulara alegaciones.

**VIGESIMOPRIMERO.-** Con fecha 15 de febrero de 2010, se formula propuesta de resolución estimatoria parcial de la reclamación de responsabilidad patrimonial, declarando el derecho de la reclamante a recibir una indemnización de 8.898,16 euros, resultante de la compensación entre el daño sufrido por la mercantil, en concepto de uso de una parte del mobiliario escolar por un período de 9 meses, que se valora en 30.733,12 euros, y los daños habidos por la Administración, que se valoran en 28.478 euros, de los cuales una parte (6.643,04 euros) ya ha sido satisfecha con cargo a la garantía definitiva del contrato, que se incauta. La indemnización de la reclamante se reducirá en 1.000 euros más IVA por cada mes que transcurra sin retirar los muebles, en compensación por los gastos de almacenaje.

**VIGESIMOSEGUNDO.-** Sometido el expediente a fiscalización previa, la Intervención General lo informa de conformidad el 26 de abril de 2010.

**VIGESIMOTERCERO.-** El 29 de abril, se dicta Orden de la Consejería consultante en la que se vuelve a requerir a la empresa para que proceda a retirar el mobiliario.

En tal estado de tramitación, e incorporado el preceptivo índice de documentos, se remitió el expediente en solicitud de Dictamen, mediante escrito recibido en el Consejo Jurídico el pasado 5 de mayo de 2010.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

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

I. De conformidad con lo que más adelante se dirá acerca de la verdadera naturaleza de la reclamación, cuya pretensión es la declaración de responsabilidad derivada de la ejecución y resolución de un contrato administrativo y no la responsabilidad aquiliana o extracontractual, ámbito propio de la responsabilidad patrimonial, este Dictamen se emite con carácter facultativo, pues no cabe incardinar la consulta en ninguno de los supuestos de preceptividad de la consulta recogidos en el artículo 12 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia.

II. Como ya anunciamos, la primera cuestión que ha de despejarse en este Dictamen es la de la verdadera naturaleza de la reclamación formulada, pues más allá de las vestiduras formales

que adornan cualquier acción jurídica, ésta ha de ser calificada no en función de la denominación otorgada por el actor, sino con fundamento en los elementos que la caracterizan y dibujan su esencia, debiendo prestar especial atención a la pretensión esgrimida y a la causa de pedir.

En el supuesto sometido a consulta, se advierte sin dificultad que la reclamante pretende ser resarcida de los daños y perjuicios que dice haber sufrido como consecuencia de una actuación administrativa, que se identifica como el uso indebido del mobiliario escolar que constituía el objeto de un contrato de suministro, tras la resolución de éste. Siendo la pretensión de carácter resarcitorio, su compatibilidad con una reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración es clara; no lo es, sin embargo, la causa en la que se fundamenta dicha pretensión indemnizatoria.

En efecto, en la base del uso indebido de los bienes por parte de la Comunidad Autónoma se encuentra un contrato administrativo de suministro que, si bien ha sido formalmente resuelto por la Administración en uso de las facultades de que se encuentra investida, materialmente no ha llegado a producir los efectos propios de dicha resolución ni ha sido objeto de liquidación. En este sentido, el artículo 276.1 LCSP dispone que la resolución del contrato dará lugar a la recíproca devolución de los bienes y del importe de los pagos realizados. Sin embargo, resuelto el contrato por Orden de 24 de febrero de 2009, lo cierto es que los muebles continuaron durante meses en los centros docentes, por lo que, aunque habían sido formalmente devueltos, con la obligación del contratista de hacerse cargo de ellos y retirarlos, una parte muy importante de los muebles (en torno al 90%) fueron usados por los centros, generando así el daño por el que se reclama.

Para el Consejo Jurídico, la *litis* versa estrictamente sobre las consecuencias y efectos económicos de la resolución del contrato o, en palabras de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, “*la realización del hecho dañoso acontece dentro de la rigurosa órbita de lo pactado*” (STS, 1ª, de 17 de junio de 1994 y 15 de junio de 1996). Ello, a su vez, determina la improcedencia de acudir al instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración para exigir la responsabilidad derivada de las relaciones contractuales que medien entre aquélla y el reclamante (en el mismo sentido, el Consejo de Estado en el Dictamen 1052/2003, entre otros, y TSJ País Vasco, Sala de lo Contencioso-Administrativo, núm. 215/2009, de 23 de marzo).

#### **SEGUNDA.- Indicaciones sobre la liquidación del contrato.**

Lo procedente, por tanto, es liquidar el contrato, pues “*la liquidación del contrato de suministro es una consecuencia que resulta en todo caso de su resolución*” (Dictamen del Consejo

de Estado 654/2004). Dicha liquidación del contrato previamente resuelto, por su parte, habrá de hacerse *“en su doble vertiente de liquidación de las obras ejecutadas y de liquidación de los daños y perjuicios indemnizables por el contratista, constituyendo un acto inescindible, como establece la STS de 14 de marzo de 1988, con lo que se evita que se produzca un enriquecimiento injusto para alguna de las partes”* (STS, 3ª, de 7 de febrero de 2000). Cabe añadir que, de esta forma, se realiza una compensación entre el saldo resultante de la liquidación y la indemnización que pudiera corresponder a la Administración contratante. En el mismo sentido, el Consejo de Estado en numerosos Dictámenes, entre otros en el 2509/2004.

Al proceder a la liquidación, ha de advertirse que la Administración no cumple estrictamente su obligación legal de devolver los bienes suministrados, cuando no lo hace en las mismas condiciones en que le fueron entregados. Y esas condiciones evidentemente se han alterado en relación a los muebles que ya han sido usados y que, según parece, ya lo habían sido antes incluso de comunicar a la contratista la resolución del contrato y su obligación de retirarlos, pues dicha utilización se produce en octubre de 2008, dada la necesidad que de ellos tenían los centros docentes en el inicio del curso. En este caso, si la Administración no puede devolver los bienes en las condiciones iniciales, atendido el principio de reparación íntegra, debe establecerse una compensación económica a favor del suministrador para conseguir así el necesario equilibrio de las prestaciones recíprocas, pues no sería admisible ni el enriquecimiento injusto del contratista que derivaría del abono de la indemnización solicitada (150.000 euros) más la devolución de los muebles, ni su injustificado empobrecimiento derivado de la alegada pérdida de valor comercial de aquéllos.

En cualquier caso, ha de tenerse en cuenta que dicha compensación no se logra con la mera indemnización del valor de uso temporal de los bienes, como si de un arrendamiento se tratara, como pretende la Administración, sino que habrá de evaluarse económicamente la pérdida de valor comercial o depreciación de los mismos derivada de ese uso, para lo que sería conveniente acudir a un informe pericial.

En consecuencia, no procede declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración, sino proceder a la efectiva devolución de los bienes suministrados en los términos expresados y a la liquidación del contrato, con determinación de los daños y perjuicios causados.

A tal efecto, cabe recordar que, como señala la Audiencia Nacional en sentencia de 21 de mayo de 2000, *“a la hora de efectuar las valoraciones consiguientes a la liquidación del contrato, el órgano de contratación parte del deber de conciliar la necesidad de valorar los daños y perjuicios*

*causados por el contratista con la natural prudencia que impone el requerimiento de objetividad en el resultado de la valoración económica, procediendo para ello a determinar los derechos y obligaciones que por las partes contratantes se encontraban pendientes de liquidación, así como los incumplimientos susceptibles de haber causado daños y perjuicios, además de las consecuencias económicas derivadas de la posición adoptada por el contratista respecto de las medidas adoptadas para la liquidación del contrato”.*

En la liquidación, pues, habrá de establecerse el montante económico de las obligaciones contractuales pendientes, entre ellas la valoración económica de la devaluación de los muebles resultante de su utilización, y el importe de los daños y perjuicios ocasionados a la Administración por la actuación del contratista, procediendo a compensar las cantidades correspondientes.

En la determinación de este último montante indemnizatorio, ha de tenerse en cuenta la preexistencia de la Orden de la Consejería consultante, de 24 de noviembre de 2009, por la que se acuerda exigir a la contratista la indemnización allí cuantificada, la cual no consta que haya sido recurrida por la mercantil afectada.

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

### **CONCLUSIONES**

**PRIMERA.-** Se dictamina desfavorablemente la propuesta de resolución estimatoria parcial de la reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración, pues esta institución no es adecuada para la determinación de las responsabilidades derivadas de relaciones contractuales como la que se encuentra en el origen de la reclamación.

**SEGUNDA.-** Procede que por el órgano de contratación se realicen inmediatamente todas las actuaciones tendentes a la liquidación del contrato, con fijación de la valoración económica de las obligaciones contractuales pendientes y del importe de los daños y perjuicios ocasionados a la Administración por la contratista, de conformidad con lo expresado en la Consideración Segunda de este Dictamen.

No obstante, V.E. resolverá.





**DICTAMEN 217/2010**

**Asunto** 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

**Fecha** 08/11/2010

**Extracto de Doctrina**

Nota: igual doctrina que la expresada en el Dictamen 127.



**DICTAMEN 218/2010**

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

**Consultante** Consejera de Sanidad y Consumo

**Fecha** 08/11/2010

**Extracto de Doctrina**

Si se tiene en cuenta que no existe antijuridicidad, por ajustarse las actuaciones médicas a la “lex artis”, y que, dados los antecedentes concurrentes, existe consentimiento informado de manera suficiente, es posible concluir que la paciente conocía los riesgos a que se sometía, “que fueron además aceptados por escrito, correspondiendo además al firmante la carga de probar que no es cierto que la información se haya dado o que ésta es insuficiente. Como hemos visto, es el paciente, o en su caso el familiar o allegado que lo asiste, quien puede y debe solicitar, si lo considera necesario, que se le dé una información más elocuente, y que, siempre con la inexcusable concisión y claridad que sea compatible con la necesaria precisión técnica, se haga constar esa información detallada y por escrito” (STSJ de Murcia nº 992/2008, de 21 de noviembre).

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** Con fecha 6 de septiembre de 2006, x. y sus hijos, x, y, z., presentan reclamación de responsabilidad patrimonial ante la Consejería de Sanidad, en solicitud de indemnización por los daños sufridos a consecuencia de la asistencia sanitaria que se le dispensó a la madre en el Hospital Fundación de Cieza.

Según el relato fáctico de los interesados, x. fue diagnosticada en 2003 de espondiloartrosis lumbar, espondilolistesis a nivel de las vértebras L4-L5, una hernia discal central entre L2-L3, y una lesión radicular a nivel S1 izquierda, de grado leve, en estadio agudo de evolución.

El 24 de febrero de 2004, después de realizar nuevas pruebas médicas y analíticas, es intervenida en el Hospital ciezano, realizándosele “*una laminotecnica (sic) y artrodesis lumbar, L3-S1*”. Días después de la intervención comienza a tener fuertes dolores lumbares que se irradian hacia el pie derecho.

La electromiografía realizada el 23 de marzo desvela *“hallazgos congruentes con la existencia de lesión radicular L4 severa y L5 muy severa, derechas en estadio agudo de evolución. La disminución de la amplitud del potencial sensitivo evocado de n. perineal (sic) superficial derecho se atribuye a lesión ganglio raquídeo”*.

Consideran los reclamantes que la intervención quirúrgica le produjo un daño de las raíces nerviosas L4 y L5 y le lesionó el ganglio raquídeo, lo que provocó afectación radicular del pie derecho y dolores de localización lumbar y en miembros inferiores.

Con el transcurso del tiempo, su estado empeora, presentando en el momento de interponer la reclamación parálisis de la dorsiflexión del pie derecho, y precisando tratamiento en la Unidad del Dolor del Hospital Universitario “Virgen de la Arrixaca”, de Murcia, siendo tratada con derivados mórficos de administración subaracnoidea. También, por prescripción del Servicio de Geriátrica del Hospital Fundación de Cieza, recibió tratamiento de rehabilitación. A consecuencia de todo ese proceso, la paciente desencadenó una depresión reactiva.

X. ha quedado incapacitada para cualquier actividad autónoma y necesita asistencia de terceras personas para las tareas de la vida diaria, habiendo solicitado ayuda para prestación permanente de servicios personales al Ayuntamiento de Cieza.

Para los interesados, las lesiones que sufre la paciente derivan de la intervención quirúrgica realizada, que resultó un fracaso, y le provocó la lesión radicular de la L4-L5 y del ganglio raquídeo, lo que ha ocasionado la parálisis del miembro inferior derecho, así como dolores en zona lumbar y miembros inferiores, y una depresión reactiva a causa de todo el episodio.

Consideran que el daño sufrido por la paciente fue consecuencia de la negligente actuación del facultativo que la intervino. No obstante argumentan que, aunque se considerase que dichas lesiones eran un riesgo de la propia intervención, ni la paciente ni su familia fueron informados suficientemente de tales riesgos, de manera que hubieran podido decidir libremente someterse a ésta o seguir en la misma situación, habida cuenta de la edad de la paciente. No hubo, pues, consentimiento informado, ya que no se informó, ni a la enferma ni a sus familiares (ni siquiera de forma verbal), de los tratamientos alternativos, las posibilidades de éxito de la intervención o los riesgos que de ella pudieran derivarse. Además, la autorización que firmó la paciente para someterse a la intervención practicada no cumplía los requisitos mínimos que se exigen en la actualidad para prestar un consentimiento informado.

Por todo lo expuesto, se pretende la declaración del derecho de la paciente a ser indemnizada en 420.000 euros y el de los tres hijos a serlo en un importe global o conjunto de 100.000 euros.

Se propone como prueba la documental que se acompaña con la reclamación, consistente en diferentes informes sobre la asistencia dispensada, que se recabe el historial clínico de la paciente, obrante en la Fundación Hospital de Cieza, Hospital "Morales Meseguer" de Murcia y Unidad del Dolor del Hospital Universitario "Virgen de la Arrixaca".

Asimismo, se pide que la Inspección Médica se pronuncie mediante informe valorativo sobre la asistencia prestada.

Se acompaña la reclamación de un informe emitido por un traumatólogo que bajo el título "informe preliminar" analiza la actuación médica realizada sobre la paciente y concluye que *"parece que en la intervención (con planteamiento diagnóstico distinto en 2 informes emitidos), sangró algo más y quizás se produjo algún accidente sobre raíces nerviosas versus (sic) tras la rectificación y síntesis de la columna lumbar se produjo compresión de las raíces nerviosas L4 y L5 que no estaban lesionadas previamente"*.

**SEGUNDO.-** Admitida a trámite la reclamación por Resolución del Director Gerente del Servicio Murciano de Salud, se encarga su instrucción al Servicio Jurídico del Ente, que procede a comunicarla a su aseguradora, a la Dirección General de Asistencia Sanitaria, a la Dirección de los Servicios Jurídicos y a los Hospitales en los que se atendió a la paciente, a los que se solicita la remisión de la correspondiente historia clínica e informe de los profesionales que la asistieron.

**TERCERO.-** Desde el Hospital Fundación de Cieza se remite copia de la historia clínica de la reclamante, así como informe del facultativo que la asistió (folio 270 del expediente), que es del siguiente tenor literal:

*"1. La paciente fue remitida a la consulta de Cirugía de Columna con fecha 30 de junio de 2003, por presentar dolor lumbar que le impedía la deambulación y que irradiaba a EID. Con las pruebas en ese momento presentes se diagnostica de Espondilolistesis degenerativa L4-L5 y listesis lateral del mismo segmento (sirva como aclaración de una de las afirmaciones del escrito, que es obvio que un desplazamiento lateral de una vértebra genera una escoliosis, que como es degenerativa, coincide con el "otro" diagnóstico que aparece a lo largo de la historia y refiriéndose a la misma patología). En dicha consulta se le pauta tratamiento médico y se solicita RMN.*

*En una visita posterior (02/10/03) y a la vista de la estenosis de canal secundaria a dicha patología, se le plantea el tratamiento quirúrgico, que la paciente acepta. Referir que el consentimiento para dicha cirugía no sólo está firmado por la paciente, sino también por su acompañante. Es en el único de todos sus consentimientos (varios en este Hospital) que así sucede.*

*2- Con fecha 24 de febrero de 2004, la paciente se interviene quirúrgicamente, realizándosele descompresión + artrodesis lumbar. A los 7 (días) de la cirugía, la paciente se encuentra satisfactoriamente y es alta al domicilio, deambulando con normalidad. En la exploración en sala se objetiva: Lassegue negativo; paresia para la dorsiflexión del 1º dedo del pie dcho., que la paciente atribuye a la cirugía de OTV (osteotomía tibial valguizante) de años anteriores.*

*3- La paciente reingresa con fecha 12 de marzo de 2004 por dolor lumbar intenso e incapacidad para la marcha. Se procede a un estudio completa en el que se aprecia:*

*EMG: radiculopatía L4 severa y L5 muy severa dchas., en estadio agudo. La exploración neurológica (25/03/04 y 27/03/04), sin embargo, no revela otro déficit neurológico que la parálisis para la dorsiflexión del 1º dedo.*

*TAC: para valoración de la correcta instrumentación, como así queda de manifiesto.*

*RMN: Sin hallazgos.*

*Exploración: maniobra de Lassegue negativa en sucesivas ocasiones.*

*Con fecha 19 de abril de 2004, y después de hablar con la familia, se instaura tratamiento con placebo, observándose mejoría de la paciente. Finalmente es alta deambulando con fecha 26 de abril de 2004<sup>a</sup>.*

En el mismo informe y tras relatar que la paciente no acude a las revisiones pautadas tras el alta, hasta el 24 de mayo de 2005, en que ingresa y se le hospitaliza para rehabilitación con altas a domicilio los fines de semana, se contienen las siguientes manifestaciones en relación con la reclamación:

*“- La paciente presenta Sd depresivo a tratamiento desde por lo menos 1 año antes de acudir a la consulta de Cirugía de Columna (1ª anotación en 2002, y en todos los informes de antecedentes. Explícitamente resaltado y subrayado en pre-anestesia para la cirugía lumbar).*

*- Las radiculopatías agudas en el post-operatorio pueden ser reflejo de la manipulación y/o sangrado normal. No se acompañaron de otro déficit motor que la dorsiflexión del 1º dedo. La correcta función de la raíz L5 dcha la confirma la maniobra de Trendelenburg (dependiente de la misma raíz que la dorsiflexión del 1º dedo era normal siempre: 24/05/05: realiza monopodestación dcha).*

*Por ello concluimos:*

*1. Puede existir dolor lumbar (ya era impeditivo preoperatorio) en el post-operatorio, como consecuencia de un resultado no completo de la cirugía.*

*2. No se aprecian secuelas neurológicas derivadas de la cirugía. En cualquier caso, los resultados de la EMG se pueden considerar como secuelas no funcionales.*

*3. La patología psiquiátrica en la paciente es previa a la cirugía. Se puede atestiguar la existencia de la enfermedad depresiva en tratamiento.*

*4. Obviamente, los diagnósticos son científicamente coincidentes. La cirugía se considera correctamente indicada, explicada y aceptada por la paciente y la familia; y llevada a cabo de forma técnicamente correcta, como atestiguan las pruebas de imagen realizadas.*

*5. El trato con la familia ha sido siempre preferencial, no debiéndose deducir ningún daño moral, más que el normal de un familiar en la situación de x”.*

**CUARTO.-** Constan, asimismo, en el expediente, las historias clínicas de la paciente remitidas por los hospitales “Virgen de la Arrixaca” y “Morales Meseguer”, así como sendos informes de los facultativos que le prestaron asistencia.

**QUINTO.-** Solicitado informe al Servicio de Inspección de Prestaciones Sanitarias (Inspección Médica), se emite con las siguientes conclusiones:

“1. En el proceso estudiado, tanto el diagnóstico de la patología, la indicación de tratamiento quirúrgico, como la elección de la técnica quirúrgica utilizada, fueron acorde con lo recomendado en los protocolos especializados.

2. El daño reclamado por la paciente era previo a la intervención quirúrgica del 24 de febrero de 2004, si bien es aceptable que su situación se agravara en el postoperatorio, formando parte del 60% de pacientes con resultados insatisfactorios, como recogen las estadísticas, siendo dicha insatisfacción proporcional a la edad y a las patologías concomitantes.

3. Las complicaciones referidas son las descritas como habituales y esperables en la bibliografía consultada, y están contempladas en el Documento de Consentimiento informado suscrito por la paciente antes de la intervención.

4. Los síntomas coinciden con las manifestaciones de una probable fibrosis postquirúrgica secundaria al sangrado en el canal medular, que se produjo durante la cirugía, agravados por la idiosincrasia de la paciente, sin que puedan ni deban ser atribuidos a un defecto de técnica quirúrgica, impericia o mala praxis del cirujano.

5. La paciente no acudió a las consultas de revisión pautadas y no solicitó control médico durante el año posterior a la cirugía, sometiéndose durante este tiempo voluntariamente a tratamiento en un centro privado, sin agotar los recursos disponibles en el SMS.

6. El 25 de mayo de 2005 la paciente acudió a la Consulta de Traumatología y cirugía Ortopédica de la Fundación Hospital de Cieza en silla de ruedas, donde de forma preferencial y a petición de la familia fue derivada al Servicio de Geriatría, que pautó tratamiento de fisioterapia e régimen de ingreso de lunes a viernes, con altas a domicilio el fin de semana, tratamiento éste que también fue interrumpido voluntariamente por la paciente en julio de 2005.

7. El Cuadro Depresivo que presenta la paciente data del año 2002. En todos los informes médicos previos a esta intervención, con especial relevancia en los informe pre-anestésicos se hace constar la existencia del tratamiento antidepresivo de la enferma”.

**SEXTO.-** Al haberse dispensado la asistencia en el Hospital Fundación de Cieza, por un facultativo de la plantilla de dicho centro sanitario que no mantenía relación de empleo con el SMS, se dio traslado de la reclamación a la compañía aseguradora del centro, al considerarla parte interesada en el procedimiento. La referida mercantil aporta dictamen médico pericial que afirma la

corrección del tratamiento pautado, tanto en su indicación para la patología que presentaba la paciente como en la técnica aplicada. Las complicaciones surgidas, se afirma, son perfectamente conocidas en este tipo de enfermos y no tienen relación con una mala técnica quirúrgica. Concluye el informe que la intervención a la paciente se realizó de forma correcta y que la actuación de los profesionales intervinientes fue conforme a "lex artis".

**SÉPTIMO.-** Conferido trámite de audiencia a los interesados, presentan alegaciones los reclamantes para reiterar las inicialmente formuladas e insistir en que ni la paciente ni sus familiares fueron informados de los riesgos de la intervención, singularmente del elevado porcentaje de fracasos, posibilidad de lesión radicular nueva o agravamiento de la existente y de fibrosis post-quirúrgica.

**OCTAVO.-** El 13 de mayo de 2010, el órgano instructor formula propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación, al considerar que no se dan en ella los elementos generadores de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, singularmente el nexo causal entre el funcionamiento de los servicios públicos sanitarios 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 20 de mayo de 2010.

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 los reclamantes, por ser quienes sufren en su persona los daños por los que reclama indemnización, tanto la paciente como sus hijos, dado que éstos reclaman en nombre propio por los daños morales que dicen haber padecido.

En cuanto a la legitimación pasiva, corresponde a la Administración regional, por dirigirse contra ella la pretensión indemnizatoria y vincularse el daño a uno de los servicios públicos de su competencia, sin apreciarse obstáculo para ello en el hecho de que la asistencia a la que aquél se imputa haya sido prestada en un Hospital y por un facultativo ajenos a la organización del Servicio Murciano de Salud, toda vez que, como viene sosteniendo este Consejo Jurídico (por todos, el Dictamen 116/2006), aunque la actuación sanitaria a la que se imputa el daño fue prestada en el Hospital de Cieza, cuya forma jurídica es fundacional, ello no es óbice para trasladar la responsabilidad a la entidad titular del servicio sanitario que en dicho centro se presta, el SMS, siendo la Fundación Hospital de Cieza una vía descentralizada de prestación del servicio asistencial público, asignado por la Ley 4/1994, de 26 de julio, de Salud de la Región de Murcia al referido Ente Público (artículos 23 y 24).

II. En cuanto a la temporaneidad de la acción de reclamación, a ejercer en el 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), han de efectuarse las siguientes consideraciones.

La única reclamación cuya fecha de presentación consta en el expediente es la de 6 de septiembre de 2006. En tal fecha, ya había transcurrido más de un año desde que las lesiones o secuelas imputadas a la actuación sanitaria se habían estabilizado, pues ya en marzo de 2004 se habían diagnosticado tanto la lesión radicular en segmento L4-L5 y la lesión del ganglio raquídeo como la parálisis de dorsiflexión de pie derecho. Del mismo modo, el síndrome depresivo era preexistente a la intervención, como también lo era el dolor, si bien, éste parece intensificarse tras la cirugía, lo que obliga a la paciente a acudir a la Unidad del Dolor del Hospital “Virgen de la Arrixaca” el 21 de septiembre de 2004, donde se le implanta una bomba intratecal el 8 de febrero de 2005. A partir de esta fecha ya no se aprecia evolución alguna del cuadro lesional, lo que permite considerarlo estabilizado, pues el ingreso de la paciente en Geriátrica en mayo de 2005 se debe a las mismas lesiones ya descritas y a la existencia de barreras arquitectónicas en su domicilio e imposibilidad del sistema público de salud para asumir el tratamiento rehabilitador a domicilio. En consecuencia, la reclamación presentada el 6 de septiembre de 2006 sería

extemporánea, pues el *dies a quo* del cómputo del plazo prescriptivo lo sitúa la Ley (art. 142.5 LPAC) en el momento de determinación del alcance de las secuelas.

Ahora bien, no puede dejar de advertirse que un año antes, el 7 de septiembre de 2005, la interesada ya formula reclamación ante el propio Hospital (folio 22 del expediente), como acredita el sello de la Fundación hospitalaria estampado en el aludido documento. Lo que no consta en el expediente es el momento en que dicha reclamación es presentada ante el centro sanitario, pues carece de fecha de registro, y tampoco fue remitida al SMS por el centro para su tramitación.

Ello no obstante, considera el Consejo Jurídico que ha de atribuirse al indicado escrito efecto interruptivo de la prescripción del derecho a reclamar en base a las siguientes consideraciones:

a) El Hospital ante el que se presenta la reclamación, si bien no es Administración Pública, sí que actúa en la gestión y prestación del servicio como agente instrumental de aquélla, verdadera titular del servicio sanitario. Por ello, aunque SMS y Fundación Hospital de Cieza gocen de personalidades jurídicas diferentes e independientes entre sí, a los ojos del paciente destinatario del servicio se confunden, de modo que, al reclamar ante el Hospital que prestó la asistencia es dable entender que los interesados consideren que están reclamando ante el ente verdaderamente responsable.

b) En el caso de la responsabilidad patrimonial de la Administración, como ha reconocido la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la doctrina del Consejo de Estado, el plazo para instarla tiene como principio inspirador la utilización del criterio *pro actione*, al amparo de lo dispuesto en el artículo 24.1 de la Constitución Española, que supera una interpretación formalista, como ha destacado la STS, Sala 3ª, de 25 de febrero de 1998. Receptora de este principio es la interpretación flexible, antiformalista y favorable al perjudicado que viene realizando el Consejo de Estado en el cómputo del plazo para el ejercicio de la acción (por todos, Dictamen 795/2008). En el mismo sentido este Consejo Jurídico (Dictamen 21/2008), cuando señala que de la aplicación de los indicados criterios resulta obligado ser flexible en cuanto al rigor en la estimación de los defectos procesales o formales y evitar que se produzcan situaciones de desamparo.

c) En cuanto al momento en que el escrito fue presentado por la paciente y que, al parecer, no fue objeto de contestación expresa por el Hospital, ha de advertirse que, apenas una semana después de la fecha consignada en el indicado escrito, el 14 de septiembre de 2005, se emite por el Servicio de Traumatología y Cirugía Ortopédica del Hospital el informe (folio 24 del expediente)

solicitado en el primer suplico de la reclamación y que, al parecer, se había venido reiteradamente pidiendo por la interesada desde seis meses antes, por lo que existe un indicio de que el escrito de reclamación se presentó antes de esta fecha y, en consecuencia, dentro del plazo de prescripción.

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:

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

- 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.

- Ausencia de fuerza mayor.

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

Para los reclamantes, los daños físicos y psíquicos padecidos por la paciente y, como consecuencia de ellos, el moral de sus hijos, tienen como causa la negligencia del cirujano que llevó a cabo la intervención quirúrgica a que fue sometida x. el 24 de febrero de 2004, determinante

del fracaso de la operación y de las lesiones que de ella derivaron y que se identifican como neurológicas (lesión radicular a nivel L4-L5 y lesión de ganglio raquídeo, que provoca dolor incapacitante y parálisis de miembro inferior derecho) y psicológicas (síndrome depresivo reactivo a dicha situación). Del mismo modo, se afirma que no se obtuvo el consentimiento informado para la intervención.

Por razones sistemáticas se deja el análisis de esta última alegación para una Consideración posterior, centrando ahora nuestra atención en la imputación de negligencia del cirujano.

Y al respecto ha de ponerse de manifiesto que de conformidad con los informes médicos obrantes en el expediente, no puede considerarse acreditado que las secuelas por las que se reclama tengan todas ellas su origen en la intervención ni, menos aún, que se deban a una actuación contraria a la *lex artis* del facultativo que atendió a la paciente.

En efecto, aunque es evidente que la operación de laminectomía y artrodesis realizada el 24 de febrero de 2004 no consiguió el resultado curativo pretendido, quedando la paciente con diversas lesiones neurológicas, no se ha demostrado que éstas se deban a mala praxis. Y es que el informe médico aportado por la reclamante al procedimiento se limita a efectuar una descripción de la actuación médica y la situación lesional resultante, sin juicio crítico alguno acerca del desempeño de los médicos que llevaron a cabo las intervenciones, por lo que resulta irrelevante en orden a establecer una posible antijuridicidad del resultado dañoso, extremo éste que queda absolutamente huérfano de prueba.

En cualquier caso, ya se ha dicho que, aun situando el origen de las lesiones en la indicada intervención, no puede entenderse que ésta fuera una actuación contraria a normopraxis por no estar indicada o porque se desarrollara al margen de los dictados de la ciencia médica, pues nada se ha probado al respecto; antes al contrario, son coincidentes la Inspección Médica y el perito de la aseguradora de la Fundación Hospital de Cieza en afirmar la buena praxis del facultativo interviniente y cómo las complicaciones que se desarrollaron en el postoperatorio no pueden ser atribuidas a mala praxis.

En este sentido, coinciden los citados en que los estudios diagnósticos realizados a la paciente con anterioridad a la intervención demostraban lesiones severas y afectación importante de raíces como consecuencia de una enfermedad degenerativa lumbar con espondilolistesis, polidiscopatía degenerativa, hernias discales, artrosis y escoliosis. El tratamiento quirúrgico de

descompresión, reducción y artrodesis instrumentada es adecuado a este tipo de patología. Las complicaciones que aparecen en el postoperatorio son expresivas de compresión radicular compatible con fibrosis postquirúrgica, es decir, una cicatrización excesiva en la que se forma más tejido fibroso del necesario que, si comprime un nervio, causa grandes dolores y, si comprime una fibra nerviosa motora, puede llegar a provocar pérdida de fuerza.

Esta fibrosis fue facilitada por el sangrado en el canal medular que se produjo durante la intervención y por la idiosincrasia de la propia paciente, sin que pueda ser atribuida a un defecto de técnica quirúrgica, impericia o mala praxis del cirujano.

Por otra parte, el cuadro depresivo que presenta la paciente es previo a la intervención, como consta en diversos informes médicos obrantes en la historia clínica, siendo especialmente relevantes los pre-anestésicos, en los que se hace constar el tratamiento antidepresivo que sigue la enferma.

En consecuencia, no puede considerarse acreditado que existiera una actuación médica contraria a normopraxis, pues la cirugía estaba indicada ante la patología que presentaba la paciente, y no se ha evidenciado que en su desarrollo el cirujano incurriera en impericia ni desarrollara una mala técnica quirúrgica. Las secuelas que presenta la paciente, incluido su agravamiento posterior a la intervención, se deben a complicaciones postquirúrgicas conocidas y descritas en la literatura médica y en el documento de consentimiento informado contenido en el expediente.

De hecho, en el trámite de audiencia, los reclamantes no insisten en la existencia de una negligencia médica o una infracción en sentido material de la "lex artis" y centran sus alegaciones en la inexistencia de un consentimiento informado previo a la intervención.

**QUINTA.- Sobre la mala praxis médica en sentido formal, o relativa a deficiencias en el consentimiento informado. Consideraciones generales.**

Sobre esta cuestión resulta necesario recordar lo expresado por este Consejo Jurídico en Dictámenes anteriores en los que ya ha sido analizada, y acudir a la jurisprudencia más recientemente recaída.

I. Así, partiendo del hecho de que, según reiterada jurisprudencia, el incumplimiento por los servicios médicos de su obligación legal de recabar del paciente el consentimiento informado, y por

escrito, para realizar determinadas actuaciones sanitarias constituye un supuesto de mala praxis médica, en el Dictamen 191/06 dijimos que *“la ausencia del documento o la insuficiencia de su contenido no determinan automáticamente la antijuridicidad del daño, si es factible acreditar por otros medios que se dio la necesaria información al paciente. En tales casos, el medio probatorio por excelencia será la historia clínica. Entendida ésta en los términos del artículo 3 de la Ley 41/2002, constituye el conjunto de documentos que contienen los datos, valoraciones e informaciones de cualquier índole sobre la situación y la evolución clínica de un paciente a lo largo del proceso asistencial, acreditando, por tanto, su contenido el desarrollo de la relación dialogística entre médico y enfermo, de forma que si de ella se deduce un contacto constante, fluido, desprendiéndose que se ha transmitido la información, podrá concluirse que se han cumplido los deberes que incumben al responsable médico del proceso.*

*Si ni tan siquiera en la historia clínica se contienen datos suficientes de los que se desprenda de forma inequívoca que se ha informado al paciente a lo largo de todo el proceso, cabrá incluso admitir otros medios de prueba, tales como la testifical o, incluso, las presunciones.”*

La validez probatoria de las circunstancias concurrentes en el caso como elementos indiciarios de la existencia del preceptivo y válido consentimiento informado, aun sin constar el documento *“ad hoc”*, es ratificada por la reciente STS, Sala 3ª, de 25 de junio de 2010. Ahora bien, aunque la jurisprudencia no excluya la validez de cualquier información que no se presente por escrito, en tal caso es a la Administración a la que incumbe la carga de la prueba de la información transmitida (Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3ª, de 4 de abril de 2000).

II. Por lo que se refiere al contenido de la información que debe suministrarse al paciente (bien en el documento *“ad hoc”*, bien acreditado de otro modo, según se ha dicho), señalamos en el Dictamen 191/06 que no todos los riesgos o complicaciones posibles en una intervención deben ser objeto de esta información al paciente, *“pues la construcción jurisprudencial y doctrinal acerca de la información que debe conducir a la prestación del consentimiento previo a la acción asistencial, se ha hecho, en gran medida, por referencia a supuestos en los que el daño es el resultado de la materialización de un riesgo de los considerados inherentes a la intervención o previsibles, es decir, aquellos en que la información no alcanza a comunicar al paciente la existencia de un riesgo de los denominados típicos”*.

La STS, Sala 1ª, de 21 de diciembre de 1998 señala que *“como reconoce unánimemente la doctrina más caracterizada en la materia, la obligación de información al paciente, sobre todo cuando se trata de la medicina curativa, tiene ciertos límites y así se considera que quedan fuera*



*de esta obligación los llamados riesgos atípicos por imprevisibles o infrecuentes, frente a los riesgos típicos que son aquellos que pueden producirse con más frecuencia y que pueden darse en mayor medida, conforme a la experiencia y al estado actual de la ciencia”.*

Más recientemente, la STS, Sala 3ª, de 29 de junio de 2010, precisa, sin embargo, que *“una cosa es la incerteza o improbabilidad de un determinado riesgo y otra distinta su baja o reducida tasa de probabilidad aunque sí existan referencias no aisladas acerca de su producción o acaecimiento”*, concluyendo, en el caso allí analizado, que no se informó al paciente de *“una posible consecuencia lesiva grave aunque fuere de acaecimiento infrecuente pero no improbable”*, que llegó a producirse a pesar de que la actuación sanitaria se ajustase materialmente a la *“lex artis ad hoc”*. La STS, Sala 3ª, de 25 de marzo de 2010 se refiere a un caso de no información de un riesgo que, según se deduce del Informe de la Inspección Médica, ha de considerarse típico de la intervención realizada, aunque *“fuere considerado muy bajo”*, por lo que debió haberle sido informado al paciente.

En el supuesto sometido a consulta, los interesados afirman que no se les informó de los riesgos que la Inspección Médica y la aseguradora califican como típicos de la cirugía a que fue sometida la enferma, negando que dichos riesgos se encuentren entre los que el documento de consentimiento informado (folios 171 y 172 del expediente), firmado por la paciente y por su hija cinco meses antes de la intervención, enumera.

Sin embargo, el riesgo que se materializó y que dio lugar a las secuelas por las que se ahora se reclama sí cabe considerar que estaba recogido entre los enumerados en el indicado documento, como de forma expresa señala la Inspección Médica. Ya se indicó en la Consideración Cuarta de este Dictamen que las únicas lesiones neurológicas cuyo origen puede situarse en la intervención quirúrgica son las correspondientes a la compresión de fibras nerviosas derivadas de una fibrosis postquirúrgica, esto es, un exceso de tejido cicatricial, que cabría entender incluido en el riesgo denominado como *“cicatrización patológica”* en el documento de consentimiento informado.

En cualquier caso, aunque pudiera considerarse que el riesgo expresado en el documento fuera excesivamente genérico, lo cierto es que la historia clínica también contiene una referencia a la existencia de información a la enferma acerca de la intervención, pues consta una anotación correspondiente al 12 de febrero de 2004, dos semanas antes de la intervención, en la que se puede leer *“ante cir. raquis, informo exhaustivam.”* (folio 178 del expediente).

Así, no sólo consta en el documento dirigido a acreditar el consentimiento el riesgo que se materializó tras la intervención, sino que incluso la historia clínica muestra la existencia de una información exhaustiva acerca de la intervención. También el momento de cada una de estas actuaciones -la firma del documento de consentimiento cinco meses antes de la intervención, cuando la paciente es incluida en lista de espera quirúrgica, y luego, días antes de la operación-, muestra que existió un diálogo médico-paciente que permite presumir que se ofreció la suficiente información a la enferma para que pudiera decidir someterse a la intervención o no, conociendo previamente las eventuales consecuencias negativas de su decisión.

A esta conclusión contribuye, también, la propia manifestación efectuada por la paciente y su hija, cuando al firmar ambas el documento de consentimiento manifiestan expresamente que han sido informadas de forma satisfactoria.

En suma, si se tiene en cuenta que no existe antijuridicidad, por ajustarse las actuaciones médicas a la “lex artis”, y que, dados los antecedentes concurrentes, existe consentimiento informado de manera suficiente, es posible concluir que la paciente conocía los riesgos a que se sometía, *“que fueron además aceptados por escrito, correspondiendo además al firmante la carga de probar que no es cierto que la información se haya dado o que ésta es insuficiente. Como hemos visto, es el paciente, o en su caso el familiar o allegado que lo asiste, quien puede y debe solicitar, si lo considera necesario, que se le dé una información más elocuente, y que, siempre con la inexcusable concisión y claridad que sea compatible con la necesaria precisión técnica, se haga constar esa información detallada y por escrito”* (STSJ de Murcia nº 992/2008, de 21 de noviembre).

III. Sin perjuicio de que las anteriores consideraciones excluyen que se haya vulnerado el derecho de la paciente a decidir sobre su propia salud al no se informada suficientemente acerca de los riesgos a los que se exponía al aceptar la intervención, se estima conveniente efectuar una consideración acerca de la cuantía indemnizatoria pretendida.

Respecto de las consecuencias indemnizatorias derivadas de la infracción de obligaciones legales en materia de prestación del consentimiento informado, la sentencia de 29 de junio de 2010 señala que *“esta Sala viene admitiendo (por todas Sentencia 22 de octubre de 2009, con cita de otras anteriores, reiterada en la de 25 de marzo de 2009) que en determinadas circunstancias la antedicha infracción produce a quien la padece un daño moral reparable económicamente ante la privación de su capacidad para decidir. También reitera esta Sala que esa reparación, dada la subjetividad que acompaña siempre a ese daño moral, es de difícil valoración por el Tribunal, que*

*debe ponderar la cuantía a fijar de un modo estimativo, y atendiendo a las circunstancias concurrentes, entre otras, los días de hospitalización...”.*

La precisa referencia en estos casos a la producción de un daño moral, y no de otra clase, consistente en la privación de la capacidad de decidir del paciente, excluye de la indemnización el daño físico o psíquico derivado de la materialización del riesgo no informado, daño del que habría que considerar que sólo tiene una indirecta o mediata relación de causalidad con el anormal funcionamiento del servicio sanitario, sin que tal relación de causalidad deba calificarse de adecuada, en términos jurídicos, para justificar el resarcimiento de tales daños. Ahora bien, como se desprende de la citada sentencia y de otras, ello debe entenderse sin perjuicio de que en la determinación de la indemnización por el daño moral deban tenerse en cuenta datos relativos a los padecimientos del interesado, como los días de hospitalización, que se contemplan en la antedicha sentencia. Por otra parte, de las sentencias reseñadas se desprende que también se pondera la entidad del riesgo materializado (en la sentencia transcrita se hace referencia a una posible consecuencia lesiva “grave” para la salud del paciente). Las SSTSJ, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de Castilla y León – Valladolid-, de 18 de junio, y de Madrid, de 23 de marzo, ambas de 2010, consideran el daño moral como el único concepto indemnizable, y excluyen expresamente de la indemnización la concreta valoración de las secuelas producidas tras la intervención, si bien en la evaluación del daño moral la primera de ellas tiene en cuenta que las secuelas fueron temporales.

Por último, y en esta línea, nuestro Dictamen 2/08 ya avanzó que *“una hipotética indemnización con base en la ausencia de información completa, tendría que consistir en la fijación de una cantidad a tanto alzado que debería fijarse ponderadamente y de forma adecuada al caso, atendiendo al alcance de las secuelas, pero, en ningún caso, aplicando automáticamente el sistema de valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación, que parte de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de ordenación y supervisión de seguros privados, y recogido hoy en el Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor”.*

En aplicación de esta doctrina al supuesto sometido a consulta, la cuantía solicitada en concepto de indemnización, en la medida en que se refiere a la valoración de todos los daños físicos, psíquicos y morales padecidos por los reclamantes sería claramente excesiva, pues el único perjuicio resarcible sería la privación del derecho de la paciente, y sólo de ella, a decidir sobre su propia salud.

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, que no aprecia la concurrencia de los elementos o requisitos necesarios para el nacimiento de la responsabilidad patrimonial, singularmente el nexo causal entre el funcionamiento del servicio público sanitario y el daño alegado, ni la antijuridicidad de éste.

No obstante, V.E. resolverá.



## DICTAMEN 219/2010

**Asunto** Anteproyecto de Ley de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia para el ejercicio 2011.

**Consultante** Consejera de Economía y Hacienda

**Fecha** 10/11/2010

### Extracto de Doctrina

Este Consejo no puede dejar de advertir que la limitación al presupuesto para alterar la regulación de los tributos tiene profundas raíces en nuestra doctrina.

### ANTECEDENTES

**PRIMERO.-** Por Orden de la Consejera de Economía y Hacienda de 19 de mayo de 2010 (BORM nº 127, de 4 de junio) se dictaron normas para la elaboración de los Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma para el ejercicio 2011. En su cumplimiento, la Directora General de Presupuestos y Finanzas ofició a las distintas Consejerías para que comunicasen la información de su competencia que debiera figurar en el texto articulado del Anteproyecto y formularasen, de considerarlo oportuno, propuestas de nuevos textos a incluir, figurando los escritos remitidos por: el Director General de Tributos (3 y 4-11-2010); el Director General de Empleo Público (11-10-2010); la Consejería de Sanidad (2-7-2010); la Consejería de Agricultura y Agua (30-7 y 30-10-2010); la Consejería de Universidades, Empresa e Investigación (20-7 y 18-10-2010); la Consejería de Política Social, Mujer e Inmigración (varios escritos a lo largo de junio y julio de 2010); la Consejería de Presidencia y Administraciones Públicas (27-9-2010); la Consejería de Educación, Formación y Empleo (2-7-2010); la Consejería de Cultura y Turismo (2-7-2010); la Imprenta Regional (1-7-2010); y la Agencia Regional de Recaudación (4-10-2010). 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 2011.

**SEGUNDO.-** En la instrucción del procedimiento constan las siguientes actuaciones:

a) Memoria de la Dirección General de Presupuestos y Finanzas, descriptiva de las modificaciones a introducir en el Anteproyecto respecto al contenido del texto vigente en el ejercicio 2010 (26-10-2010). Para justificar que los presupuestos proyectados cumplen el objetivo de

estabilidad presupuestaria, acompaña una copia de los acuerdos del Consejo de Ministros de 16 de junio de 2010 y del Consejo de Política Fiscal y Financiera de 27 de julio de 2010.

b) Informe de impacto por razón de género (26-10-2010), que analiza las políticas de gasto dirigidas de un modo específico a la promoción y atención de las necesidades de las mujeres.

c) Informe de Vicesecretaría (26-10-2010).

**TERCERO.-** La Comisión de Secretarios Generales examinó el texto el 27 de octubre de 2010, informándolo favorablemente con carácter previo a su elevación al Consejo de Gobierno. En esa misma fecha éste, a propuesta de la Consejera de Economía y Hacienda, acordó que se recabase el Dictamen preceptivo del Consejo Jurídico, lo que se hizo mediante escrito que tuvo entrada en el registro de esta institución el 9 de noviembre de 2010.

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, ya que, aunque se haya rebasado el plazo estatutario para su remisión a la Asamblea Regional (art. 46.2 EA), es evidente que el adecuado funcionamiento de los órganos institucionales de la Región reclama que el Anteproyecto ingrese en dicha Asamblea lo antes posible, aunque, como en otras ocasiones se ha señalado, la función consultiva que tiene encomendada el Consejo Jurídico requiere un grado inferior de la premura con la que habitualmente se formula esta clase de consulta.

#### **SEGUNDA.-** Sobre el contenido del Anteproyecto.

I. El Anteproyecto presenta la estructura habitual, componiéndose de 56 artículos divididos en 6 Títulos, 17 disposiciones adicionales y 2 finales. A diferencia de otros años, se ha incluido un Título completo, el sexto, con medidas tributarias (arts. 53 a 56), entre las que destaca el ejercicio de las competencias normativas sobre el Impuesto sobre las Ventas Minoristas de determinados hidrocarburos (art. 55).

II. Partiendo de una ya consolidada doctrina del Tribunal Constitucional (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, entre otras):

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 indispensable 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.

También ha señalado el TC que, aunque de la literalidad del artículo 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 las STC 7/2010, de 27 de abril, expone que existe una sustancial identidad entre las normas del bloque de la constitucionalidad aplicables a la institución presupuestaria de las Comunidades Autónomas y lo dispuesto respecto de los Presupuestos Generales del Estado en el artículo 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”*.

No es tan clara la conclusión respecto a la aplicabilidad a las leyes de presupuestos autonómicas del apartado 7 de este artículo 134 CE, que prohíbe a la Ley de Presupuestos Generales del Estado crear tributos o modificarlos, salvo que una ley sustantiva así lo permita. Aunque la mayor parte de la doctrina cree que sí, el Tribunal Constitucional, utilizando la interpretación literal, ha señalado que no cabe la analogía (SS. 116/1994 y 149/1994). Habría de razonarse conforme a ello que, como el Estatuto de Autonomía para la Región de Murcia no contiene una limitación expresa de similar naturaleza a la establecida en el artículo 134.7 CE, y ésta tampoco figura entre los preceptos de la Ley Orgánica 8/1980, de 22 de septiembre, de financiación de las Comunidades Autónomas (LOFCA), se puede descartar, en principio, que los artículos 53 a 56 del Proyecto vulneren el artículo 134.7 CE. Además, hay que resaltar que el Decreto-Legislativo 1/2004, de 9 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de



Tasas y Precios, habilita expresamente (disposición adicional segunda) a la ley de presupuestos autonómica para modificar la regulación de las tasas, lo que da plena validez al artículo 56.

Ahora bien, este Consejo no puede dejar de advertir que la limitación al presupuesto para alterar la regulación de los tributos tiene profundas raíces en nuestra doctrina, según la cual la interpretación literal, la sistemática y la histórica conducen a una conclusión distinta a la sostenida por el Alto Tribunal. También se debe advertir que el voto particular de la STC 116/1994 (suscrito por 3 magistrados), al disentir del parecer de la mayoría, señala expresamente que con la norma del párrafo 7 del artículo 134 se trata de evitar la utilización de la Ley de Presupuestos para llevar a cabo alteraciones de tributos no previstas en leyes sustantivas, porque “las notas singulares de la Ley presupuestaria ha de reconocerse que también vienen impuestas por el hecho de que su debate está de alguna manera restringido por las disposiciones reglamentarias de las Cámaras que regulan su procedimiento”, pues “el requisito de conformidad del Gobierno para toda proposición o enmienda que suponga aumento de gastos o disminución de ingresos que afecta a cualquier Ley envuelve en este caso la restricción constitucional del debate y son estas limitaciones las que determinaron que la propia Constitución redujera el papel de la Ley de Presupuestos como vehículo de reformas tributarias” (STC 27/1981, fundamento jurídico 2.). “La inclusión injustificada de materias no relacionadas con la disciplina presupuestaria supone una restricción ilegítima de las competencias del poder legislativo, al disminuir sus facultades de examen y enmienda sin base constitucional” (STC 65/1987, fundamentos jurídicos 4 y 5) pues la buena ordenación de la Hacienda Pública exige que no se utilicen los Presupuestos para introducir modificaciones que corresponden a las Leyes tributarias sustantivas (STC 27/1981, fundamento jurídico 2.).

A la vista de todo ello se debe concluir que, aunque las modificaciones tributarias proyectadas no encuentran obstáculo actual en la interpretación que del artículo 134.7 CE realiza el Tribunal Constitucional, sí es cierto que la ley de presupuestos autonómica no es el vehículo formal adecuado para ejercer las competencias normativas de la Región en materia tributaria, especialmente respecto a los tributos cedidos por el Estado.

III. Examinado el Anteproyecto puede afirmarse que, en lo demás y en términos generales, el conjunto de su contenido se encuentra dentro de los límites constitucionales que le son propios, sin perjuicio de las observaciones que se recogen en la Consideración Cuarta.

IV. También influyen en el contenido del Anteproyecto las limitaciones derivadas de las competencias estatales sobre las materias del Presupuesto, por lo que 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 el texto refundido de la Ley General de Estabilidad Presupuestaria (Real Decreto Legislativo 2/2007, de 28 de diciembre), y la Ley Orgánica 5/2001, de 13 de diciembre, complementaria de la anterior. El primer dato del Presupuesto, a los efectos del cumplimiento del principio de estabilidad, es la constatación de que a través del mismo se proporciona una situación financiera de equilibrio o de superávit, aspecto que se justifica en el expediente a través de la documentación reseñada en el Antecedente Segundo, a).

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 TC. El Anteproyecto sigue lo que se califica como normativa básica en el Proyecto de Ley de Presupuestos Generales del Estado.

3º) Los límites que el artículo 14 de la Ley Orgánica de Financiación de las Comunidades Autónomas impone a éstas en materia de endeudamiento, aspecto sobre el que no consta dato directo en el expediente.

### **TERCERA.- Sobre el procedimiento.**

En cuanto al procedimiento seguido, aunque se han instruido los trámites procedimentales básicos establecidos por la Ley 6/2004, de 28 de diciembre, del Estatuto del Presidente y del Consejo de Gobierno 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 22/2010, de 16 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 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. Tampoco hay constancia de que se haya cumplido lo estipulado por el artículo 65.3, d), de la Ley 22/2009, de 18 de diciembre, del sistema de financiación de las Comunidades Autónomas de régimen común, careciendo de información sobre la posible concurrencia de algunas de las excepciones a la obligación allí recogida.

Carece el expediente, también, de la memoria justificativa de las normas tributarias, tanto en el aspecto jurídico como en el económico y en cuanto a su oportunidad; igualmente, se omite memoria justificativa sobre las variaciones relativas al módulo económico de distribución de fondos públicos para el sostenimiento de centros concertados (art. 47).

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.

Finalmente, la exposición de motivos es imprescindible para remitir el Proyecto a la Asamblea Regional (art.119 del Reglamento de la Asamblea Regional).

#### **CUARTA.- Sobre el articulado.**

El Consejo Jurídico ha de resaltar, en particular, las siguientes consideraciones:

1) Artículo 35. Contratación de personal laboral con cargo a los créditos de inversiones. El Consejo Jurídico ha indicado en diversos Dictámenes (62/2000, 167/2003, 131/2004, 145/2005, 161/2006) 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 47. 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-empedor, suscribiendo acuerdos tripartitos con las organizaciones patronales y sindicales comprometiéndose a la mejora retributiva del profesorado de los centros concertados.

También debe recordarse aquí -como se hiciera en el Dictamen 114/2010- que ese mismo artículo 117 de la citada Ley Orgánica 2/2006, dispone en el apartado 4 que *“las cantidades correspondientes a los salarios del personal docente (de los centros concertados), posibilitarán la equiparación gradual de su remuneración con la del profesorado público de las respectivas etapas”*. A su vez, la Disposición adicional vigesimoséptima de dicha Ley Orgánica, relativa a la revisión de los módulos de concertos, establece que, durante el periodo de aplicación de la Ley, todas las partidas de tales módulos se revisarán anualmente en un porcentaje equivalente al de las retribuciones de los funcionarios públicos dependientes de las Administraciones del Estado, mandatos ambos que debe cumplir la Comunidad Autónoma.

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**.- Se ha justificado que el Anteproyecto cumple con los objetivos derivados de la legislación de estabilidad presupuestaria.

**TERCERA**.- 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 220/2010**

**Asunto** -Antecedentes en el Expediente 56/99 con Dictamen 69/99.  
-Resolución de contrato formalizado con la mercantil - - , S.L., por las obras de construcción de 26 Viviendas de Promoción Pública en la pedanía de Torreagüera (Murcia).

**Consultante** Consejero de Obras Públicas y Ordenación del Territorio

**Fecha** 15/11/2010

**Extracto de Doctrina**

En una concepción estricta de la institución de la cosa juzgada material positiva, lo único vedado a un segundo proceso o procedimiento administrativo sería que en su resolución se contradijera la respuesta dada por la sentencia a las pretensiones enjuiciadas por ésta.

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** Según expresa la Memoria justificativa de la modificación del proyecto de las obras objeto del contrato de referencia, elaborada el 20 de noviembre de 1996 por el Director Técnico o facultativo (DT) de las obras (doc. nº 18 de los remitidos a este Consejo a virtud de su Acuerdo 6/10, de 27 de julio, de posterior cita), en desarrollo del Plan de Promoción Pública de Viviendas del Ayuntamiento de Murcia, en fecha sin determinar dicha Corporación suscribió un convenio con la Administración regional para colaborar en la promoción y ejecución de 26 viviendas y garajes de promoción pública en Torreagüera. Aunque en el expediente remitido no obra dicho convenio, de los antecedentes se deduce que la Administración regional habría de ser el órgano de contratación de tales obras, previa cesión de los terrenos por el Ayuntamiento, designándose como director de aquéllas a un técnico municipal. Sin perjuicio de las competencias del órgano de contratación, de los antecedentes remitidos se deduce que el Ayuntamiento, por medio de dicho DT, colaboraría también en los eventuales proyectos modificados que fuese necesario aprobar sobre esas obras (así, el inicialmente aludido, de posterior comentario).

**SEGUNDO.-** Previa la tramitación del correspondiente procedimiento, el 18 de julio de 1995 se formaliza contrato administrativo de ejecución de las referidas obras entre la Consejería de Política Territorial y Obras Públicas y la empresa “-“, S.L.”, con arreglo al proyecto aprobado por ésta, por un importe de 110.500.000 pesetas y un plazo de ejecución de 18 meses a contar desde la firma del acta (favorable) de comprobación del replanteo.

**TERCERO.-** El 31 de julio de 1995 se firma acta de comprobación del replanteo, desfavorable, entre otras razones, por existir en la parcela de las obras *“una línea eléctrica que había que retirar”*. El 7 de noviembre de 1995 se firma acta favorable de comprobación del replanteo, suscrita por las partes y el DT de las obras.

**CUARTO.-** Mediante escrito de 22 de febrero de 1996, la empresa comunica al DT y al órgano de contratación que, según informe técnico que aporta, se han detectado errores en el proyecto relativos al cálculo de las estructuras, procediendo a recalcular las mismas, advirtiendo de la necesidad de modificar por ello el proyecto, y paralizando las obras. En otros escritos comunica también que siguen existiendo en la parcela líneas eléctricas que hay que retirar.

**QUINTO.-** Mediante escrito de 29 de marzo de 1996, los servicios técnicos del órgano de contratación comunican a la empresa que, según informe del DT del 25 anterior, éste ratifica la estructura tal y como se recoge en el proyecto aprobado, pero que, de admitirse el recálculo efectuado por la empresa, ello no requeriría la modificación de aquél, dado que el eventual incremento del precio (322.440 pts.) podría recogerse en la liquidación de la obra, debiendo atenderse a las instrucciones de dicho DT en lo relativo a la ejecución de la estructura. El aludido informe del DT no se ha remitido a este Consejo, pero la empresa señala en sus escritos, sin contradicción por el órgano de contratación, que, en el mismo, el referido facultativo se contradecía, por cuanto aludía a una concreta forma de proceder en las obras, expresando en otro lugar del escrito lo siguiente: *“en tanto se decidía qué estructura poner en la obra”*.

**SEXTO.-** El 3 de abril de 1996 la empresa presenta al órgano de contratación un escrito de alegaciones expresando que el 31 de marzo anterior el DT le había entregado 25 planos, fechados en enero de 1996, comprensivos de unas modificaciones en la estructura que, a su juicio, requerían de la tramitación de un formal procedimiento de modificación del proyecto, proponiendo unos precios contradictorios sobre unidades de obra correspondientes a dicha modificación, aceptando someterse a un arbitraje al respecto. Parte de dichos planos obran en el expediente como doc. nº 19, remitidos a este Consejo a virtud de su Acuerdo antes citado.

**SÉPTIMO.-** Consta en el expediente un informe de 13 de mayo de 1996, del DT, en el que se hace referencia a una reunión celebrada en la Consejería el 11 de abril anterior entre las partes, él mismo y otros asistentes para intentar resolver las discrepancias surgidas, indicando que se llegaron a diversos acuerdos al respecto:

-Retirada por parte de electricistas de la empresa, con cargo al Ayuntamiento, de las líneas eléctricas que atraviesan los solares.

-Comprobación definitiva de la estructura por parte del DT, con valoración y establecimiento, en su caso, de las posibles diferencias existentes y precios contradictorios.

- Concreción y determinación de cuatro precios contradictorios por nuevas unidades de obra surgidas en la cimentación.

Por lo que se refiere al segundo de los puntos, el DT expresa en este informe que se ha procedido a *“un definitivo reajuste de la estructura”*, fijando nuevos precios descompuestos para las unidades de obra previstas en el proyecto y para una unidad de obra distinta (forjado sanitario). El informe concluye estimando conveniente la redacción y aprobación de un proyecto modificado, con el fin de incluir el incremento de precio del contrato resultante de los indicados acuerdos (8.582.686 pts.).

**OCTAVO.-** El 5 de junio de 1996, los servicios técnicos del órgano de contratación, con el visto bueno del DT, emiten un informe que finaliza así:

### **“3. CONCLUSIONES Y ACUERDOS.**

1) *Comunicar a la empresa --, S.L., adjudataria de las obras de referencia, que se está procediendo a la retirada de las líneas que impiden la continuación de las obras. Una vez finalizados los trabajos de retirada se les comunicará oportunamente al efecto de que puedan continuar con la ejecución de las obras.*

2) *En consonancia con lo manifestado en este escrito, no consideramos necesaria la contratación de un proyecto reformado, pudiendo ser continuadas las obras con los planos que aportará la Dirección Técnica. Los precios que regirán serán los establecidos en el proyecto, aplicándoseles la medición real con los criterios de la Dirección de Obra.*

3) *El importe del contrato menor correspondiente a la ejecución del forjado sanitario puede ya ser negociado entre la Dirección Técnica y la Empresa, con objeto de proceder a su contratación, si hubiera acuerdo. En igual medida se podrá actuar más adelante cuando sea necesaria la terminación del trasdós del muro de la calle.*

4) *Una vez reiniciadas las obras, conocido el tiempo perdido por la retirada de las líneas eléctricas, así como por la reconsideración de la estructura inicial por parte del Director de Obra, la empresa constructora podrá solicitar una prórroga en el plazo de ejecución equivalente al tiempo realmente perdido. Esta solicitud deberá acompañarse de una propuesta de nuevo programa de trabajo”.*

Dicho escrito fue notificado a la contratista, otorgándosele un plazo de 15 días para la formulación de alegaciones.

**NOVENO.-** Mediante informe de 17 de junio de 1996, el DT comunica al órgano de contratación que ya se han retirado las líneas eléctricas en cuestión, por lo que no son impedimento para la continuación de las obras. Ello es ratificado por informe del 21 siguiente de un técnico de la Consejería.

**DÉCIMO.-** El 27 de junio de 1996 la contratista presenta escrito en el que se muestra de acuerdo en reanudar las obras en cuanto se retiren las líneas eléctricas, ejecutándolas conforme al proyecto adjudicado, salvo en lo relativo a la estructura, que se hará conforme a los planos que vaya entregando el DT; además, solicita la ampliación del plazo contractual y una indemnización por los daños y perjuicios sufridos durante la paralización de las obras. En escrito del 29 de julio de ese año comunica que el anterior 22 se reanudaron las obras.

**UNDÉCIMO.-** Mediante escrito de 6 de septiembre de 1996, la empresa solicita una prórroga de cuatro meses debido a las incidencias surgidas. En escrito del 9 siguiente, el DT aprueba el nuevo plan de trabajo presentado por aquélla, e informa favorablemente la referida prórroga, indicando que, conforme a la misma, la nueva fecha final será el 7 de septiembre de 1997.

**DUODÉCIMO.-** El 23 de septiembre de 1996 la empresa presenta reclamación de daños y perjuicios debidos a la suspensión temporal de las obras, motivada por las incidencias antes reseñadas, por un importe de 3.365.531 pts.

**DECIMOTERCERO.-** El 1 de octubre de 1996 los servicios técnicos del órgano de contratación informan favorablemente la prórroga solicitada, indicando que el retraso padecido no es imputable al contratista, y proponen el reajuste de las anualidades presupuestarias del contrato.



**DECIMOCUARTO.-** Mediante escrito presentado el 17 de octubre de 1996, la empresa comunica al órgano de contratación que el 1 anterior el DT le ordenó la paralización hasta nueva orden de las obras en el forjado de la zona A-1, porque éste tenía que ser recalculado, cuando el forjado ya estaba comprado y listo para su instalación a pie de obra. Indica que no tiene nuevas noticias al respecto y que dicha paralización está alterando el ritmo de las obras y obstaculizando el cumplimiento de los nuevos plazos según el nuevo plan de trabajo aprobado en su día. El 30 siguiente reitera dicho escrito, y añade que no se ha desviado el tendido eléctrico que cruza el solar de 7 de las viviendas proyectadas, impidiendo las obras en esta zona (parece que se refiere a la zona B).

**DECIMOQUINTO.-** Obra en el expediente (doc. nº 18, remitido a este Consejo a virtud de su Acuerdo ya citado), una *“Memoria justificativa”* de la modificación del proyecto de obras de referencia, fechada el 20 de noviembre de 1996, que expresa, entre otros extremos, que, de las dos zonas o bloques de viviendas (la A, para 19 de ellas, y la B, para 7), en la A existe un gran desnivel en el terreno y una reciente construcción colindante, lo que da lugar, en la medianería de dicho bloque, a un muro ciego de 17 metros que produce un efecto de *“choque”* con el entorno, no deseado. Además, añade lo siguiente:

*“4. Descripción de la modificación planteada.*

*Para paliar este efecto se ha estudiado una solución de escalonamiento en la construcción que disminuya el muro ciego que se nos produciría en la medianera. En este sentido, tal y como se refleja en los planos que se adjuntan, la configuración de la primera escalera del bloque A en las viviendas tipo A (planta baja) y F (plantas 1ª y 2ª) variaría, de modo que la vivienda de planta baja no sufre modificación alguna, la vivienda de planta primera pasa de tener cuatro dormitorios a tener dos y la de planta 3ª desaparecería. Las cubiertas a distintas alturas que se nos producen, con el fin de no tener que recurrir a la aprobación de precios contradictorios, se ejecutaría con tipología plana igual que las previstas inicialmente en proyecto.*

*Junto con esta medida se ha estudiado una composición de las mismas que integren el conjunto, valorando las fachadas que mayor visión tengan desde el resto de la población, sin considerar su misión o situación respecto al edificio”.*

**DECIMOSEXTO.-** El 27 de noviembre de 1996 la contratista presenta nuevo escrito en el que comunica al órgano de contratación que el DT les indica que los forjados de la zona A-1 han sido modificados, mediante la elaboración de un proyecto al efecto. Señala la empresa que tal

modificación debe formalizarse, con su intervención previa a la debida aprobación. Reitera la existencia del tendido eléctrico que, a su juicio, impide las obras en la zona A. Tales alegaciones son reiteradas en un nuevo escrito presentado el 4 de diciembre de ese año.

Por otra parte, en escritos que posteriormente se reseñarán, la contratista alega que el Pleno del Ayuntamiento de Murcia aprobó el 2 de diciembre de ese año el proyecto modificado referido en el Antecedente Decimoquinto.

**DECIMOSÉPTIMO.-** El 5 de diciembre de 1996 el órgano de contratación dicta Orden aprobando el programa de trabajo aprobado por el DT el 9 de septiembre anterior (vid. Antecedente Undécimo), previo reajuste de las anualidades presupuestarias, en correspondencia con dicho plan.

**DECIMOCTAVO.-** El 12 de diciembre de 1996 el Arquitecto Técnico Municipal informa que el ritmo de ejecución de obra es muy inferior al establecido en el plan de trabajo, estando paradas las obras de la zona o bloque A, a pesar de haber comunicado a la empresa la orden de continuarlas; indica que la finalización de la fase de estructura de toda la obra estaba prevista para el pasado 30 de noviembre, no siendo achacable el desfase a la paralización temporal de la zona A-1, puesto que no se ha concluido tampoco la zona A-2 ni la zona B, ni, en consecuencia, las posteriores fases de fachadas, cubiertas e instalaciones, estimando que se producirá un incumplimiento de los plazos parciales y, probablemente, del plazo final.

**DECIMONOVENO.-** El 13 de enero de 1997 la empresa presenta escrito en el que alega que no se le ha dado respuesta a los escritos previamente presentados, continuando por ello paralizadas las obras en la zona A.

**VIGÉSIMO.-** El 14 de abril de 1997, el DT emite informe en el que, en primer lugar, hace un resumen de los antecedentes, destacando que, tras el otorgamiento de la prórroga de cuatro meses del plazo contractual y aprobación de un nuevo plan de trabajos, *“se inicia la ejecución de la estructura en ambos bloques, produciéndose algunas incidencias respecto a la ejecución ante las que se toman las medidas oportunas”* (entre las que debe estar, aunque no lo diga, la redacción, por su parte, del proyecto modificado reseñado en el Antecedente Decimoquinto, y, en su caso, su aprobación municipal, según alega la empresa); añade el informe que, no obstante dichas medidas, se producen paralizaciones en las obras *“sin motivo aparente”*, paralizaciones *“que se reflejan en sucesivos informes de la Dirección Facultativa al Servicio de Promoción Pública de esa Consejería”*. (Estos informes, que deben ser los cuatro del Arquitecto Técnico Municipal

reseñados en el informe del Instituto de la Vivienda y Suelo regional –IVI- que después se indicará, aparte del recogido en el Antecedente Decimoctavo, no constan en el expediente remitido a este Consejo Jurídico).

Continúa el informe señalando que desde finales de 1996 se produce la paralización completa de las obras *“sin que, hasta el momento, hayamos obtenido justificación de la misma”*, por lo que se ha incumplido el plazo parcial relativo a la estructura, que finalizó el 30 de noviembre anterior, estando ejecutado el 50% de dicha partida, existiendo un retraso acumulado de unos siete meses, habiéndose ejecutado un total del 28,28% de obra respecto de lo previsto. En el informe de 6 de agosto de 2010, se indica que en esas fechas de abril de 1997 la obra se encontraba en fase de ejecución de la estructura, habiendo terminado *“los capítulos de movimientos de tierras y cimentación, parcialmente el de saneamiento y algo de albañilería, electricidad y control de calidad”*.

**VIGESIMOPRIMERO.-** El 16 de abril de 1997, a la vista de lo anterior, los servicios técnicos del órgano de contratación informan que, dado que restan menos de 5 meses para el cumplimiento del plazo final, es materialmente imposible que la obra esté terminada en tal fecha, por lo que, en aplicación del artículo 45 de la Ley de Contratos del Estado y 137 de su Reglamento General, debe presumirse racionalmente el incumplimiento del plazo contractual final, debido al acreditado incumplimiento de los plazos parciales, a los efectos de declarar la eventual resolución del contrato por causa imputable al contratista.

**VIGESIMOSEGUNDO.-** El 21 de abril de 1997 el órgano de contratación inició un procedimiento para resolver el contrato por causa imputable al contratista, fundado en los anteriores informes, procedimiento en el que éste presentó alegaciones en oposición a dicha resolución. El 9 de marzo de 1999 el contratista instó, a su vez, la resolución del contrato por causa imputable a la Administración, fundado en la suspensión real del contrato, debido a lo que aquél considera como diversos incumplimientos de la Administración de su obligación de aprobar determinadas modificaciones del proyecto de obras y de retirar las líneas eléctricas existentes sobre las parcelas afectadas, solicitando además la liquidación de la obra y una indemnización por los daños y perjuicios sufridos por las paralizaciones de obras y por la pretendida resolución del contrato.

**VIGESIMOTERCERO.-** Remitidas las actuaciones a este Consejo Jurídico, en el Dictamen nº 69/1999 concluyó, entre otros aspectos, lo siguiente:

*“SEGUNDA.- Que el procedimiento iniciado de oficio por la Consejería de Política Territorial y Obras Públicas ha de declararse caducado, sin perjuicio de que la Consejería pueda acordar de oficio la incoación de un nuevo procedimiento para declarar la resolución del contrato por culpa imputable al contratista, incorporando las actuaciones ya realizadas.*

*TERCERA.- Que procede continuar la tramitación de la solicitud del contratista para la declaración de la resolución del contrato por culpa imputable a la Administración, liquidación de las obras e indemnización de daños y perjuicios, formulada en su escrito de 9 de marzo de 1999.*

*CUARTA.- Que en el caso de que la Consejería estime procedente incoar un nuevo procedimiento para declarar resuelto el contrato por culpa del contratista, sería aconsejable acordar su acumulación al procedimiento indicado en la anterior Conclusión.”*

**VIGESIMOCUARTO.-** Mediante Orden de 21 de enero de 2000, el órgano de contratación acordó desestimar la referida solicitud del contratista y declarar resuelto el contrato por incumplimiento imputable a éste, con incautación de la fianza prestada e indemnización de daños y perjuicios a la Administración (a realizar esto último en posterior resolución motivada, previa audiencia del interesado).

**VIGESIMOQUINTO.-** Impugnada dicha Orden ante la jurisdicción contencioso-administrativa, la STSJ de Murcia, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 8 de marzo de 2004, la anuló en lo atinente a la resolución del contrato por causa imputable al contratista y demás pronunciamientos anejos, debido a la apreciada caducidad del procedimiento incoado por la Administración a tales efectos. Además, la sentencia confirma la desestimación realizada en vía administrativa de la solicitud del contratista de resolver el contrato por causa imputable a la Administración, desestimando también el resto de sus pretensiones, por considerar dicha sentencia que la Administración había cumplido con sus obligaciones contractuales, no así aquél, por las razones que más adelante se comentarán. La sentencia debe considerarse firme tras el desistimiento de la empresa del recurso de casación que interpuso, según indica el informe del IVI que más adelante se reseñará.

(Previamente, el 14 de julio de 2000, según expresa el citado informe del IVI, el TSJ había comunicado a la Administración la suspensión de la ejecutividad de la Orden impugnada).

**VIGESIMOSEXTO.-** El 24 de mayo de 2010, el órgano de contratación acuerda iniciar un nuevo procedimiento para declarar resuelto el contrato por incumplimiento del contratista de los plazos parciales del contrato, otorgando trámite de audiencia a los interesados.

**VIGESIMOSÉPTIMO.-** Mediante escrito presentado el 16 de junio de 2010, la contratista formula alegaciones en oposición a dicha resolución, y, en concreto, al informe de 14 de abril de 1997 del DT (reseñado en el Antecedente Vigésimo), por ser el fundamento de la pretensión resolutoria de la Administración.

A tal efecto, alega, en síntesis, que el incumplimiento de los plazos parciales indicado en dicho informe no le era imputable, pues éste omite la orden del DT de paralizar los trabajos en la zona A-1 debido a la necesidad de tramitar una modificación del proyecto, que fue aprobada por el Ayuntamiento el 2 de diciembre de dicho año 1997 y que implicaba variaciones sustanciales en la estructura y la arquitectura de los edificios; indica, además, que, una vez remitido a la Consejería (por el Ayuntamiento, se entiende) el acuerdo municipal aprobatorio de dicha modificación el 16 de diciembre de 1997, no consta que tal modificación fuera luego aprobada por el órgano de contratación, lo que era preceptivo. Considera que la aprobación por éste de tal modificación hubiera conllevado un reajuste de los plazos del contrato, como ya había acordado en un momento anterior con ocasión de previas vicisitudes de las obras, relativas a la misma existencia de líneas eléctricas en la parcela y a la necesidad de un recálculo de la estructura, lo que en su día dio lugar al otorgamiento de una prórroga del plazo final, reconociendo entonces el órgano de contratación que el retraso motivado por tales vicisitudes no era imputable al contratista.

Además, insiste en la segunda de las causas de las paralizaciones de las obras alegada en escritos anteriores, relativa a la necesidad de proceder a la total retirada de líneas eléctricas, lo que era una obligación de la Administración (y ello, según dice, a pesar de que en su día se firmara el acta favorable de comprobación del replanteo, lo que se hizo para posibilitar el comienzo de las obras porque los trabajos de cimentación no se veían afectados por dichas líneas, pero sí los posteriores de estructura), reiterando lo manifestado en sus últimos escritos dirigidos al órgano de contratación en el sentido de que la Administración no retiró la totalidad de dichas líneas, continuando así los obstáculos para la adecuada ejecución de los trabajos, según informe pericial que aportó en su día al expediente.

Añade que los escritos que presentó al órgano de contratación relativos a todas estas incidencias sobre la modificación del proyecto y la retirada de las líneas eléctricas no fueron contestados por aquél, lo que demuestra su voluntad de suspender definitivamente las obras por la

vía de hecho, con desviación de poder, por lo que, en definitiva, considera a la Administración la responsable de las paralizaciones de las obras y del subsiguiente incumplimiento del plazo contractual. Finalmente, además de oponerse a la resolución contractual por causa imputable al contratista, éste reitera en su escrito de alegaciones las mismas pretensiones que en su día dedujo y fueron desestimadas por la sentencia antes reseñada, en el sentido de que se acuerde la resolución del contrato por causa imputable a la Administración, con liquidación del mismo e indemnización a la empresa de los daños y perjuicios derivados de las suspensiones de las obras y la resolución contractual que se acuerde.

**VIGESIMOCTAVO.-** El 30 de junio de 2010, el IVI (que parece asumir tácitamente la instrucción del procedimiento por razón de sus competencias en materia de promoción pública de viviendas) emite informe jurídico en el que, en síntesis, tras exponer determinados antecedentes del caso, considera que las alegaciones de la contratista no pueden estimarse, porque la sentencia del TSJ de 8 de marzo de 2004 ya se pronunció sobre el fondo del asunto, que resulta cosa juzgada. Señala que la sentencia considera que la paralización total de la obra sólo era imputable a la contratista, y no a la Administración, que cumplió con sus obligaciones contractuales. Por tanto, entiende el informe que, conforme con lo establecido en el artículo 160 del Reglamento General de Contratación, en desarrollo de la Ley de Contratos del Estado, de aplicación al contrato de referencia, procede resolver éste por culpa del contratista, con pérdida de la fianza, así como la determinación, en resolución motivada posterior y previa audiencia de la empresa, de los daños y perjuicios causados.

**VIGESIMONOVENO.-** El 9 de julio de 2010 tiene salida un escrito del Consejero de Obras Públicas y Ordenación del Territorio solicitando la emisión del preceptivo Dictamen de este Consejo Jurídico. Por tal causa, el instructor del expediente acuerda la suspensión desde tal fecha del plazo máximo de resolución y notificación del procedimiento.

**TRIGÉSIMO.-** Mediante Acuerdo nº 6/2010, de 27 de julio, este Consejo Jurídico requirió al órgano consultante que completase el expediente mediante la remisión de determinadas actuaciones relativas a la ejecución del contrato y la formulación de la preceptiva y formal propuesta de resolución del procedimiento. Dicho Acuerdo fue cumplimentado parcialmente mediante escrito registrado en este Consejo Jurídico el 21 de septiembre de 2010.

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, con oposición del contratista, conforme con lo establecido en el artículo 12.7 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia.

### **SEGUNDA.- Cuestiones formales y de procedimiento.**

I. Por lo que se refiere a los requisitos formales de la consulta, debe decirse que, aun habiendo sido requerida del órgano consultante la elaboración y remisión de la final propuesta de resolución del procedimiento, acto con el que culminan las actuaciones instructoras y que contiene formalmente la pretensión sobre la que ha de versar el Dictamen interesado, tal requerimiento no ha sido cumplimentado. No obstante, y por las razones de celeridad en la resolución del procedimiento que se indicarán en el epígrafe III, a los efectos de la emisión del presente Dictamen puede considerarse suficiente el informe del IVI reseñado en el Antecedente Vigésimoctavo, en cuanto describe y delimita las pretensiones administrativas objeto de análisis, sin perjuicio de advertir la necesidad de proceder a la elaboración de una formal propuesta de resolución, con la debida separación de antecedentes fácticos y consideraciones jurídicas, para su posterior elevación al órgano de contratación.

II. Por lo que se refiere al procedimiento tramitado, no cabe oponer objeciones al respecto, constando la preceptiva audiencia de los interesados. Merece destacarse que, aunque la celebración del contrato fue autorizada en su día por el Consejo de Gobierno por razones competenciales de autorización del gasto, hoy no resulta preceptiva su autorización para acordar la resolución, pues el artículo 22.29 de la Ley 6/2004, de 28 de diciembre, del Estatuto del Presidente y del Consejo de Gobierno de la Región de Murcia exige tal autorización cuando el contrato supere la cuantía establecida en la vigente Ley regional de Presupuestos como atribución de los Consejeros (o la cuantía sea indeterminada), resultando que tal cuantía está fijada hoy en 1.200.000 euros, según el artículo 37 de la Ley 14/2009, de 23 de diciembre, siendo el precio del contrato que nos ocupa de un importe inferior al indicado.

III. En lo atinente al plazo de tres meses de caducidad del procedimiento, debe decirse, a la vista de lo establecido en el artículo 42.3 y 5, c) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común

(LPAC), que, iniciado aquél el 24 de mayo de 2010, quedó suspendido el 9 de julio de ese año (Antecedente Vigésimonoveno), suspensión que, al no poder exceder de tres meses según el indicado artículo LPAC, cesó el 9 de octubre siguiente, reanudándose entonces el citado plazo de caducidad. Dado que en el momento de la suspensión restaban 46 días para la finalización del plazo máximo para la resolución y notificación del procedimiento, esos mismos días son los que dispone el órgano de contratación para proceder a esto último, a contar desde el citado 9 de octubre, finalizando, por tanto, dicho plazo máximo el 23 de noviembre de 2010, lo que deberá ser tenido en cuenta por la Consejería consultante.

**TERCERA.- La sentencia del TSJ de 8 de marzo de 2004. Delimitación del alcance de la cosa juzgada. Procedencia de la resolución del contrato por incumplimiento imputable al contratista. Circunstancias concurrentes que determinan la improcedencia de la pérdida de la fianza prestada por aquél.**

I. En primer lugar, debe recordarse que el hecho de que la reseñada sentencia del TSJ anulase la decisión administrativa, acordada por Orden de 21 de enero de 2000, de resolver el contrato por causa imputable al contratista, (anulación fundada en la caducidad del procedimiento resolutorio), no impide a la Administración iniciar un nuevo procedimiento al efecto, pues tal potestad resolutoria, dimanante, como bien es sabido, de la legislación de contratos administrativos, se mantiene en tanto no prescriba la acción para extinguir el contrato, cuyo plazo, ante la falta de norma administrativa especial al efecto, es el general de 15 años previsto para el ejercicio de las acciones personales en el artículo 1964 del Código Civil.

El informe del IVI reseñado en el Antecedente Vigésimoctavo, que funda la actual pretensión administrativa de declarar la resolución del contrato por culpa del contratista, con el efecto añadido de la pérdida de la fianza prestada y la indemnización de daños y perjuicios a la Administración (esto último a determinar en un procedimiento posterior, previa audiencia de la empresa), viene a indicar que el incumplimiento culpable del contratista de los plazos parciales del contrato que justifica dichas pretensiones es reconocido en la sentencia del TSJ de 8 de marzo de 2004 reseñada en el Antecedente Vigésimoquinto. Ello impone su análisis, especialmente sobre los efectos de cosa juzgada que pueda desplegar, para así delimitar el margen de operatividad de que dispone la Administración con ocasión de este nuevo ejercicio de su potestad resolutoria. En concreto, interesa abordar los efectos de la sentencia sobre la cosa juzgada material en su vertiente positiva o prejudicial, en el sentido de que un eventual segundo proceso (o bien, como en el caso, un procedimiento administrativo) *“no podrá contradecir lo definitivamente resuelto”* en el proceso en el que recayó la sentencia de que se trate, si la misma versó sobre un caso idéntico



(aun parcialmente, y, en tal caso, en lo que se refiere a esa parcial identidad), como expresa la STS, Sala 3ª, de 18 de marzo de 2010.

A tal efecto, debe señalarse que no existe una opinión unánime sobre si el efecto de cosa juzgada material en su vertiente positiva sólo se proyecta sobre las pretensiones jurídicas, entendidas en sentido estricto, deducidas en el proceso en el que recayó la sentencia de que se trate, o si el efecto de vinculación a un proceso o procedimiento administrativo posterior alcanza también a las declaraciones fácticas y a las consideraciones jurídicas empleadas por dicha sentencia para estimar o desestimar las pretensiones entonces enjuiciadas. En una concepción estricta de la institución de la cosa juzgada material positiva, lo único vedado a un segundo proceso o procedimiento administrativo sería que en su resolución se contradijera la respuesta dada por la sentencia a las pretensiones enjuiciadas por ésta. Aplicado al caso que nos ocupa, deben éstas diferenciarse en la sentencia de que se trata: a) la sentencia no tiene efecto de cosa juzgada material respecto de la pretensión de la Administración de resolver el contrato por causa imputable al contratista, con pérdida de la fianza, pues se limitó a anular dichos pronunciamientos administrativos por razones formales (por la perención o caducidad del procedimiento tramitado al efecto), lo que significa que la Administración no tiene obstáculo procesal alguno para realizar nuevamente tal pronunciamiento, si concurren los requisitos legales al efecto, lo que se abordará más adelante; b) en cuanto a la pretensión del contratista de que se resuelva el contrato por causa imputable a la Administración, la sentencia sí despliega efectos de cosa juzgada material, porque resolvió el fondo de dicha pretensión, desestimándola. Ello implica que ya no sea jurídicamente posible resolver el contrato por causa imputable a la Administración; ello constituiría el núcleo indiscutible de la cosa juzgada material, a respetar por razones de la intangibilidad de las sentencias judiciales firmes y, en última instancia, de la seguridad jurídica.

Ahora bien, considerando que las razones que aduce la sentencia para fundar la desestimación de la segunda de las citadas pretensiones se basan en el hecho de no apreciar un incumplimiento por la Administración de sus obligaciones contractuales y, además, en un incumplimiento del contratista de alguna de las suyas (en concreto, la de cumplir con los plazos parciales establecidos, con paralización total de la obra, sin justificación para ello), la cuestión que se plantea es si tales consideraciones de la sentencia sobre el incumplimiento del contratista son suficientes para fundar la actual pretensión administrativa de resolver el contrato por culpa del contratista y la pérdida de la fianza prestada, como sostiene el reseñado informe del IVI. A nuestro juicio, no puede decirse que tales consideraciones jurídicas desplieguen un efecto de cosa juzgada material que determine necesariamente y en todo caso adoptar los pronunciamientos administrativos que ahora se pretenden, pues, incluso aceptando la validez jurídica de tales

consideraciones, en la nueva vía administrativa puede realizarse una valoración propia de tales incumplimientos, así como se puede considerar la existencia de otras circunstancias adicionales concurrentes en el caso que impidan el dictado de alguno de los pronunciamientos pretendidos (singularmente, y como se verá a continuación, el de la pérdida de la fianza), es decir, pueden apreciarse circunstancias que determinen, desde el plano de la justicia material o la equidad, una solución distinta a la pretendida por la Administración. Y ello no sólo porque sea discutible la extensión de la cosa juzgada material a los razonamientos (no sólo al fallo) de una sentencia, sino porque la sentencia en cuestión no establece, ni siquiera a nivel de consideración "*obiter dicta*", que en un nuevo procedimiento administrativo deba resolverse el contrato por culpa del contratista y la pérdida de la fianza, sino sólo que este último incurrió en incumplimientos que le son imputables, al efecto de abundar en la desestimación de su pretensión de resolver el contrato por culpa de la Administración.

II. Delimitado así el margen de actuación administrativa en el presente procedimiento, debe indicarse, en primer lugar, que tanto los antecedentes obrantes en el expediente como las mismas consideraciones de la sentencia avalan que exista una causa de resolución del contrato por incumplimiento imputable al contratista, lo que justifica que el contrato se resuelva por tal motivo, si bien en la calificación de tal incumplimiento como "*culpable*" del contratista (que es lo que determina la pérdida de la fianza y la indemnización de daños y perjuicios, ex art. 53 de la Ley de Contratos del Estado de 1965 aplicable al caso) debe tenerse en cuenta que la culpa del contratista debe quedar importantemente moderada, vistas las circunstancias concurrentes en el obrar de la Administración, lo que determinará, como veremos, según jurisprudencia y doctrina, que en el presente caso no sea procedente la pérdida de la fianza prestada ni la indemnización de daños y perjuicios.

La extensa exposición de los Antecedentes permite dividir las vicisitudes del contrato en dos grandes fases:

A) La primera discurre entre la iniciación de la ejecución y la aceptación por el contratista, mediante escrito presentado el 27 de junio de 1996 (Antecedente Décimo) del criterio y las instrucciones dadas por los servicios técnicos del órgano de contratación y el DT sobre el modo de proceder para dar respuesta a determinadas incidencias en la ejecución del contrato, instrucciones contenidas en el previo informe de 5 de junio de 1996 (Antecedente Octavo) y que se refieren a dos cuestiones: a) respecto de las líneas eléctricas que discurren por las parcelas de las obras, se reconoce la necesidad de su retirada, con cargo a la Administración, tras lo cual deberán continuarse las obras; b) respecto de los problemas con la estructura de las edificaciones, admiten

la necesidad de realizar variaciones en el proyecto, pero sin que tengan la naturaleza suficiente como para requerir una formal tramitación de una modificación de aquél, por lo que aquéllas deben introducirse conforme con los planos que vaya entregando el DT, asumiéndose en las correspondientes certificaciones el incremento del precio por el mayor número de unidades de obra que se ejecuten sobre las previstas en el proyecto, hasta un 10% del precio del contrato, y c) que las necesarias nuevas unidades de obra no previstas en el proyecto (forjado sanitario y adecuación de una calle colindante) se ejecutarán acudiendo a los correspondientes contratos menores, a adjudicar preferentemente a la contratista. Termina el informe diciendo que, una vez se retiren las líneas y se reconsidere la estructura por el DT, conforme con lo antes expresado, la contratista deberá pedir una prórroga del plazo por el tiempo realmente perdido en la resolución de las antedichas incidencias. Y el 6 de septiembre siguiente, una vez reiniciadas las obras, la empresa solicita una prórroga de cuatro meses, que fue informada favorablemente por el DT, que aprueba el nuevo plan de trabajo ajustado a tal prórroga (y que luego ratificaría el órgano de contratación).

Esta primera fase acaba, pues, con un replanteamiento del modo y el plazo de ejecución del contrato, con conformidad del contratista, lo que hace inviable que, a partir de entonces, ninguna de las dos partes pueda invocar incumplimientos de la otra derivados de las vicisitudes ya resueltas a fin de pretender la resolución contractual, pues con tal acordado replanteamiento se renunciaba implícitamente a esa posibilidad, optando las partes por la prosecución del contrato en los términos acordados, y ello al margen de la regularidad o no de los mecanismos utilizados para afrontar las apuntadas variaciones del proyecto, cuestión que ahora no es relevante abordar por cuanto el criterio de los referidos servicios técnicos se plasmó en instrucciones que no sólo no fueron recurridas por el contratista, sino aceptadas por el mismo.

Interesa destacar de modo muy especial, por lo que se razonará más adelante, que la resolución de las referidas incidencias dada por la Administración se ajustó, al menos en lo sustancial, a lo previsto en la legislación de contratos aplicable: a partir de los sucesivos escritos del contratista poniendo de manifiesto las incidencias, los servicios técnicos del órgano de contratación junto con la DT plantearon el modo de resolverlas, otorgando un trámite de audiencia al contratista para que se pronunciara al respecto, dando éste, como se ha dicho, su conformidad, posibilitando con ello la normal prosecución del contrato.

De este modo, y como se deduce de las consideraciones de la sentencia en cuestión, desde la aprobación del nuevo programa de trabajo, ajustado a la aceptada prórroga de cuatro meses del plazo final del contrato, la contratista había de tener por resueltas las incidencias hasta ese

momento surgidas, y le era exigible cumplir con los plazos, incluso parciales, del contrato, ajustándose a los criterios expresados por la Administración.

B) Después de dicha prórroga, sin embargo, se abre una segunda fase en la ejecución del contrato, pues la empresa plantea nuevas incidencias que, a su juicio, impiden la correcta ejecución de las obras, hasta el punto de que llega a la paralización total de las mismas. Esas nuevas incidencias son muy parecidas a las resueltas en la primera fase de la ejecución, pues la empresa alega, en reiterados escritos, que la Administración no ha desviado la totalidad de las líneas eléctricas que discurren por las dos parcelas o zonas de obras (A y B), y que el DT le ha ordenado la paralización de las obras en la zona A-1 porque está procediendo a variar nuevamente el proyecto, entregándole diversos planos y llegando a elaborar un formal proyecto de modificación del adjudicado, con variaciones importantes en la estructura y arquitectura de las edificaciones.

Sin embargo, y a diferencia de lo que sucedió en la primera fase de incidencias, respecto de estas nuevas vicisitudes en la ejecución, planteadas por la empresa al órgano de contratación en no menos de cuatro escritos presentados entre octubre de 1996 y enero de 1997 (Antecedentes Decimocuarto a Decimonoveno), no consta que éste ni el DT dieran respuesta alguna a las mismas, como es su obligación cuando en la ejecución de un contrato se plantean incidencias como aquéllas, obligación que, como se vio, sí fue cumplida con ocasión de las primeras incidencias, consiguiendo su resolución, obligando así al contratista a ejecutar el contrato del modo en que aquéllas se resolvieron. Resulta sorprendente que, en esta segunda fase de incidencias, y ante las reiteradas comunicaciones de la contratista sobre la paralización de las obras debida a motivos que la empresa consideraba que lo justificaban (no cabe aceptar en modo alguno lo informado después por el DT en el sentido de que la paralización se realizó *“sin motivo aparente”*, vid. Antecedente Vigésimo), los servicios técnicos del órgano de contratación y la DT no resolvieran dichas incidencias. En cualquier caso, y al margen de la intención subyacente en dicho silencio administrativo, debe insistirse en que lo procedente, a la vista de los escritos de la empresa, hubiera sido que los servicios del órgano de contratación y la DT, previa audiencia de aquélla, le hubieran dirigido las oportunas instrucciones sobre el cumplimiento del contrato, al modo en que procedió en la primera fase antes analizada. Como se dirá seguidamente, este incumplimiento del órgano de contratación de sus obligaciones de resolver las discrepancias y nuevas vicisitudes en la ejecución del contrato, si bien no enerva la procedencia de resolverlo por causa imputable al contratista, por existir los incumplimientos imputables al mismo que ahora se verán, sí opera como una circunstancia moduladora de su culpa, a los efectos de la pretensión administrativa de decretar la pérdida de la fianza.

En efecto, el hecho de que el órgano de contratación no resolviera las incidencias planteadas por la contratista no autorizaba a ésta a paralizar las obras en las zonas distintas de la apuntada zona A-1, en la que recibió orden de paralización temporal, pues su obligación era ejecutar las obras conforme con lo establecido hasta el momento; quiere decirse que la paralización de obras en esas otras zonas sólo podría considerarse justificada si la empresa hubiera acreditado la imposibilidad de su ejecución por causa de las líneas eléctricas que estimaba que seguían impidiéndolo. Y en este punto es donde la sentencia en cuestión considera que este alegado obstáculo para la ejecución del contrato no puede ser aceptado, pues asume lo expresado en tal sentido por un informe emitido en el proceso por los servicios técnicos del órgano de contratación, frente a lo sostenido en el informe técnico aportado por la empresa; ello permite a la sentencia considerar que no estaba justificada la paralización de las obras por causa de las líneas eléctricas, incurriendo así el contratista en un incumplimiento que le es imputable.

Respecto a las incidencias con la estructura, la sentencia considera injustificada la paralización de las obras, porque aquéllas se resolvieron con lo acordado en la que hemos denominado "*primera fase*" de la ejecución del contrato; ello no resulta correcto porque, como se vio, en aquel primer momento se trataba de unas incidencias distintas de las ahora planteadas por la empresa, y porque desconoce la orden de paralización temporal de las obras en la zona A-1 dada por la DT en fechas posteriores a la resolución de aquellas primeras incidencias. No obstante lo anterior, puede aceptarse con la sentencia que la empresa incurrió en un incumplimiento injustificado, pero sólo en la medida en que no prosiguió las obras en las zonas distintas a dicha zona A-1, como se deduce del informe reseñado en el Antecedente Decimoctavo. Dicho informe viene a reconocer implícitamente la orden de paralización parcial en lo atinente a tal zona y, por ende, la necesidad de un nuevo replanteamiento del proyecto en la misma, lo que llevó incluso a la elaboración del proyecto modificado reseñado en el Antecedente Decimoquinto. Y resulta reprochable que, salvo en el indicado informe, en ninguno de los reseñados en los Antecedentes, en especial en los emitidos para fundamentar la iniciación del primer procedimiento de resolución del contrato, se reconozca un hecho tan trascendental para la ejecución de éste como era la elaboración por parte del DT de un formal proyecto de modificación del hasta ese momento existente, modificación que, según alega el contratista y no ha sido negado por la Administración, representaba una importante variación en la estructura y arquitectura de las obras como para haber requerido del DT su formal elaboración, e incluso de una primera aprobación por el Pleno del Ayuntamiento, lo que tampoco niega la Administración, que guarda un significativo silencio al respecto. Sólo en el informe de valoración de daños y perjuicios de 6 de agosto de 2010, reseñado en la Consideración Cuarta, la Administración reconoce la existencia de "*la modificación de fecha*

20.11.1996”, es decir, la fecha de la memoria justificativa de la misma (Antecedente Decimoquinto), por lo que le reconoce virtualidad jurídica, al margen, pues, de su eventual aprobación formal.

Interesa apuntar ya que, en la medida en que a la empresa no le era imputable la paralización en dicha zona A-1, la cual, según la documentación remitida, constituye una parte importante dentro de la totalidad de las obras, tal circunstancia opera como moderadora del incumplimiento del contratista, lo que también ha de influir en lo relativo a la pretendida pérdida de la fianza.

Ahora bien, como se dice, la ordenada paralización temporal de las obras por causa de la elaboración del proyecto modificado sólo afectaba a la zona A-1, por lo que cabe entender injustificada la paralización realizada por la empresa en el resto de zonas, como señalaba el citado informe y otros posteriores, que ratifican que la paralización fue total. Quiere decirse, pues, que existió un incumplimiento imputable al contratista de sus obligaciones contractuales, en la medida en que no tenía justificación la paralización de las obras en las zonas distintas de la indicada, debiendo cumplir en ellas con los plazos contractuales establecidos en el plan de trabajo, lo que no hizo. Ello habilita la resolución del contrato por causa imputable al contratista, debiendo compartirse en este punto lo pretendido por el órgano consultante.

III. Ahora bien, tal y como hemos apuntado con anterioridad, de ello no se sigue necesariamente que el incumplimiento del contratista sea tan culpable como para determinar la pérdida de la fianza.

En nuestro Dictamen nº 103/2003, de 30 de junio, recogíamos el criterio jurisprudencial y doctrinal sobre la procedencia, en determinados casos, de excluir la pérdida de la fianza aun habiéndose decretado la resolución del contrato por causa imputable al contratista. Así, expresábamos lo siguiente:

*“Ya durante la vigencia de la Ley de Contratos del Estado de 1965 la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la doctrina del Consejo de Estado venían a coincidir en señalar el diferente plano en que operaban las potestades administrativas de resolución contractual y de incautación y pérdida de la fianza prestada por el contratista. Así, la resolución contractual procedía en tanto se produjera un incumplimiento objetivamente imputable al contratista para el que, conforme a la legislación, estuviese previsto dicha consecuencia resolutoria.*

*Sin embargo, también insistían en destacar que el entonces vigente artículo 53 de dicha Ley exigía, para la pérdida automática de la garantía, la “culpa” del contratista, sin que un incumplimiento imputable a éste significase necesariamente su culpabilidad (a estos concretos efectos de determinar la pérdida de la fianza, se entiende).*

*Así, por todas, es expresiva la STS, Sala 3ª, de 24 de agosto de 1985:*

*“... no ocurre lo mismo en cuanto a pérdida de la fianza también acordada en los conjugados actos administrativos objeto de la actual impugnación contenciosa; pues tal privación expropiatoria del bien económico sujeto a carga real con causa obligacional, requiere para su efectividad la agregación del factor subjetivo de la culpa o relación psicológica de causalidad entre agente y hecho determinante de la resolución, como así, acudiendo al aquí relevante elemento teleológico de interpretación (artículo 3.1 del Código Civil), resulta de los artículos 53 de la Ley y 160 y 168 del Reglamento mencionado, sistemáticamente coordinados con los preceptos de anterior cita; de tal manera que, en la metodología de aplicación de las incautaciones de fianza y aparte el caso de cláusula penal, no cabe reducción al simplismo de la antítesis, o culpa de contratista, o culpa de la Administración contratante, cuando es legítima la resolución; pues ese reduccionismo conduciría a una infundada presunción de culpa en función del sólo hecho de incumplimiento contractual determinante de la resolución, cuando, sujeto el cumplimiento del contrato al principio general de buena fe (artículo 1.258 del Código Civil), que abre un margen de ponderación de circunstancias objetivas, concluyentes de culpa en su citada y distinta acepción subjetiva, que tanto obliga a la Administración, como vincula al Tribunal revisor, a valorar en su conjunto el ámbito circunstancial en que la conducta de incumplimiento se produce para incautar o no la fianza...”*

Por su parte, el Dictamen del Consejo de Estado de 22 de noviembre de 1990 expresa que la aplicación rígida y formalista de la legislación contractual puede dar lugar en ocasiones a soluciones sensiblemente injustas, que pugnen con las particularidades del supuesto. De ahí que el Alto Órgano Consultivo haya llegado a veces a moderar los efectos propios anejos a la resolución contractual misma, mediante la reducción de la pérdida o incautación de la fianza a un porcentaje de ésta, o excluyendo la incautación. En coherencia con esta “doctrina legal”, el máximo órgano consultivo, en su Dictamen de 12 de marzo de 1987 considera procedente la moderación de los efectos propios de la resolución, consistente en la devolución de la fianza, atendiendo, a “*las circunstancias particulares que han rodeado al contrato de obras analizado*”, especialmente al “*cúmulo de irregularidades imputables a la Administración y que pudieran haber causado desconcierto al contratista*”. En su Dictamen 2927/1999, de 24 de febrero, considera que “*respecto*

*de la posible incautación de la fianza –que rige como regla general-, este Consejo ya ha sentado la doctrina general de que cabe modularla en ciertos casos, como son aquellos en los que concurran rasgos culposos de la Administración contratante y de la contratista”, en tanto que en el Dictamen 3204/2001, de 14 de febrero, declara procedente la propuesta de resolución de un contrato ante el hecho acreditado del incumplimiento del contratista, si bien estima que “dado que en este caso la culpabilidad en la demora está muy compartida, lo razonable y equitativo, a juicio de este Consejo, es que se acuerde la resolución del contrato sin pérdida de la fianza”. En el más reciente Dictamen 266/2006, de 30 de marzo, considera igualmente que, aun cuando el contrato debe resolverse por incumplimiento de los plazos parciales, “la aplicación de las consecuencias legales de la resolución- la eventual indemnización de daños y perjuicios en lo que exceda de la garantía incautada (artículo 113.4 del texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas)- debe atemperarse a las circunstancias mencionadas...”.*

Asimismo, la doctrina de otros órganos consultivos autonómicos revela que, atendiendo a las circunstancias del caso, es posible estimar existente un cierto grado de culpa en el contratista para justificar la resolución del contrato, pero no para decretar la pérdida de la garantía prestada, especialmente a la vista de la conducta de la Administración en el desenvolvimiento del contrato (vid. Dictámenes del Consejo Consultivo de Andalucía nº 106/97, 56/02 o 401/03, y del Consejo Jurídico Consultivo valenciano nº 578/02). Además, la doctrina científica que más detalladamente ha estudiado la doctrina consultiva autonómica en esta materia, después de advertir el casuismo existente y la falta de sólidos criterios generales, intenta extraer alguna línea general rectora de las soluciones adoptadas por dichos órganos, entre la que destaca la de que la exclusión del pronunciamiento relativo a la pérdida de la garantía y otros posibles efectos indemnizatorios se suele justificar, entre otros casos, en supuestos en que la Administración ha actuado con pasividad en el desenvolvimiento del contrato o lo ha hecho de forma dubitativa en la determinación de alguno de sus extremos, singularmente en la definición de las obras a ejecutar, lo que resulta plenamente aplicable al caso que nos ocupa.

Aplicado lo anterior al caso dictaminado, debe concluirse que la culpa del contratista queda limitada y moderada de forma muy importante por las circunstancias expuestas en su momento, a donde nos remitimos, y que se pueden resumir en la limitación del incumplimiento a unas determinadas zonas, pero no a otra del contrato (A-1), en que la paralización sí estaba justificada (siendo esta última de notable importancia en el conjunto de las obras, según se deduce de la documentación remitida a este Consejo), y a la falta de respuesta del órgano de contratación a las incidencias planteadas, lo que introdujo una notable inseguridad en lo atinente a la correcta ejecución del contrato.



A ello ha de añadirse el notablemente tardío ejercicio administrativo de la potestad resolutoria, por cuanto, siendo imputable a la Administración la caducidad del primer procedimiento tramitado al efecto (caducidad ya advertida al órgano consultante en el primer Dictamen emitido por este Consejo Jurídico sobre el asunto, no seguido por aquél) y, en consecuencia, también la posterior anulación judicial de la resolución contractual en él acordada, el nuevo procedimiento que ahora nos ocupa se inicia más de seis años después de dictarse la sentencia anulatoria del primero, sin que conste justificación al respecto. Esta circunstancia también opera como moderadora del pronunciamiento sobre la pérdida de la fianza, porque ésta tiene como finalidad procurar el resarcimiento a la Administración de los perjuicios derivados del retraso en la ejecución de las obras o servicios de que se trate. Así, merece destacarse lo expresado por el Consejo Consultivo andaluz en su Dictamen nº 698/2008: *“la fianza está llamada a compensar el retraso en la ejecución de la obra o la prestación del servicio, que ha de implicar además la puesta en marcha de un nuevo procedimiento de contratación (...); son perjuicios de difícil evaluación, y precisamente por ello son evaluados a priori con la fianza definitiva. (...) La fianza no es una pena convencional por el incumplimiento, que se agota en sí misma, esto es, cláusula penal en el sentido del artículo 1152, párrafo primero, del Código Civil, sino que responde a cubrir sólo los daños del retraso de la obra o la prestación del servicio.”* En nuestro caso, no se desprende de lo actuado que la Administración estimara muy urgente la resolución del contrato para proceder a la nueva contratación de las obras, por lo que los perjuicios derivados de su resolución no parecen ser de tal entidad como para justificar la pérdida de la fianza por el solo hecho de proceder ahora a acordar la extinción contractual.

**CUARTA.- La indemnización de daños y perjuicios en procedimiento posterior. La liquidación del contrato.**

I. Aun cuando la propuesta de resolución que nos ocupa viene a indicar que la determinación de los concretos daños y perjuicios producidos a la Administración por la resolución del contrato habrá de realizarse en un procedimiento posterior al presente, previa audiencia del contratista, el interés de la cuestión, su conexión con los razonamientos realizados en relación con la pretendida pérdida de la fianza y el hecho de que en la documentación remitida ya se incluya un informe *“ad hoc”*, de 6 de agosto de 2010 (doc. 18 de los remitidos tras el Acuerdo 6/10 de este Consejo), en el que se razona sobre los concretos daños y perjuicios causados a la Administración por la resolución del contrato, justifican ahora el análisis de esta cuestión.

Dicho informe considera como conceptos indemnizables por el contratista el incremento del precio de ejecución de las obras, incluyendo aquí la necesidad de demoler parte de lo construido y de modificar el proyecto para ajustarlo a la normativa técnica sobre edificación aprobada entre 2003 y 2008, que relaciona, así como el coste de las obras de mantenimiento realizadas por la Administración hasta el presente, ascendiendo todo ello a una cantidad de 2.264.436,79 euros. Sin embargo, ello no puede admitirse por cuanto, en las indicadas fechas, primero pendía un recurso contencioso-administrativo que acabó anulando la resolución contractual acordada en su día por la Administración, anulación debida a una circunstancia exclusivamente imputable a ésta, aunque fuera por motivos relativos a la caducidad del procedimiento; y lo mismo cabe decir una vez concluido dicho recurso y hasta el presente, pues sólo a la Administración cabe imputar la dilación en iniciar un nuevo procedimiento resolutorio y, en consecuencia, en resolver el contrato, por lo que el mayor gasto realizado, o a realizar, derivado de los hechos a que se refiere dicho informe, ha de ser soportado por aquélla. Gastos que no se hubieran producido de haber atendido en su día el órgano consultante lo informado por este Consejo Jurídico en el primero de sus Dictámenes emitidos sobre el asunto, el 25 de octubre de 1999, en el sentido de declarar la caducidad del procedimiento e incoar uno nuevo para así proceder, en su caso, a la resolución del contrato y la posterior nueva licitación de las obras, lo que no se hizo, asumiendo con ello la Administración los riesgos jurídicos y económicos que tal decisión conllevaba.

II. Por análogos razonamientos a los hasta aquí expresados, debe procederse a la liquidación del contrato, considerando a tal efecto las obras ejecutadas en su día por el contratista que se ajustaran tanto al proyecto adjudicado como a las variaciones o modificaciones del mismo, regulares o no, que en su día acordara la DT.

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

### **CONCLUSIONES**

**PRIMERA.-** Por lo que se refiere al plazo máximo de resolución y notificación del procedimiento objeto de Dictamen, debe tenerse en cuenta lo expresado en su Consideración Segunda, III.

**SEGUNDA.-** Procede acordar la resolución del contrato de referencia por causa imputable al contratista, derivada del incumplimiento del plazo de ejecución del contrato, sin pérdida de la fianza, por las razones expresadas en la Consideración Tercera del presente Dictamen. En consecuencia, la propuesta de resolución que se deduce del informe del IVI reseñado en el

Antecedente Vigesimoctavo se informa favorablemente en lo referente a la resolución del contrato propiamente dicha, y desfavorablemente en el resto de pronunciamientos pretendidos. Debe elaborarse a tal efecto una formal y adecuada propuesta de resolución, a elevar al órgano de contratación.

**TERCERA**.- No procede la exigencia al contratista de los daños y perjuicios a que se refiere el informe de 6 de agosto de 2010 reseñado en la Consideración Cuarta del presente Dictamen, procediendo la liquidación del contrato conforme con lo allí expresado.

No obstante, V.E. resolverá.



**DICTAMEN 221/2010**

**Asunto** Revisión de oficio del expediente de contratación 113/2009 del Servicio Murciano de Salud, para la adjudicación del servicio de mantenimiento y soporte hardware y software de base del CPD corporativo y diversos hospitales.

**Consultante** Consejera de Sanidad y Consumo

**Fecha** 15/11/2010

**Extracto de Doctrina**

Siendo indiscutido que, de no concurrir el supuesto contemplado en el transcrito artículo 154, d) LCSP, hubiera debido seguirse preceptivamente un procedimiento con trámites de publicidad y admisión de concurrencia de licitadores, la apreciación de la nulidad de pleno Derecho del procedimiento contractual de que se trata, por haberse seguido el mismo y haberse prescindido del legalmente establecido, que incluye los indicados y esenciales trámites atinentes a la publicidad y la concurrencia (art. 62.1,e) LPAC), pasa por determinar si, en el presente caso, y por razones de protección de derechos de exclusiva vinculados con los servicios objeto del contrato, éstos sólo pueden ser prestados por la adjudicataria provisional, o si, por el contrario, es legalmente posible que los mismos puedan serlo por otras empresas, en cuyo caso faltaría el presupuesto fáctico del referido precepto de la LCSP.

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** Previa la oportuna tramitación, el 19 de octubre de 2009 la Dirección-Gerencia del Servicio Murciano de Salud (SMS) dictó Resolución de adjudicación provisional a la empresa “x.” del contrato de servicios de mantenimiento y soporte de hardware y software de base del CPD corporativo del SMS y diversos hospitales, por un precio de 1.095.683,22 euros y un plazo a contar desde la formalización del contrato y hasta el 30 de abril de 2010, con posibilidad de prórrogas, hasta un límite máximo total de duración del contrato de seis años, según el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares.

**SEGUNDO.-** Mediante Orden de la Consejera de Sanidad y Consumo, de 1 de febrero de 2010, se inició un procedimiento de revisión de oficio para la declaración de nulidad del referido expediente de contratación; también se acordó la suspensión de los efectos del reseñado acto de adjudicación provisional, para evitar la obligación de proceder a su adjudicación definitiva y a la formalización del contrato. Dicho procedimiento revisorio se basaba en el informe de 6 de

noviembre de 2009, del Subdirector General de Tecnologías de la Información del SMS, en el que, en síntesis, se expresaba que, frente a lo inicialmente considerado en el informe de 11 de septiembre de 2009 en el sentido de que la referida empresa era la única que legal y técnicamente podía prestar los servicios objeto del contrato, por diversas razones que allí se expresaban, relativas a sus derechos de propiedad intelectual o industrial sobre los productos informáticos en cuestión, posteriormente se había tenido conocimiento de la existencia de otras empresas que podrían prestar los referidos servicios (sin añadirse entonces mayor detalle). De ello concluía el órgano consultante la improcedencia de haber acudido en su momento al procedimiento negociado regulado en los artículos 153 y siguientes de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP), y haber adjudicado directamente a tal empresa (aun provisionalmente) dicho contrato, entendiéndose con ello que esa adjudicación estaba incurso en la causa de nulidad prevista en el 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), es decir, por haberse prescindido del procedimiento de contratación, con publicidad y concurrencia, legalmente previsto, proponiendo por ello dicho órgano la declaración de nulidad de pleno Derecho del referido acto de adjudicación.

**TERCERO.-** Remitido en su día el expediente a este Consejo Jurídico para la emisión de su preceptivo Dictamen, fue evacuado el 24 de mayo de 2010, con el nº 104/10, en el que, en síntesis, se expresaba que procedía la declaración de caducidad del procedimiento y la incoación de uno nuevo, al que, además de las actuaciones obrantes en el caducado, se debía incorporar un informe en el que se justificase con mayor grado de detalle la existencia de otras empresas distintas de la adjudicataria que pudieran legal y técnicamente prestar los servicios objeto del contrato.

**CUARTO.-** El 1 de junio de 2010 la Consejera consultante acordó, entre otros extremos, declarar la caducidad del procedimiento revisorio de referencia.

**QUINTO.-** Mediante informe de 10 de junio de 2010, el citado Subdirector General señaló, en síntesis, que *“tuvo conocimiento de que la empresa “x” podría:*

*a) Tener capacidad técnica para realizar el mantenimiento de equipos de la marca HP (los instalados en el SMS y a cuyo mantenimiento se refiere el contrato).*

*b) Disponer de sistemas de monitorización remota con niveles de servicio adecuados para las necesidades del SMS.*

c) *Disponer de las acreditaciones y clasificaciones necesarias para la realización de los servicios requeridos en el pliego de prescripciones técnicas”.*

De ello extraía el informe la consideración de que *“al menos en lo que se refiere al mantenimiento del equipamiento hardware de la marca HP que el SMS tiene instalado en su CPD Corporativo y en los diferentes hospitales de él dependientes, existe otra empresa distinta de x. que podría realizar los servicios reclamados en el pliego de prescripciones técnicas...”.*

**SSEXTO.-** Mediante Orden de 8 de julio de 2010 la Consejera consultante acordó iniciar un nuevo procedimiento de revisión de oficio, con el mismo objeto que el caducado, suspendiendo la ejecución del acto de adjudicación provisional y otorgando un trámite de audiencia y vista del expediente a los interesados.

**SÉPTIMO.-** Notificadas las anteriores actuaciones al adjudicatario provisional, el 27 de julio de 2010 presentó alegaciones en las que expresaba lo siguiente:

*“Primero: X., empresa de nacionalidad estadounidense, cuya filial en España es --, S.L. (en adelante HPE), es la única y exclusiva fabricante de los productos informáticos de hardware y software de la marca HP, y ostenta los derechos de propiedad intelectual e industrial, incluidos los derechos de autor, de dichos productos.*

*HPE, como filial de HP Co., es por tanto la única y exclusiva suministradora, en España, de servicios de soporte que incluyan la resolución de problemas técnicos mediante el desarrollo de modificaciones hardware, software y firmware con la garantía oficial de la marca x..*

*Segundo: El Pliego de Prescripciones Técnicas que rige el expediente de contratación establece lo siguiente en cuanto al Soporte de Software a prestar:*

*"Licencias de uso de Actualizaciones Software: Se deberá garantizar el uso y copia de las actualizaciones del software HP en cada uno de los sistemas cubiertos por el soporte.*

*Actualizaciones de Software y Documentación: A medida que HP publique actualizaciones de su software, las últimas revisiones y los manuales se pondrán a disposición del SMS sus administradores de sistemas. Las actualizaciones de la documentación de software se entregarán en formato cinta, CD-ROM, electrónico".*

*Este servicio sólo se puede obtener mediante la formalización de un contrato de actualizaciones de software contratado con x.*

*Tercero: En relación con el informe complementario que se adjunta a la Orden, en el que se menciona a la empresa x. como empresa capacitada para dar el servicio, queremos comunicarles que dicha empresa no disfruta de la condición de Accredited Service Manager Partner o Authorized Service Partner. Esto significa que en ningún caso x. cuenta con la debida autorización de HPE para poder revender y prestar servicios de soporte de los productos de Software y Hardware marca HP.*

*Dado que x. no dispone del correspondiente contrato con HPE que le acredite como distribuidor o partner autorizado para utilizar o tener acceso al código fuente del Software marca HP o actualizaciones del mismo que no sean de acceso público, su utilización podría considerarse como una infracción de derechos de propiedad intelectual de HP.*

*Por todo lo expuesto, HPE solicita se tenga presentadas las presentes ALEGACIONES en tiempo y forma, con el fin de declarar como improcedente la nulidad del expediente de contratación referido”.*

**OCTAVO.-** El 28 de julio de 2010 el referido Subdirector General emitió nuevo informe en el que, en relación a las precedentes alegaciones, expresa lo siguiente:

*“Primero: HPE alega que x. es la única y exclusiva fabricante de los productos informáticos de hardware y software de la marca HP, y que ostenta los derechos de propiedad intelectual e industrial, incluidos los derechos de autor, de dichos productos, y que sólo a través de su filial HPE es posible obtener los servicios requeridos en el pliego de prescripciones técnicas.*

*Por otra parte, indica que la empresa x. no disfruta de la condición de Accredited Service Manager Partner o Authorized Service Partner, lo que significa que no puede revender y prestar servicios de soporte de los productos de Software y Hardware marca HP.*

*Segundo: Sin embargo, de las propias alegaciones de HPE se deduce que otras empresas que no son la propia HPE pueden prestar los servicios mencionados si disponen del correspondiente contrato con esta empresa que los acredite como distribuidor o partner*

*autorizado para utilizar o tener acceso al código fuente del software marca HP o actualizaciones del mismo.*

*En este sentido, HPE al remitirse al Pliego de Prescripciones Técnicas en lo relativo al soporte de software a prestar señala literalmente que "este servicio sólo se puede obtener mediante la formalización de un contrato de actualizaciones de software contratado con HPE", con lo cual está admitiendo que otras empresas pueden prestar dichos servicios si tienen suscrito ese contrato.*

*A la vista de lo expuesto, para garantizar la libertad de acceso a las licitaciones, la publicidad y la no discriminación de trato a los posibles candidatos, así como la eficiente utilización de los fondos del SMS mediante la selección de la oferta mas ventajosa, a los efectos oportunos, esta Subdirección se ratifica en los informes elaborados con anterioridad en los que se indicaba la no procedencia del procedimiento negociado sin publicidad por exclusividad".*

**NOVENO.-** El 4 de agosto de 2010 el Asesor Jurídico de la Consejería consultante formula propuesta de Orden para la declaración de nulidad de pleno Derecho de los actos integrantes del expediente de contratación de referencia, por las razones expresadas en el Antecedente Segundo, a la vista de los informes emitidos por la Subdirección General de referencia.

**DÉCIMO.-** El 18 de agosto de 2010 la Consejera formula propuesta de Orden en el mismo sentido que la anterior, expresando que, con carácter previo a la resolución del procedimiento, procede solicitar los informes preceptivos de la Dirección de los Servicios Jurídicos y del Consejo Jurídico de la Región de Murcia.

**UNDÉCIMO.-** Solicitado informe a la Dirección de los Servicios Jurídicos, fue emitido el 31 de agosto, en sentido favorable a la propuesta de Orden de referencia.

**DUODÉCIMO.-** Mediante Orden de 8 de septiembre de 2010, la Consejera consultante acuerda solicitar el preceptivo Dictamen del Consejo Jurídico de la Región de Murcia. El escrito de solicitud es registrado de salida el 9 siguiente, día en que dicha Consejera acuerda suspender el plazo legal para dictar y notificar la resolución del procedimiento, fundado en la referida solicitud de Dictamen.

**DECIMOTERCERO.-** El 10 de septiembre de 2010 tiene entrada en este Consejo Jurídico el citado escrito de consulta, al que se acompañó 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 procedimiento de revisión de oficio de un acto administrativo de la Administración regional, conforme con lo establecido en los artículos 12.6 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, reguladora de este Consejo Jurídico, en relación con el 32, a) LCSP y 62.1 y 102 LPAC.

#### **SEGUNDA.- Procedimiento y competencia para resolver.**

I. Por lo que se refiere al procedimiento tramitado, no cabe realizar objeciones sustanciales, por lo que procede dictar la correspondiente resolución.

No obstante, cabe destacar la improcedencia de que la Consejera consultante formule la propuesta de resolución reseñada en el Antecedente Décimo pues, siendo aquélla la competente para resolver el procedimiento (como se analizará en el epígrafe siguiente), carece de sentido que se formule una propuesta a sí misma. Como es sabido, la propuesta de resolución de un procedimiento corresponde, en principio, al órgano instructor del mismo; en todo caso, a un órgano distinto del competente para resolverlo.

Por otra parte, debe advertirse que la suspensión del plazo legal de tres meses para dictar y notificar la resolución (artículo 102.5 LPAC) acordada, con fundamento en el artículo 42.5, c) de la misma, por haberse solicitado el preceptivo y determinante Dictamen de este Consejo Jurídico (suspensión que es efectiva desde la fecha de registro de salida de dicha solicitud, como dijimos en el anterior Dictamen emitido sobre este asunto), cesará en la fecha en que el presente sea recibido por la Consejería consultante, reanudándose entonces dicho plazo, conforme con el referido precepto.

II. En cuanto a la competencia para resolver, considerando que el artículo 34.2 LCSP establece con carácter básico que el órgano competente para resolver los procedimientos de revisión de oficio en materia contractual ha de ser un órgano que agote la vía administrativa, y que los actos administrativos del Director-Gerente (órgano de contratación del SMS) y del Consejo de

Administración de dicho Ente no tienen dicha condición, al poder interponerse contra ellos recurso ordinario ante el Consejero competente en materia de sanidad (artículo 35.2 de la Ley 4/1994, de 26 de julio, de Salud de la Región de Murcia), es la Consejera consultante el órgano competente para declarar, en su caso, la nulidad de pleno Derecho de los actos sujetos a revisión, esto es, los integrantes del procedimiento de contratación de referencia, que versa sobre un contrato administrativo de servicios sujeto a la reseñada LCSP.

**TERCERA.- La nulidad de pleno Derecho de los actos del procedimiento de contratación de que se trata: existencia. Procedencia de su declaración.**

Considerando que el artículo 154,d) LCSP permite la adjudicación de contratos administrativos mediante el procedimiento negociado cuando *“por motivos relacionados con la protección de derechos de exclusiva el contrato sólo pueda encomendarse a un empresario determinado”* (en cuyo caso tampoco procede la publicidad previa ni la invitación a otras empresas, ex arts. 161.1 y 162.1 de la misma Ley), el órgano de contratación adjudicó provisionalmente el de referencia a la empresa “X”, previa invitación exclusiva a la misma, por estimar entonces que su objeto, atinente a los servicios de mantenimiento de determinados productos informáticos de hardware y software (equipos y programas) instalados en diversas dependencias del SMS, sólo podían ser legal y técnicamente prestados por aquélla, al ser la fabricante de los mismos y poseer los correspondientes derechos de explotación al respecto, concluyendo en su momento los informes de 11 de septiembre y 6 de noviembre citados en los Antecedentes, en relación con el apuntado objeto del contrato, que *“los servicios de soporte especializado para la resolución tanto de problemas de software como de hardware, sólo HP puede prestarlos”*.

Aunque el acto de adjudicación provisional producido no perfeccione el contrato (sólo posible con la adjudicación definitiva, cualquiera que sea el procedimiento de adjudicación, ex art. 27.1 LCSP), constituye un acto declarativo de derechos para el interesado, en tanto que le otorga el derecho a la adjudicación definitiva si cumple con los requisitos previstos en el artículo 135.4 de dicha Ley (aportar determinada documentación y prestar la garantía definitiva), salvo que, obviamente, y como sucede en el caso, la Administración suspenda la ejecutividad de la adjudicación provisional en tanto resuelve sobre una eventual declaración de nulidad radical de éste y los anteriores actos del procedimiento de contratación, como acontece en el caso, siendo tales actos susceptibles de esta declaración, conforme a lo establecido en el artículo 34.1 LCSP (actos preparatorios y de adjudicación) si concurriera alguna de las causas de nulidad establecidas en el artículo 32,a) de ésta y en los preceptos concordantes de la LPAC citados en su momento.

A partir de lo anterior, y siendo indiscutido que, de no concurrir el supuesto contemplado en el transcrito artículo 154, d) LCSP, hubiera debido seguirse preceptivamente un procedimiento con trámites de publicidad y admisión de concurrencia de licitadores, la apreciación de la nulidad de pleno Derecho del procedimiento contractual de que se trata, por haberse seguido el mismo y haberse prescindido del legalmente establecido, que incluye los indicados y esenciales trámites atinentes a la publicidad y la concurrencia (art. 62.1,e) LPAC), pasa por determinar si, en el presente caso, y por razones de protección de derechos de exclusiva vinculados con los servicios objeto del contrato, éstos sólo pueden ser prestados por la adjudicataria provisional, o si, por el contrario, es legalmente posible que los mismos puedan serlo por otras empresas, en cuyo caso faltaría el presupuesto fáctico del referido precepto de la LCSP.

A estos efectos, de los informes emitidos por la Subdirección General de Tecnologías de la Información del SMS y de las alegaciones presentadas por la adjudicataria provisional se desprende lo siguiente:

a) Que ésta es la titular de los derechos de propiedad intelectual o industrial correspondientes a los productos informáticos de hardware y software cuyo servicio de mantenimiento es el objeto del contrato, y que dicha empresa, mediante el oportuno contrato, puede ceder o autorizar a terceros, para su ejercicio y uso, las facultades y productos dimanantes de dicha propiedad intelectual o industrial que sean técnicamente necesarios para poder prestar legalmente los referidos servicios de mantenimiento.

b) Que, en principio, la empresa "x", de la que la referida Subdirección consideraba que tenía las acreditaciones necesarias para prestar los servicios de mantenimiento informático de referencia (acreditaciones que incluirían la referida autorización de prestación de servicios) no dispone de esta última, pues, negada la realidad de su existencia por la empresa titular de los referidos derechos de propiedad, de existir tal acreditación así lo hubiera justificado dicha Subdirección, lo que no ha acontecido en el expediente que se nos remite. Ello supone, a los efectos del presente procedimiento y de este Dictamen, que no puede considerarse acreditado que dicha empresa pudiera haber sido ser potencial adjudicataria del contrato.

c) Que, no obstante lo anterior, la adjudicataria provisional no niega que puedan existir otras empresas que sí dispongan de habilitación para poder prestar al SMS los servicios objeto del contrato, mediante alguna de las modalidades autorizatorias que la misma empresa reconoce que es posible que pueda prestar (mediante la suscripción del correspondiente contrato y con la debida compensación, se deduce). Por ello, sin perjuicio de que la adjudicataria ostente la titularidad

exclusiva de los derechos de propiedad intelectual o industrial sobre el hardware y software de que se trata, es posible que ello no implique necesariamente que aquélla sea la única empresa que pueda prestar servicios de mantenimiento informático sobre los productos a los que se vinculan tales derechos de propiedad, pues pueden existir terceras empresas autorizadas al respecto, con lo que, en principio, no concurriría el supuesto previsto en el artículo 154, d) LCSP, citado en su momento.

Esta posibilidad legal de que los servicios objeto del contrato pudieran ser prestados por más de una empresa (sin perjuicio de que, después, tal posibilidad se materialice o no en la práctica, a la vista de las empresas concurrentes y de los términos de su eventual autorización otorgada por la empresa titular de los citados derechos para prestar los servicios en cuestión), justifica, a la vista de los principios de publicidad y concurrencia que inspiran la legislación sobre contratación administrativa, que en la contratación de tales servicios deba seguirse un procedimiento que garantice dichos principios y, por tanto, que deba considerarse jurídicamente improcedente haber acudido al procedimiento negociado sin publicidad que dio lugar a la adjudicación provisional del contrato, con la consecuencia de la nulidad radical de tal adjudicación y de sus actos preparatorios, por haberse prescindido del procedimiento legalmente establecido, que habría de incluir los esenciales trámites de publicidad y admisión de concurrencia de licitadores.

En consecuencia, procede declarar la nulidad de pleno Derecho de los actos integrantes del procedimiento de contratación sujeto a revisión de oficio en el presente expediente (a saber, y especialmente, el pliego de cláusulas administrativas que preveía el procedimiento negociado sin publicidad luego tramitado y el acto de adjudicación provisional recaído).

#### **CUARTA.- Actuaciones posteriores.**

Declarada la nulidad de pleno Derecho de los referidos actos, el nuevo pliego de cláusulas administrativas a aprobar deberá ajustarse al nuevo procedimiento licitatorio a seguir, y habrá de actualizar los términos del futuro contrato, como por ejemplo el relativo a su duración, pues la determinación actual ha quedado desfasada con motivo de la tramitación de los procedimientos revisorios de referencia (la cláusula 2.1 del pliego obrante en el expediente se remite a un denominado “*cuadro de características*”, anexo al mismo, en cuyo apartado 5 se expresa que la duración del contrato será desde el momento de su formalización hasta el 30 de abril de 2010, lo que ya no es posible).

Por otra parte, la singularidad del contrato en lo referente a la específica acreditación o autorización (entendidos estos términos en un sentido amplio) que han de disponer los licitadores para poder prestar legalmente los servicios objeto del contrato, motivada por la existencia de los derechos de propiedad intelectual o industrial aludidos en la Consideración precedente, obliga a ampliar los términos del apartado 22 de dicho cuadro de características, en relación con la cláusula 18.3, h) del actual pliego, para incluir en el mismo una referencia a la necesidad de presentar la suficiente acreditación o autorización para prestar legalmente servicios como los sujetos a contratación, habilitación que el licitador deberá tener conferida documentalmente por parte del titular de los referidos derechos de propiedad. Ello sin perjuicio de resaltar la especial importancia que tendrá en la nueva licitación el trámite de alegaciones de los licitadores una vez se hayan abierto los sobres que contengan esta clase de documentación, pues ya se ha visto la relevancia que a estos efectos tiene la posición del titular de tales derechos (hoy adjudicatario provisional del contrato) y que presumiblemente concurrirá a la nueva licitación.

Precisamente el hecho de que la acreditación para prestar los servicios contractuales por parte de licitadores distintos a la citada empresa dependa de los términos de la autorización o acreditación que ésta haya otorgado a aquéllos para prestar servicios como los de referencia, suscita la cuestión acerca de si en el nuevo pliego fuera conveniente posibilitar la adjudicación por lotes, para el supuesto de que la acreditación presentada por un eventual licitador alcanzase sólo a una parte de los referidos servicios y éstos fueran susceptibles de adjudicación separada, en los términos del artículo 74.3 LCSP. Esta posibilidad se deduce, en principio, del informe de la Subdirección competente que señaló que una determinada empresa podía prestar los servicios de mantenimiento referidos al hardware, es decir, a sólo una parte de los servicios a contratar (vid. informe reseñado en el Antecedente Quinto), circunstancia que entonces le pareció suficiente motivo como para proponer la declaración de nulidad de la adjudicación (de otro modo, es decir, de no admitir la prestación separada por diferentes empresas respecto de determinados servicios de mantenimiento, no se entendería tal proceder). En cualquier caso, la posibilidad y conveniencia técnica y económica de esta eventual división por lotes de los servicios de referencia es una determinación que corresponde finalmente al órgano de contratación, previo informe de dicha Subdirección, a la vista del indicado precepto legal.

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

### **CONCLUSIONES**

**PRIMERA.**- Procede la declaración de nulidad de pleno derecho de los actos administrativos integrantes del procedimiento de contratación a que se refiere el presente expediente, por las razones expresadas en la Consideración Tercera del presente Dictamen. En consecuencia, la propuesta de resolución formulada en tal sentido, objeto de Dictamen, se informa favorablemente.

**SEGUNDA.**- Deben tenerse en cuenta las observaciones realizadas en la Consideración Cuarta del presente Dictamen.

No obstante, V.E. resolverá.



**DICTAMEN 222/2010**

<b>Asunto</b>	Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hijo, debida a accidente escolar.
<b>Consultante</b>	Consejero de Educación, Formación y Empleo
<b>Fecha</b>	15/11/2010

**Extracto de Doctrina**

La antijuridicidad del daño, por su parte, deriva de la inexistencia de una obligación jurídica del menor de soportarlo; antes bien, la Administración tenía el deber de garantizar el respeto a su integridad y dignidad personal, así como la protección contra toda agresión física o moral, conforme a lo establecido en el artículo 17 del Decreto 115/2005, de 21 de octubre, por el que se establecen las normas de convivencia en los centros docentes sostenidos con fondos públicos que imparten enseñanzas escolares. Del mismo modo, su artículo 40.2 impone al Director y al profesorado, entre otros sujetos de la comunidad escolar, el deber de poner especial cuidado en la prevención de actuaciones contrarias a las normas de convivencia, estableciendo las necesarias medidas educativas y formativas.

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** Con fecha 3 de diciembre de 2009, x. presenta escrito que denomina como “reclamación económica”, en solicitud de abono por la Administración de los gastos derivados de la asistencia psicológica y sanitaria prestada a su hijo, como consecuencia del abuso sexual sufrido por éste en el Colegio de Educación Infantil y Primaria “Poeta Antonio Oliver” de Cartagena.

La descripción de los hechos en los que se basa la reclamación es la que sigue:

*"Durante el mes de junio (de 2009), notamos cambios importantes en la conducta del niño, tanto a nivel físico como psíquico. En un principio comienza a tener pesadillas y miedo a dormir a oscuras, notamos cambios de humor radicales y deja de relacionarse con otros niños, se refugia en casa y en los videojuegos. Pero el cambio más importante y el que más nos preocupa es que deja de un día para otro de ingerir alimentos sólidos, bajando rápidamente de peso día a día.*

*Tras llevarle varias veces a su pediatra, urgencias, médicos privados de digestivo y endocrino, alarmados por la pérdida de peso del niño, no conseguimos llegar a ninguna conclusión, dejándonos claro a nivel sanitario, la posibilidad de tener que ingresarle hospitalariamente.*

*El día 11 de julio, gracias a unos familiares de confianza (psicóloga y profesor), y alarmados por cómo comienza a contar su problema, el niño tras muchas vueltas y preguntas indica de manera encubierta que ha sufrido abusos sexuales y malos tratos en el Colegio, por parte de dos alumnos del mismo Centro, durante las clases de Educación Física en los baños del Centro”.*

Relata el reclamante que, tras poner los hechos en conocimiento del centro escolar el 13 de julio, no son comunicados a la Inspección educativa hasta el 30 del mismo mes. Este órgano informa al interesado que en septiembre se pondrá en marcha el protocolo para tales situaciones, indicándole, no obstante, que la Administración carece de personal especializado para estos asuntos. El reclamante manifiesta que se sintió insultado por el desconsiderado trato recibido de la Inspección, reflejando en su escrito de solicitud fragmentos de la conversación mantenida con el Inspector Jefe.

Ante la pasividad administrativa, el reclamante acude al Proyecto “Luz” (Programa de información, diagnóstico y evaluación de menores víctimas de abuso sexual infantil, dependiente de la Consejería de Política Social, Mujer e Inmigración), donde el niño comienza a ser tratado por una psicóloga. Además, se somete a tratamiento médico la anorexia post traumática que presenta.

El interesado reclama el importe (2.850 euros) de los gastos ocasionados, entre los que incluye el tratamiento psicológico, consultas a especialistas privados, pruebas médicas, medicamentos y suplementos alimenticios, desplazamientos desde Cartagena a la consulta psicológica en Murcia, etc.

**SEGUNDO.-** Por Resolución de 16 de diciembre de 2009, del Secretario General de la Consejería de Educación, Fomento y Empleo, se admite a trámite la reclamación, que se califica como de responsabilidad patrimonial, y se designa instructora.

**TERCERO.-** Por la instrucción se requiere del centro educativo la emisión de informe acerca de las circunstancias en que se produjeron los hechos y sobre diversos extremos que se consideran necesarios para resolver.



Con fecha 26 de enero de 2010 la Directora del centro educativo emite informe que se expresa en los siguientes términos:

*“En este centro se llevó a cabo, a instancias de la Inspección de Educación, la incoación de un expediente por conductas gravemente perjudiciales para la convivencia, mediante el procedimiento ordinario. Este proceso duró desde el día 1 hasta el 18 de septiembre de 2009. Dicho expediente se basó en los hechos comunicados por esta directora el 30 de julio a x., después de una entrevista con los padres del alumno x. el día antes. Se trataba de un supuesto caso de trato vejatorio, con abuso sexual, sufrido por el alumno x. durante la primera semana de junio a manos de x, y. Todos alumnos en ese momento de cuarto curso de Educación Primaria.*

*El expediente antes citado se remitió en su fecha a la entonces denominada Dirección General de Ordenación Académica, tal y como exige la legislación, y del mismo se acordó tomar como MEDIDAS EDUCATIVAS DE CORRECCIÓN, EL CAMBIO DE CENTRO, de los dos alumnos, ya definidos y reconocidos como agresores, x, y.*

*Con respecto a su solicitud acerca de informes singulares sobre el caso, pongo en su conocimiento que:*

- *Lo que conocemos sobre los hechos concretos y en qué consistió el abuso está en el expediente que se adjunta.*

- *La fecha nunca la hemos sabido con certeza. De modo aproximado, está en el expediente. El momento y el lugar también se citan en el expediente.*

- *De los expedientes se deduce que la acción fue puntual y no continua.*

- *Puesto que la Tutora no está este curso en este colegio, le expreso que ella comentó cuando vino en septiembre llamada por la Dirección de este centro, que la madre de x. le había manifestado por los días de finales del mes junio que el niño no quería comer. Dedujeron que podía ser debido a nervios de fin de curso. Aparentaba estar triste. Los resultados académicos del niño fueron los normales dentro de su línea de rendimiento.*

- *Actualmente, x. es un niño alegre en clase y se muestra feliz en el trato con sus compañeros.*

- *Las actuaciones que se llevaron a cabo, una vez informados los hechos por la familia en el mes de julio, fue ponerlo en conocimiento de la Inspección de Educación y seguir las instrucciones que desde esta instancia se dieron, de lo cual adjunto copia.*

- *Las características de la sociabilidad de los agresores no figuraron por escrito nunca en ningún apartado de sus expedientes académicos por no haber sido significativas. Según nos*

consta por el contacto periódico que se mantiene con las familias, en estos momentos están recibiendo tratamiento psicológico.

- Los padres de x. manifestaron a la Directora el día 29 de julio que uno de los agresores había empujado y pegado al niño durante el curso pasado en algunas ocasiones. Estos hechos nunca, y así lo reconocieron, fueron comunicados ni a la tutora ni a la Dirección ni a la Jefatura de Estudios, sino directamente a la madre del agresor.

- Las causas posibles de los hechos ocurridos en la primera semana de junio las desconocemos.

- Nunca se recurrió a ninguna clase de instancias para la prevención y ayuda de la violencia en la escuela, ni hubo intervención en esta línea, porque no se tuvo constancia de ningún hecho que justificara tal necesidad.

- Nunca hubo conocimiento por el centro, ni por parte de la tutora ni de la dirección, de que x. pudiera haber sido objeto de agresión de ningún tipo con anterioridad.

- Las circunstancias en las que sucedieron los hechos fueron las habituales de una clase de Educación Física en la que los niños acuden al aseo (en el mes de junio) a lavarse. No es frecuente que estén acompañados por el profesor en el interior del vestuario; si bien esta Dirección puede asegurar que el profesor siempre los esperaba en el pasillo junto a los aseos. No obstante, en cada espacio de éstos hay un WC con puerta y la posibilidad de cerrarla por dentro.

Hasta aquí, y junto con la copia de cada uno de los expedientes, es toda la información que objetivamente y por escrito puedo proporcionar a usted’.

Entre los documentos adjuntados por la Dirección del centro constan los siguientes:

- Escrito dirigido a la Directora del centro por el Inspector de Educación de zona con fecha de recibo de 31 de julio de 2009, en el que se le insta a actuar de forma inmediata conforme a la Resolución de 4 de abril de 2006, de la Dirección General de Ordenación Académica, por la que se dictan instrucciones de actuación en caso de acoso escolar, adoptando las medidas de protección del menor victimizado, y señalando al Orientador del Equipo de Orientación Educativa y Psicopedagógica de Convivencia Escolar (EOEPS) correspondiente al centro y al Coordinador de los EOEPS como personas de apoyo y asesoramiento interno.

- Copia de los expedientes por los que se adoptan medidas de corrección para los dos alumnos del centro de 4º de primaria que violentaron a x. Entre los hechos en que se basa la resolución disciplinaria consta que los menores “obligaron a la víctima a realizar un acto con lo

boca que le ocasionó trastorno emocional siendo la consecuencia no poder comer sólido desde entonces”.

**CUARTO.-** Solicitado informe al Observatorio para la Convivencia Escolar de la Región de Murcia, se emite el 2 de octubre de 2009, con las siguientes conclusiones:

*“La normativa vigente en materia de convivencia escolar para los centros educativos de la Región de Murcia ha sido aplicada de forma correcta durante todo el proceso de instrucción de los expedientes.*

*- El equipo directivo del centro ha actuado conforme a dicha normativa y ha llevado a cabo, de forma adecuada, el protocolo de intervención establecido para estos casos,*

*- La Inspección de Educación y la Dirección General de Ordenación Académica han tratado el asunto con la debida confidencialidad y agilidad, decidiendo aplicar el "cambio de centro" para los alumnos expedientados el día 21 de septiembre de 2009, una vez concluidas todas las diligencias que requería la tramitación de los expedientes disciplinarios instruidos. Dichos "cambios de centro" se hicieron efectivos los días 21 de septiembre, para el alumno x, y 23 de septiembre de 2009, para el alumno y.*

*- Los alumnos agresores no pudieron tener contacto con la víctima en ningún momento en el centro, dado que la medida provisional consistente en: "suspensión del derecho de asistencia al centro durante un periodo de 15 días lectivos ", fue dictada por parte de la Directora el día 9 de septiembre de 2009, debiendo ser efectiva en el periodo de tiempo comprendido entre el comienzo del curso escolar 2009-2010 (14 de septiembre de 2009) y hasta el día 2 de octubre de 2009. Por tanto, el traslado de centro de ambos alumnos se realizó, tal como consta en el punto anterior, antes de finalizar dicho plazo. Junto a este procedimiento la Consejería de Educación, Formación y Empleo ha puesto a disposición del padre denunciante todos los recursos especializados y una actuación permanente que, a modo de ejemplo, se ha concretado en:*

*a) Entrevista promovida desde la Secretaría General con objeto de poner en marcha medidas urgentes de apoyo.*

*b) Intervención del Equipo Específico de Convivencia de la Consejería de Educación, Formación y Empleo, bajo la dirección de x.*

c) *Coordinación con la Dirección General de Familia y Menor, de la Consejería de Política Social, Mujer e Inmigración*”.

**QUINTO.-** Consta en el expediente remitido al Consejo Jurídico el correspondiente al instruido para la corrección de las conductas contrarias a la convivencia y que culmina con la adopción de la medida de cambio de centro educativo para los menores agresores.

Asimismo, constan los siguientes informes:

- Informe de actuación del EOEPS de Convivencia Escolar, emitido con fecha 7 octubre de 2009. En él se pone de manifiesto que se ha efectuado un seguimiento del alumno victimizado por parte del Equipo desde el 1 de septiembre de 2009 hasta el día 5 de octubre de 2009; se relata que, desde el 1 de septiembre y con periodicidad semanal, el niño recibe atención del Proyecto Luz y se tiene conocimiento de que está en tratamiento psicológico privado en Cartagena, siendo la mayor preocupación del padre del alumno la no ingesta de alimentos sólidos y que, debido a ello, el alumno se encuentra físicamente muy deteriorado.

En el informe se precisa que el Equipo dio orientaciones al centro educativo para continuar el seguimiento (constatar si el niño entra en el aseo, si come alimentos en el recreo, si interactúa, etc.) y se dirige a la orientadora del mismo a fin de ser informada y conocer el caso.

El informe concluye que: a) el alumno está adaptado en su grupo de referencia y mantiene interacciones normales con el grupo de iguales tanto en clase como en el recreo; b) no se han observado conductas de evitación al colegio ni a determinados compañeros; y c) completa la ingesta de los alimentos que trae de casa.

- Informe técnico de 7 de septiembre de 2009 de la Dirección General de Familia y Menor, de la Consejería de Política Social, Mujer e Inmigración, relativo a las actuaciones llevadas a cabo con el menor desde el Proyecto Luz.

Se indica que el menor es derivado con fecha 16 de julio de 2009 desde el Centro de Salud de La Manga, demandando la Médico de Familia actuante atención urgente, dado el estado que presentaba el niño. A la recepción en el Proyecto Luz, el niño presenta la siguiente sintomatología conductual: *“ausente con fantasías, miedos, fobias, pesadillas, pobres relaciones con los compañeros, retraimiento social, inferioridad, subestimación, depresión, llantos inmotivados, cambios bruscos de conducta, manifiesta haber sido abusado, falta de confianza, anorexia”*.

De manera urgente se contacta con la psicóloga de la Asociación “Albores” de Murcia, para dar prioridad al caso. Entre los meses de julio y agosto el menor ha sido visto en cinco ocasiones. Presenta sintomatología disociativa y estrés postraumático, además de las dificultades de ingerir alimentos, muy probablemente relacionada y compatible con una grave situación de acoso escolar y abuso sexual.

El informe termina aconsejando la adopción de medidas cautelares ante el inminente comienzo de las clases.

**SEXTO.-** Con fecha 8 de febrero de 2010, se confiere trámite de audiencia. El 24 de febrero se solicita del interesado que presente prueba documental en el plazo de 15 días, a fin de acreditar los gastos que en concepto de indemnización se solicitan.

Contesta el interesado desglosando los conceptos y cantidades indemnizables de la forma siguiente:

*“-período de atención psicológica julio de 2009 a hoy. Total 234 días.*

*-Desplazamientos a consulta psicológica en Murcia, a día de hoy 27. Kilómetros entre Cartagena y Murcia de ida 53, de vuelta 50. Total kilómetros 2.781 x 0,19...528,39 euros.*

*-Gastos médicos: sólo conservamos los justificantes que se adjuntan por importe total de 358 euros.*

*-Gastos de medicación y suplementos alimenticios: no conservamos justificantes”.*

Señala el interesado, que la indemnización solicitada se cuantificó de forma estimativa en 2.850 euros, por los gastos habidos hasta ese momento, si bien, podría reclamarse por otros conceptos como días de incapacidad y secuelas que arrojarían una cuantía muy superior a la reclamada. Concluye afirmando que, si se abona la cantidad solicitada, no se reclamaría la superior.

**SÉPTIMO.-** Con fecha 15 de abril de 2010, la instructora formula propuesta de resolución estimatoria de la reclamación, al considerar que concurren en el supuesto sometido a consulta los elementos determinantes de la responsabilidad patrimonial, al entender que la Administración, tras

tener conocimiento de los hechos, no obró con la suficiente diligencia en el auxilio a la familia del menor y a este mismo, pues dejó pasar los meses de julio y agosto sin hacer nada y esperó al mes de septiembre para actuar, aumentando la angustia de una familia que no recibió información alguna acerca de los servicios públicos a su disposición.

La propuesta de resolución considera que se debe indemnizar al reclamante con 1.500 euros, si bien con anterioridad señala la cuantía indemnizatoria procedente en 2.850 euros.

En tal estado de tramitación y una vez incorporados los preceptivos índice de documentos y extracto de secretaría, se remite el expediente en solicitud de Dictamen, mediante escrito recibido en el Consejo Jurídico el pasado 23 de abril de 2010.

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 23 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. Acaecidos los hechos por los que se reclama en junio de 2009 y formulada la acción indemnizatoria el 3 de diciembre de ese mismo año, es evidente que ha sido ejercitada dentro del plazo de un año, plazo de prescripción que para el derecho a reclamar por los daños y perjuicios sufridos en vía de responsabilidad patrimonial establece el artículo 142.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC).

2. El reclamante ostenta la condición de interesado para ejercitar la acción de reclamación conforme a lo dispuesto en el artículo 139.1 LPAC, en relación con el 4.1 RRP, ya que actúa en

nombre y representación legal (art. 162 del Código Civil) de su hijo, menor que sufre los daños, lo que le confiere legitimación activa para reclamar. Cabe precisar que, si bien no ha quedado acreditada de forma fehaciente en el expediente la relación paterno-filial, ésta es aceptada y se desprende de las constantes actuaciones llevadas a cabo por la Administración educativa.

Procede, en consecuencia, aplicar al caso la doctrina jurisprudencial, según la cual una vez reconocida la representación en una fase del procedimiento no puede negarse en otra ulterior, pudiéndose citar en este sentido, y entre otras, las sentencias del Tribunal Supremo de 11 de febrero de 1983 y 1 de febrero de 1989; lo que exige, antes de dictar resolución, requerir, según lo dispuesto en el artículo 32.4 LPAC, al reclamante para que subsane la falta de acreditación de la representación que dice ostentar, pudiendo utilizar para ello cualquiera de los medios previstos en el apartado 3 del citado precepto.

La legitimación pasiva corresponde a la Consejería de Educación, Formación y Empleo, en cuanto titular del centro en el que se producen los daños alegados y del servicio público al que aquéllos se imputan.

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 conferido al interesado y el preceptivo informe del Director del Centro escolar.

No obstante lo anterior, ha de indicarse que, si bien este Consejo Jurídico coincide con el órgano instructor en que las especiales características del caso exigen una sensibilidad especial y una singular limitación de las actuaciones de averiguación e instrucción en evitación de mayores tensiones y problemas para la víctima, ello no debe llevarse al extremo de dejar de realizar aquellas que sean estrictamente necesarias para poder adoptar una decisión fundada en derecho y que permitan contar con todos los elementos de juicio necesarios, lo que en el presente caso no se ha cumplido, generando especiales dificultades en orden a la determinación del importe de la indemnización, como de forma particular se precisa en la Consideración Cuarta de este Dictamen.

**TERCERA.- Elementos de la responsabilidad patrimonial de la Administración. Nexa causal y antijuridicidad del daño: existencia.**

1. Elementos de la responsabilidad patrimonial.

El artículo 106.2 de la Constitución enuncia los presupuestos básicos de la responsabilidad patrimonial al establecer que “los particulares, en los términos establecidos por la Ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos.

La regulación de las previsiones constitucionales se contiene en los artículos 139 a 146 LPAC, que configura un sistema de responsabilidad patrimonial cuyas principales características pueden sintetizarse así: es un sistema unitario en cuanto rige para todas las Administraciones; general en la medida en que se refiere a toda la actividad administrativa, sea de carácter jurídico o meramente fáctico, y tanto por acción como por omisión; de carácter directo, de modo que la Administración cubre directamente, y no sólo de forma subsidiaria, la actividad dañosa de sus autoridades, funcionarios y personal laboral, sin perjuicio de la posibilidad de ejercitar luego la acción de regreso cuando aquéllos hubieran incurrido en dolo, culpa o negligencia graves; pretende lograr una reparación integral; y, finalmente, es un régimen de carácter objetivo que, por tanto, prescinde de la idea de culpa, por lo que la cuestión de la causalidad adquiere en este sistema la máxima relevancia.

La responsabilidad patrimonial de la Administración exige, conforme a reiterada doctrina jurisprudencial, los siguientes presupuestos:

a) La existencia de un daño o perjuicio en la doble modalidad de daño emergente o lucro cesante. El daño ha de ser efectivo y cierto, nunca contingente o futuro, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupo de personas.

b) El daño se define como antijurídico, toda vez que la persona que lo sufre no tiene el deber jurídico de soportarlo de acuerdo con la Ley.

c) La imputación a la Administración de la actividad dañosa como consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, por lo que tan indemnizables son los daños que procedan de uno como de otro, en tanto esta responsabilidad patrimonial se configura como una responsabilidad objetiva o de resultado.

Ha de destacarse, no obstante, que, aunque 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 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 puede 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.

d) La relación de causalidad entre la actuación administrativa y el daño ocasionado o producido. Este necesario e imprescindible nexo causal ha de ser directo, inmediato y exclusivo. Esta exclusividad del nexo causal ha sido matizada por la doctrina jurisprudencial que sostiene la exoneración de responsabilidad para la Administración, a pesar del carácter objetivo de la misma, cuando es la conducta del propio perjudicado o la de un tercero la única determinante del daño producido aunque hubiese sido incorrecto el funcionamiento del servicio público.

En casos como el presente en el que son los propios alumnos los agentes directos del daño, no cabe considerarlos como “terceros” ajenos a la Administración, pues al desarrollarse el evento lesivo en las instalaciones escolares, durante el horario lectivo y encontrándose los menores bajo la custodia y vigilancia del personal docente, se integran en el ámbito de organización del servicio educativo y las consecuencias de sus actos son imputables al titular del indicado servicio: la Administración regional, sin perjuicio de las responsabilidades de otros órdenes que puedan corresponder a los propios menores o a sus progenitores.

e) Ausencia de fuerza mayor.

Lo anterior exige que, en cada caso, deba abordarse el examen puntual y particular de cada petición concreta de responsabilidad patrimonial de la Administración, analizando las circunstancias específicas y peculiares que en ellas concurren, hasta llegar a determinar si se dan, o no, todos los requisitos exigibles para poder declarar tal responsabilidad, porque de concitarse todos los anteriores requisitos surge la obligación de reparación que deje a la víctima indemne del daño, pues la indemnización por este título jurídico debe cubrir los daños y perjuicios hasta conseguir su reparación integral.

## 2. El daño por el que se reclama.

Si bien el reclamante, en su escrito inicial, únicamente pretende el resarcimiento de los gastos derivados del tratamiento psicológico y médico del menor, imputando a la Administración únicamente su abandono y desatención tras haberle comunicado la agresión soportada por el niño, lo cierto es que con ocasión del trámite de audiencia, el interesado alude a otro tipo de daños (días de incapacidad y secuelas), cuya imputabilidad a la actuación administrativa sólo sería posible de entender que fue la Administración, por acción u omisión, la que generó las condiciones necesarias para que pudiera producirse la agresión.

En efecto, en el escrito que cabe considerar como solicitud inicial de reclamación, obrante a los folios 31 y siguientes del expediente, el interesado relata cómo, tras descubrir lo ocurrido en el Colegio, lo ponen en conocimiento del equipo directivo del centro y cómo, *“debido a la pasividad educativa”*, se ven obligados a contratar los servicios de un gabinete de psicología para que comiencen a tratar al niño, cuyo estado sigue deteriorándose ante la negativa a ingerir alimentos sólidos. Se alude, además, a la *“creciente angustia familiar debido a la gravedad del asunto y sobre todo a la falta de información durante más de quince días”*. Del mismo modo, la respuesta de la Inspección educativa a finales del mes de julio, remitiendo al interesado al mes de septiembre para comenzar su protocolo de actuación, y el trato recibido de dicho órgano, lleva a la familia a buscar una solución por sus propios medios y es así como acceden al Proyecto Luz, programa dependiente de la Administración regional.

Afirma el interesado que el niño ha estado siendo tratado por psicólogos y médicos, por la anorexia postraumática que presenta, siendo el coste de dicho tratamiento, incluido el de los desplazamientos desde Cartagena a Murcia para recibirlo, la cantidad que se reclama.

Sin embargo, cuando con ocasión del trámite de audiencia, se requiere al interesado para que justifique documentalmente la realidad de los desembolsos que dice haber efectuado, únicamente puede acreditar 358 euros (290 euros correspondientes a sesiones con una Psicóloga y 68 euros de una prueba diagnóstica). Es en este momento cuando alude a la posibilidad de reclamar por otros conceptos (días de tratamiento médico y secuelas), cuya valoración sería muy superior a los 2.850 euros en que, de forma estimativa, se valoraron los gastos padecidos por la familia ante la pasividad demostrada por la Administración educativa en la atención al menor tras la agresión de que fue objeto.

La inclusión en el debate de estos eventuales daños, conectados causalmente a la agresión sexual en sí misma considerada y no a la falta de atención o información posterior al conocimiento de los hechos, ha de interpretarse como una indirecta o tácita imputación a la Administración de su producción, pues sólo podría serle exigido su resarcimiento si la actuación administrativa, por acción u omisión, propició el abuso sexual.

### 3. El nexo causal.

a) Entre el funcionamiento del servicio público educativo y la agresión sexual sufrida por el menor.

A la luz del expediente, singularmente ante el reconocimiento de los hechos por los propios alumnos implicados, cabe dar por acreditada y real la existencia de la agresión sexual en el centro educativo, en una fecha que, si bien indeterminada, cabe situar entre la segunda y la tercera semanas del mes de junio de 2009.

Considera la instructora que la referida agresión pudo no ser previsible ni evitable por el profesor de Educación Física; sin embargo, este Consejo estima lo contrario.

Llega este Órgano Consultivo a tal conclusión tras la lectura de las declaraciones de los alumnos implicados en los hechos y del informe de la Directora del Centro educativo. Así, de las primeras se deduce que, como consecuencia del partido de fútbol que los tres alumnos implicados (los dos agresores y la víctima) juegan en la clase de Educación Física inmediatamente anterior a los hechos de los que se derivan los daños por los que se reclama, surge un conflicto entre ellos. De hecho, uno de los alumnos señala que el día de los hechos *“discutieron en la pista tras haber jugado un partido de fútbol”* y que entró en el aseo *“muy enfadado”*. El otro alumno, por su parte, aunque niega haberle pegado nunca a la víctima, sí reconoce que en alguna ocasión se han insultado en el recreo o en clase de Educación Física.

Este enfrentamiento ocurrido a final de curso y entre niños de caracteres tan distintos (los dos agresores consideran a la víctima como débil y lo minusvaloran por no saber jugar al fútbol), que ya contaba con antecedentes de conflicto en anteriores clases de Educación Física, no debió pasar desapercibido para el profesor de la asignatura, que hubo de prever la posibilidad de que la discusión originada por el juego derivara en algún tipo de altercado, adecuando la intensidad de su vigilancia sobre los niños hasta llegar al convencimiento de que el enfado había quedado superado (en similares términos, STSJ Madrid, de 30 de mayo de 2008), lo que no se produjo, pues del

informe de la Dirección del Centro se deduce que el profesor actuó ese día como todos los demás, esperando a los alumnos en el pasillo, sin que se apercibiera de lo ocurrido ni en el momento de los hechos ni a la salida de los escolares implicados del aseo.

Es evidente que el profesor no podía sospechar que el conflicto surgido durante el partido de fútbol derivaría en una agresión sexual, pero sí que el enfrentamiento y la disputa podía agravarse una vez se encontraran los alumnos a solas, lo que debió moverle a vigilar más de cerca el comportamiento de los alumnos para evitar actitudes violentas entre ellos. Al no hacerlo, cabe apreciar la existencia de relación causal entre su actuación, integrada en el concepto omisivo de funcionamiento del servicio público educativo, y el daño alegado.

La antijuridicidad del daño, por su parte, deriva de la inexistencia de una obligación jurídica del menor de soportarlo; antes bien, la Administración tenía el deber de garantizar el respeto a su integridad y dignidad personal, así como la protección contra toda agresión física o moral, conforme a lo establecido en el artículo 17 del Decreto 115/2005, de 21 de octubre, por el que se establecen las normas de convivencia en los centros docentes sostenidos con fondos públicos que imparten enseñanzas escolares. Del mismo modo, su artículo 40.2 impone al Director y al profesorado, entre otros sujetos de la comunidad escolar, el deber de poner especial cuidado en la prevención de actuaciones contrarias a las normas de convivencia, estableciendo las necesarias medidas educativas y formativas.

b) Entre el funcionamiento del servicio público, una vez denunciados los hechos por la familia del menor, y los gastos de atención médica y psicológica.

Ya han quedado expuestos más arriba los gastos que el reclamante hubo de afrontar como consecuencia de la falta de atención inmediata por parte de la Administración educativa.

Del expediente se deduce que, una vez denunciados los hechos al equipo directivo del Centro, el 13 de julio de 2009, no se dieron de forma inmediata indicaciones a los familiares de la víctima acerca de los servicios y recursos públicos existentes a su disposición. De hecho, 17 días después, el 30 de julio, tras comunicar la Directora del Colegio a la Inspección la denuncia efectuada por el padre, un Inspector de Educación le instruye acerca de la necesidad de poner en marcha a la mayor brevedad posible los procesos que se describen en Resolución de 4 de abril de 2006, de la Dirección General de Ordenación Académica, por la que se dictan instrucciones en relación con situaciones de acoso escolar en los centros docentes sostenidos con fondos públicos que imparten enseñanzas escolares, al objeto de esclarecer los hechos y acometer las actuaciones

que correspondan, y las medidas de protección de la víctima, que garanticen la inmediata seguridad del mismo. Sin embargo, difiere hasta el 1 de septiembre la comunicación de los hechos al EOEP, *“al objeto de solicitarles que lleven a cabo las actuaciones de asesoramiento y orientación que sean necesarias”*.

El informe del indicado Equipo (folio 82 y siguientes del expediente) confirma que no es hasta el 1 de septiembre, cuando se les comunican los hechos vía telefónica. En dicho informe se reseña que, al conocer que el niño recibe atención en el Proyecto Luz, el Equipo contacta con la psicóloga del referido Proyecto que les informa que el niño llegó el 16 de julio de 2009 derivado por el Servicio de Protección de Menores y que, paralelamente, recibe atención psicológica privada en Cartagena en relación con el problema alimenticio. Desde el indicado Equipo *“se le aconseja que considere la conveniencia de que reciba tratamiento por la profesional de Cartagena”*.

La cronología de los hechos demuestra que, entre el conocimiento de los hechos por la Administración (el 13 de julio de 2009) y el inicio de la atención por el Proyecto Luz, dependiente de la Administración regional, el 16 de julio, únicamente transcurren tres días, si bien parece probable que el acceso del niño a dicho programa de asistencia no fue orientado por la Administración educativa, pues nada se indica al respecto en el expediente, sino que se debió a una Médico de Familia del Centro de Salud de La Manga (folio 86 del expediente). No consta que, entre el 13 y el 16 de julio, el niño acudiera a un psicólogo privado, pues la primera asistencia acreditada en el expediente tiene lugar el 6 de agosto (folio 175).

Del mismo modo, la atención educativa específica otorgada por el EOEP no se dispensa hasta el 1 de septiembre de 2009, más de mes y medio después de ser denunciada la agresión. No obstante, como los gastos por los que se reclama son los de asistencia médica y psicológica, el retraso en dar a la familia el apoyo del EOEP no puede considerarse como causa de tales daños, pues entre las funciones del indicado Equipo no se encuentra la de prestar asistencia médica y psicológica a las víctimas de actitudes contrarias a las normas de convivencia, sino asesorar para la resolución de los conflictos (art. 2, Orden de 25 de julio de 2006, de la Consejería de Educación y Cultura, por la que se adscribe el Equipo de Orientación Educativa y Psicopedagógica Específico de Convivencia Escolar a la Dirección General de Ordenación Académica).

Si limitamos el objeto de análisis a los gastos de asistencia médica y psicológica, únicos cuyo resarcimiento se reclama de forma expresa, ha de señalarse que, de estar el menor amparado por la cobertura del Sistema Nacional de Salud, el acudir al ámbito privado en demanda de servicios asistenciales prestados por el indicado sistema no daría derecho a indemnización,

como de forma reiterada viene señalando este Consejo Jurídico (por todos, Dictamen 58/2006). En el supuesto sometido a consulta, parece que el niño sí está amparado por las coberturas del Sistema Nacional de Salud, pues el interesado manifiesta que, tras pedir cita en la sanidad pública, la obtiene para varios meses después, lo que le lleva a acudir a la medicina privada. La fecha para la que fue citado el niño no ha sido acreditada en el expediente.

Todo ello determina que el único daño resarcible por el alegado abandono de la Administración sería un eventual daño moral derivado de la natural angustia de los padres del menor, que se ven faltos de la orientación y apoyo de la Administración ante una situación extremadamente delicada y dolorosa. Este daño, si bien no se alega de forma expresa, está implícito en el conjunto de la reclamación que insiste en el retraso en obtener la demandada asistencia de la Administración.

#### **CUARTA.- La cuantía de la indemnización.**

##### 1. Criterios generales.

La determinación del importe de la indemnización a abonar en los procedimientos de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas responde a los siguientes criterios, reiterados en numerosos dictámenes de este Órgano Consultivo:

- 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 lesionado 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.

## II. Resarcimiento de gastos de asistencia sanitaria y psicológica.

El interesado reclama una cantidad de 2.850 euros, en concepto de resarcimiento de los gastos habidos en la asistencia sanitaria y psicológica de su hijo, incluidos numerosos desplazamientos entre Cartagena y Murcia. La mayor parte de dichos gastos están huérfanos de acreditación documental, aportando el interesado justificantes sólo de diversas sesiones de asistencia psicológica, por valor de 290 euros, y de una prueba diagnóstica (endoscopia), por valor de 68 euros.

Correspondiendo al actor la carga de la prueba acerca de la realidad del daño por el que se reclama, es evidente que la falta de acreditación de éste opera en su contra, pues no puede reconocerse indemnización alguna por un daño cuya realidad no ha quedado suficientemente justificada. Ha de recordarse, además, lo que se dijo más arriba (Consideración Tercera) acerca de la no indemnizabilidad de gastos sanitarios que responden a una decisión libre y voluntaria del interesado de renunciar a la asistencia pública prestada por el Sistema Nacional de Salud y acudir a la sanidad privada.

## III. Días de tratamiento médico y secuelas.

### 1. Días de tratamiento médico.

El reclamante cuantifica este daño en 6.757,92 euros, considerando que el menor ha estado sometido a tratamiento médico durante 234 días, que califica como no impositivos, y tomando como referencia valorativa el baremo de la legislación de responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor.

Debe recordarse aquí la consolidada doctrina jurisprudencial y de los órganos consultivos, según la cual la indemnización de los días de incapacidad o tratamiento del menor no puede determinarse en función de las rentas dejadas de percibir, puesto que el alumno no se encontraba en edad laboral, sino en función de la afectación a su actividad, es decir, los días en que no pudo asistir a clase y aquellos otros en los que, aun cuando acudiera a clase, jugara, etc., su ejecución le pudiera resultar molesta. En el caso de accidentes escolares se mantiene el criterio de valorar la

incapacidad por afectación al rendimiento escolar, conforme a reiteradas sentencias de la Audiencia Nacional, la doctrina del Consejo de Estado y la de otros órganos consultivos autonómicos; por su interés, reproducimos parte del Fundamento Jurídico Quinto de la SAN, Sala de lo Contencioso Administrativo, de 2 de julio de 2002, referida a un accidente escolar, que señala, en cuanto a la indemnización por incapacidad, que *“dado que la lesionada tenía ocho años de edad al momento del accidente, su única actividad es la de acudir al centro escolar y su valoración debe corresponderse con esos días de ausencia al centro y la afectación en su caso al rendimiento escolar”*. En el mismo sentido, las Sentencias de dicha Audiencia de 16 de julio y 26 de septiembre de 2002, 1 de marzo de 2001, 9 de junio de 1999 y 4 de marzo de 1998. Asimismo, la Sentencia de 15 de marzo de 1999, de la Sección 2ª de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, considera proporcionada la indemnización por los días que la niña estuvo impedida para acudir al colegio. A mayor abundamiento, la doctrina del Consejo de Estado señala que la condición de escolar del lesionado excluye la eventual pérdida de renta, sea salarial o de cualquier otra especie (por todos, Dictámenes núms. 3410 y 1278 del año 2001; 3364, 1545 y 602 del año 2000 y 2962 del año 1999), llegando, incluso, a excluir las rentas reclamadas por los días de baja del alumno, sean impeditivos o no. Por otra parte, el Consejo Consultivo Valenciano (Dictamen núm. 499/2003) ha señalado: *“A este respecto ha de recordarse, como ya hacía ante supuestos de hechos similares el dictamen 374/2003 de este Consejo, que la niña, por su edad, no desarrolla actividad profesional ni actividad que se viera especialmente perturbada por la lesión sufrida”*. Es por ello que puede compartirse el criterio de la propuesta de resolución en relación con la existencia únicamente de 17 días impeditivos correspondientes a sus faltas de clase”. También el Dictamen núm. 505/2003 del mismo órgano consultivo ahonda en la cuestión, centrándose en los días en que la menor se ausentó del centro escolar: *“Como este Consejo ha reiterado, las cantidades de dicha tabla de indemnizaciones tienen carácter meramente orientativo, sin que se estime muy adecuado el concepto de día de baja impeditivo” para una menor de tan sólo cinco años. Por ello, tomando en consideración el referido carácter orientativo de aquellas cuantías, y que la hija del reclamante se incorporó a sus actividades docentes a los diez días (...)*.

En nuestro Dictamen 134/04, se advertía que *“en cuanto a los llamados días no impeditivos, durante los cuales la niña sí asistió al centro escolar, hemos de considerar la falta de justificación concreta de la aplicación de este concepto a la menor y su extensión en el tiempo, pues la reclamante no aporta ningún dato que permita conocer cuáles fueron las limitaciones que tuvo la niña durante dicha etapa (cuatro meses aproximadamente) en su vida escolar o diaria, ni tampoco se aclara en el informe médico de la sanidad privada aportado por la reclamante” (...)*.



*En cuanto a la justificación de esta partida, se coincide con la Intervención General en que la interesada no acredita las limitaciones en este periodo en general a la vida de la niña y, en particular, a su actividad escolar, es decir, si durante dicha etapa que la reclamante considera no impeditiva el accidente afectó al rendimiento escolar, en qué medida el comportamiento social de la niña se pudo ver alterado, o si sufrió limitaciones para realizar determinadas actividades, etc., que es el criterio utilizado por las sentencias anteriormente citadas para determinar la cuantía indemnizatoria por los días de incapacidad en los accidentes escolares. Por el contrario, se ha limitado a reclamar una cantidad indemnizatoria basada en el tantas veces citado baremo, sin justificar, como si la accidentada (entonces de 5 años de edad) hubiera dejado de percibir unas rentas laborales. Tampoco se acredita que durante los 131 días la menor necesitara tratamiento...”.*

En el supuesto sometido a consulta, si bien consta que el menor ha estado sometido a tratamiento psicológico y médico tras los hechos a los que se imputa el daño, lo cierto es que no hay datos en el expediente que alumbren acerca de una afectación del rendimiento escolar. Antes al contrario, el informe del EOEP obrante a los folios 82 y siguientes, refiere el seguimiento realizado al alumno una vez iniciado el curso escolar tras las vacaciones estivales y en él se contienen las siguientes manifestaciones:

- 21 de septiembre de 2009. La Jefa de Estudios informa que el niño está muy contento e integrado en el grupo. Así mismo, refiere que la madre le ha comentado que el niño no quiere asistir a clase ni al colegio, pero el profesorado no ha notado ese rechazo al colegio, ni en el aula ni en el patio.

- 24 de septiembre. La Jefa de Estudios informa que el niño se encuentra bien en clase. Las observaciones en el patio son normales en el aspecto de interacciones y atienden a que el niño tome el zumo que trae. Para verificar si existen problemas para que el alumno asista al centro, se pregunta si se han observado episodios de negativismo al bajar del coche de la madre o entrar en el colegio. Las observaciones realizadas no son compatibles con una actitud negativa del alumno a asistir al centro.

- 5 de octubre. El menor está bien. Interactúa con los compañeros y sigue tomando zumo y algo que lleva envuelto en un papel.

La conclusión del informe es que el alumno está adaptado en su grupo de referencia y mantiene interacciones normales con el grupo de iguales, tanto en clase como en el recreo; no se

han observado conductas de evitación al colegio ni a determinados compañeros; y completa la ingesta de los alimentos que trae de casa.

Del mismo modo, el informe de la Dirección del Centro, emitido el 26 de enero de 2010 a solicitud de la instructora del presente procedimiento de responsabilidad patrimonial, revela que aunque el niño aparentaba estar triste durante los últimos días del curso y no quería comer, los resultados académicos del niño fueron los normales dentro de su línea de rendimiento y que una vez comenzado el nuevo curso, el menor es un niño alegre en clase y se muestra feliz en el trato con sus compañeros.

En consecuencia, no hay constancia en el expediente de una afectación del rendimiento escolar del menor ni de especiales dificultades para la realización de las tareas habituales y ordinarias de la vida.

## 2. Secuelas.

El reclamante no señala qué concreto menoscabo permanente de la salud de su hijo califica como secuela ni tampoco acredita fehacientemente su existencia mediante la prueba más idónea al efecto, que no sería otra que un informe médico “ad hoc”, expresivo de la salud del menor y sus afecciones. No obstante, en el escrito presentado con ocasión del trámite de audiencia, propone que se realice la valoración “médico/psicológica” de este concepto indemnizatorio por los servicios públicos de salud, prueba que no se ha llegado a practicar.

No obstante, el expediente contiene información suficiente para alcanzar la convicción de que el menor vio menoscabada su salud como consecuencia de la agresión sufrida, pues así se desprende del informe de la Dirección General de Familia y Menor, de 7 de septiembre de 2009 (folio 86 del expediente), en el que se consigna la sintomatología conductual del niño al comienzo de su tratamiento por la psicóloga del Proyecto Luz: *“ausente con fantasías, miedos, fobias, pesadillas, pobres relaciones con los compañeros, retraimiento social, inferioridad, subestimación, depresión, llantos inmotivados, cambios bruscos de conducta, manifiesta haber sido abusado, falta de confianza, anorexia”*. En el mismo informe se indica que *“el menor se niega a ingerir alimentos de manera normalizada”* y, tras cinco sesiones de valoración y terapia realizadas durante el verano, presenta *“sintomatología disociativa y estrés postraumático, además de las dificultades de ingerir alimentos, muy probablemente relacionada y compatible con una grave situación de acoso escolar y abuso sexual”*.

En consecuencia, aun careciendo de un informe médico y psicológico que acredite fehacientemente el estado del menor, puede considerarse probado que, tras la agresión, el alumno padeció diversas patologías que persisten meses después de dicho acontecimiento y respecto de las que cabe razonablemente estimar que perdurarán en el tiempo, justificando el reconocimiento de alguna clase de reparación.

De considerar las patologías psicológicas como permanentes, para lo que habría sido necesario un informe médico que así lo señalara (prueba propuesta por el actor, pero no practicada), cabría encuadrarlas en el concepto de “neurosis postraumática” contemplado en el baremo utilizado como referencia objetiva valorativa. La puntuación mínima que se otorga a dicha secuela en el indicado baremo es de 5 puntos, que multiplicado por el valor unitario que fija la Resolución de 20 de enero de 2009, de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, por la que se da publicidad a la cuantía de las indemnizaciones por muerte, lesiones permanentes e incapacidad temporal que resultarán de aplicar durante 2009 el sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación, que es de 858,02 euros, atendida la edad de la víctima, arroja un total de 4.290,1 euros.

Así mismo, cuando de abusos sexuales en el ámbito escolar se trata, la jurisprudencia viene incardinando el perjuicio sufrido por el menor en la categoría de los daños morales (SSTSJ Castilla La Mancha, Sala de lo Contencioso Administrativo, de 2 de noviembre de 2005 y 31 de marzo de 2006), cuya cuantificación, necesariamente prudencial, ha de atender a los hechos objetivados en el expediente y a la afectación personal, familiar y social que sufra el perjudicado. En numerosos Dictámenes el Consejo Jurídico ha venido estableciendo una valoración base del daño moral en 3.000 euros, sin perjuicio de su modulación en más o en menos, según las circunstancias del caso concreto.

En consecuencia y conforme a un elemental principio de congruencia, no se advierte obstáculo para fijar la indemnización en los 2.850 euros solicitados por el reclamante.

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

### **CONCLUSIÓN**

**ÚNICA.-** Se dictamina favorablemente la propuesta de resolución estimatoria de la reclamación, al considerar el Consejo Jurídico que concurren en el supuesto todos los elementos a

los que el ordenamiento jurídico anuda el nacimiento de la responsabilidad patrimonial de la Administración.

Debe, no obstante, corregirse la cuantía de la indemnización, que ha de ser de 2.850 euros y no de 1.500 euros, como por error se consigna en dicha propuesta de resolución.

No obstante, V.E. resolverá.



---

**DICTAMEN 223/2010**

**Asunto** Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hija, debida a accidente escolar.

**Consultante** Consejero de Educación, Formación y Empleo

**Fecha** 15/11/2010

**Extracto de Doctrina**

Nota: igual doctrina que la expresada en el Dictamen 14



**DICTAMEN 224/2010**

**Asunto** Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad dentro del recinto escolar.

**Consultante** Consejero de Educación, Formación y Empleo

**Fecha** 15/11/2010

**Extracto de Doctrina**

El daño causado en el vehículo del reclamante, cuya realidad no cuestiona la Administración, ha sido debido al funcionamiento anormal de los servicios públicos, en concreto, al defectuoso funcionamiento de la puerta de acceso al recinto del IES, que no tenía el mecanismo protector necesario para evitar su inesperado cierre ante un elemento, el viento, cuya intensidad no ha quedado acreditado que fuera tal que hiciera inevitable el movimiento descontrolado de la puerta.

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** Con fecha 15 de marzo de 2010, x., profesor del Instituto de Enseñanza Secundaria (IES) San Isidoro, de Los Dolores, Cartagena, presenta reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos en un vehículo de su propiedad, como consecuencia de los hechos acaecidos el día 9 de febrero de 2010, que relata del siguiente modo: *“Sobre las 14.10 horas, cuando procedía a salir del centro de trabajo con su vehículo y debido al fuerte viento que reinaba ese día, uno de los grandes portones de hierro volcó el cubo relleno de tierra y se cerró fuertemente golpeando bruscamente su vehículo y provocándole daños en la aleta trasera derecha y el paragolpes trasero del vehículo, daños que se muestran en las fotografías que acompañan este escrito”*. Explica el reclamante que la puerta por la que se accede al recinto del IES es de hierro y de grandes dimensiones, no disponiendo de ningún mecanismo de retén o sujeción para evitar su cierre accidental, ni se encuentra anclada al suelo, por lo que cuando está abierta queda en suspensión. Para evitar que la puerta se cierre bruscamente y cause daño a las personas o a los vehículos que la atraviesan, suele colocarse un cubo lleno de arena, lo que resulta insuficiente dado las dimensiones y el material del que está hecha la puerta.

Manifiesta el interesado que cuando ocurrieron los hechos se encontraban presentes los profesores x, y, z.

Acompaña a su escrito fotografías del vehículo siniestrado y presupuesto de reparación por importe de 312 euros, cuya cantidad reclama en concepto de indemnización.

**SEGUNDO.-** Admitida a trámite la reclamación y designado instructor mediante Resolución de la Secretaría General de la Consejería consultante, aquél dirige al interesado escrito mediante el que le requiere para que aporte permiso de circulación y copia del contrato de la póliza de seguro del vehículo siniestrado.

El reclamante cumplimenta el requerimiento aportando los documentos que se le solicitan.

**TERCERO.-** Mediante escrito fechado el 18 de marzo de 2010 el instructor se dirige a la Directora del IES recabando información sobre los hechos objeto de reclamación.

El 8 de abril de 2010 la citada Directora emitió informe sobre lo acaecido en el centro el anterior día 9 de febrero (fecha del accidente), expresando lo siguiente:

*“- Esta puerta de acceso de coches al recinto del centro es de grandes dimensiones y debido a la irregularidad del suelo carece de anclaje seguro al mismo por lo que un cubo no muy grande, relleno de arena, sostiene a la puerta para evitar su cierre.*

*- El día 9 de febrero de 2010, al igual que días anteriores y posteriores fueron días de fuertes ráfagas de viento por lo que el cubo pudo volcarse fácilmente.*

*La puerta carece de mecanismos seguros que impidan el cierre. Se ha solicitado a Consejería, a la Dirección General de Centros, ayuda económica extraordinaria para mecanizar esta puerta y evitar daños no sólo a vehículos sino a alumnos que a la hora de la salida del centro también lo hacen por dicha puerta. La ayuda nos ha sido denegada y el gasto económico no lo puede afrontar el centro”.*

Al informe se une declaración de los tres profesores presentes en el momento de ocurrir los hechos, mediante las que corroboran la versión que de los mismos da el reclamante en su escrito inicial.

**CUARTO.-** El instructor también dirige escrito al Parque Móvil Regional solicitando informe sobre la adecuación del importe que se refleja en el presupuesto aportado por el reclamante con los daños sufridos en el vehículo siniestrado.

El Jefe de Taller de dicho Parque cumplimenta el requerimiento, haciendo constar que la cantidad reclamada de 312 euros por los conceptos que se detallan en el presupuesto, se ajusta aproximadamente a los precios reales de mercado por la reparación de dichos conceptos. Añade que *“teniendo en cuenta la descripción de los hechos y los daños producidos, según la documentación que se acompaña, existe efectivamente una relación causa-efecto material”*.

**QUINTO.-** Mediante oficios de 4 de junio de 2010 fue concedido trámite de audiencia al interesado, no constando la formulación de alegaciones.

Seguidamente el instructor formula propuesta de resolución estimatoria de la reclamación de responsabilidad patrimonial por considerar que existe nexo causal entre el funcionamiento del Centro escolar y el daño ocasionado en el vehículo del interesado, por un importe de 312 euros en que se cifra la reparación de los desperfectos, de acuerdo con el presupuesto que se acompaña.

En tal estado de tramitación V.E. dispuso la remisión del expediente al Consejo Jurídico en solicitud de Dictamen, mediante escrito que tuvo entrada el día 17 de agosto de 2010.

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.**

I. Este procedimiento de responsabilidad patrimonial se ha iniciado a instancia de parte interesada, de acuerdo con lo previsto en el artículo 4.1 RRP, al haber quedado acreditada, por parte del reclamante, la titularidad del vehículo siniestrado.



En lo que se refiere a la condición funcional del perjudicado conviene recordar la consolidada 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.

II. 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.

III. Las actuaciones obrantes en el expediente remitido permiten considerar que se ha cumplido con lo establecido en la LPAC.

**TERCERA.- La relación de causalidad entre el funcionamiento de los servicios públicos regionales y el daño producido. Existencia de lesión.**

En el presente caso, similar a otros ya dictaminados por este Consejo Jurídico (Dictámenes 92/2002 y 48/2010, entre otros), a la vista del informe de la Directora del IES y de las declaraciones de los testigos obrantes en el expediente, procede concluir que el daño causado en el vehículo del reclamante, cuya realidad no cuestiona la Administración, ha sido debido al funcionamiento anormal de los servicios públicos, en concreto, al defectuoso funcionamiento de la puerta de acceso al recinto del IES, que no tenía el mecanismo protector necesario para evitar su inesperado cierre ante un elemento, el viento, cuya intensidad no ha quedado acreditado que fuera tal que hiciera inevitable el movimiento descontrolado de la puerta, teniendo en cuenta la inconsistencia del elemento que se había utilizado para sujetarla, por lo que no cabe considerar que se debiera a fuerza mayor.

Por todo ello, el perjudicado no tiene el deber jurídico de soportar dichos daños, los cuales, en aplicación de lo establecido en los artículos 139.1 y 141.1 LPAC, han de ser considerados como lesión indemnizable.

#### **CUARTA.- Cuantía de la indemnización.**

La valoración económica del daño se lleva a cabo con apoyatura en un presupuesto de reparación. Sobre el valor que este tipo de documento tiene a efectos de cuantificación del daño nos remitimos a lo expresado en nuestro Dictamen 44/2010, en el que, en síntesis, se afirmaba que si bien es cierto que la factura de la reparación del bien dañado constituye, frente al simple presupuesto de los trabajos de reparación, un documento mucho más fiable para que, a su vista, el instructor y, en su caso, los servicios técnicos de la Administración (aquí, el Parque Móvil), determinen si los gastos allí reflejados se corresponden con el daño imputable a la Administración, también lo es que el afectado no tiene que esperar a la conclusión del procedimiento de reclamación para reparar el daño, sin que tampoco puede exigírsele en todo caso que proceda previamente a su reparación, pues resulta lícito y comprensible que aguarde a la resolución del procedimiento para decidir si afronta o no el desembolso (por ejemplo, porque considere que la responsabilidad no está clara y, por tanto, tampoco el eventual reembolso de lo que tuviera que abonar por la reparación).

Por ello, producido y acreditado un daño efectivo (aquí, abolladuras y rozaduras en paragolpe trasero y aleta derecha trasera, deducibles de las fotos aportadas por el reclamante y de la declaración de los testigos), y no constando indubitadamente su efectiva reparación (si así fuera entonces sí constituiría una carga razonable para el reclamante aportar la correspondiente factura), se trata de determinar, a la vista de las concretas circunstancias del caso, si el presupuesto aportado constituye un documento probatorio suficiente para fijar el valor de reparación de los daños producidos, o si la naturaleza y características de éstos hacen dudar fundamentamente de la estimación realizada en el presupuesto, circunstancia esta última que podría acontecer cuando no es posible determinar *a priori* con suficiente exactitud la entidad de las labores de reparación (lo que, a su vez, podría dar lugar a una estimación económica al alza en el correspondiente presupuesto, por motivos de cautela que a nadie escapan), circunstancia que en el presente supuesto no concurre al haber manifestado el Parque Móvil la razonabilidad del importe presupuestado atendiendo la naturaleza de los daños cuya indemnización se reclama.

A la vista de lo anterior y no habiendo sido discutida por la Administración la valoración reflejada en el presupuesto de reparación, la cuantía de la indemnización habrá de coincidir con la consignada en el citado documento, es decir, 312 euros, más los intereses correspondientes.

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

### **CONCLUSIÓN**

**ÚNICA.**- Se dictamina favorablemente la propuesta de resolución en cuanto estima la acción de reclamación de responsabilidad patrimonial, al ser imputables al funcionamiento del servicio público docente los daños materiales producidos en el vehículo del reclamante, que han de valorarse por el importe reclamado.

No obstante, V.E. resolverá.



**DICTAMEN 225/2010**

**Asunto** 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

**Fecha** 15/11/2010

**Extracto de Doctrina**

Nota: igual doctrina que la expresada en el Dictamen 138.



## DICTAMEN 226/2010

<b>Asunto</b>	Proyecto de Decreto por el que se modifican diversos decretos regionales para su adaptación a la Directiva 2006/123/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior.
<b>Consultante</b>	Consejero de Cultura y Turismo
<b>Fecha</b>	22/11/2010

### Extracto de Doctrina

1. Es frecuente que una materia, como es el caso de turismo, tenga dimensiones clasificables dentro de otro concepto material, encajable dentro de otro título competencial.
2. En la declaración responsable, amén de la afirmación de que el interesado cumple con los requisitos establecidos en la normativa vigente, se ha de estar en condiciones de probarlo de inmediato porque se dispone de la documentación que así lo acredita, requisito que no lo contempla la Ley para la figura de la comunicación previa, cuya función es la de “poner en conocimiento de la Administración Pública competente los datos identificativos y demás requisitos exigibles”.
3. A tenor de lo establecido en el artículo 71 bis.3 LPAC las declaraciones responsables y las comunicaciones previas permitirán “con carácter general el reconocimiento o ejercicio de un derecho o bien el inicio de una actividad desde el día de su presentación”. De esta previsión legal se desprende claramente la posibilidad de ejercer la actividad de que se trate desde el momento mismo en que dichos documentos son depositados en los lugares previstos para ello por las normas que resulten de aplicación. Esta eficacia simultánea a la presentación parece constituir la regla general que, sin embargo, puede admitir excepciones en casos especiales, de forma que la comunicación tenga una eficacia demorada o que pueda presentarse después de iniciar la actividad.

### ANTECEDENTES

**PRIMERO.-** Con fecha 13 de octubre de 2009, la Dirección General de Turismo remite a la Secretaría General de la Consejería de Cultura y Turismo una propuesta para que se lleven a cabo los trámites necesarios para la aprobación de un Decreto de modificación de los siguientes Decretos: 75/2005, de 24 de junio, por el que se regulan los apartamentos turísticos y alojamientos vacacionales; 76/2005, de 24 de junio, por el que se regulan los alojamientos turísticos rurales; 91/2005, de 22 de julio, por el que se regulan los establecimientos hoteleros en la Región de

Murcia; 127/2005, de 11 de noviembre, por el que se regulan los establecimientos de restauración en la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia; 100/2007, de 25 de mayo, por el que se regulan las agencias de viajes y centrales de reserva; 280/2007, de 3 de agosto, por el que se regulan los organizadores Profesionales de Congresos de la Región de Murcia; 320/2007, de 19 de octubre, por el que se regulan las empresas de turismo activo de la Región de Murcia; y 178/1995, de 20 de diciembre, por el que se regula la profesión de Guía de Turismo, con el fin de adaptarlos a la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a los Servicios en el Mercado Interior (en lo sucesivo, DS). En dicha propuesta se afirma haber redactado un Anteproyecto del citado Decreto, aunque no figura copia alguna del mismo.

La propuesta se acompaña de la siguiente documentación:

- Informe sobre la oportunidad y necesidad de la futura norma, en el que se señala como finalidad de la misma la adaptación de la normativa autonómica en materia de turismo a las disposiciones de la DS, cuyo objetivo principal es facilitar la libertad de establecimiento y la libertad de prestación de servicios en la UE.

- Estudio sobre la incidencia económica de la futura norma, según el cual su entrada en vigor no comportará gasto alguno con cargo a los Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma.

- Informe sobre impacto por razón de género de las medidas que se establecen en la futura norma, que concluye afirmando que *“el impacto por razón de género sobre las medidas que se establecen en dicho Anteproyecto es negativa”*.

- Informe jurídico del Jefe de Servicio de Ordenación del Turismo, que expone el marco jurídico en que se inserta la nueva norma y los motivos que la hacen oportuna y necesaria. Entre estos últimos se señala la tramitación simultánea de una Ley regional que modificará la Ley 11/1997, de 12 de diciembre, de Turismo de la Región de Murcia (LTRM), para adaptarla a la DS. Señala que, con carácter general, se ha suprimido la figura de la autorización con carácter previo para poder ejercer las actividades turísticas reguladas por los Decretos que se modifican, salvo el Decreto 178/1995, de 20 de diciembre, por el que se aprueba la regularización de la profesión de Guías de Turismo en la Región de Murcia, en que se mantiene la obligación de la habilitación, aunque la misma tendrá carácter nacional. Seguidamente expone las modificaciones puntuales que se han ido estableciendo en relación con cada uno de los Decretos afectados.

- Certificación expedida por el Secretario del Consejo Asesor Regional de Turismo de la Región de Murcia, acreditativa del informe favorable del indicado órgano al texto normativo objeto de la consulta.

**SEGUNDO.-** Con fecha 9 de octubre de 2009, por el Jefe de Servicio de Ordenación del Turismo, se emite informe-memoria en relación con el trámite de audiencia al que se refiere el artículo 53.3 de la Ley 6/2004, del Estatuto del Presidente y del Consejo de Gobierno de la Región de Murcia (en adelante, Ley 6/2004). En dicho informe se hace constar que se ha dado traslado del Anteproyecto a las entidades que a continuación se indican, con el resultado que también se señala:

1. A las siguientes organizaciones y asociaciones, cuyos fines guardan relación directa con el objeto de la norma que se pretende aprobar: Federación Regional de Empresarios de Hostelería y Turismo (HOSTEMUR); Asociación de Empresarios de Hostelería de Cartagena y Comarca (HOSTECAR); Asociación Profesional de Empresarios de Hostelería y Alojamientos Turísticos de La Manga del Mar Menor (HOSTETUR); y Asociación de Hostelería de Lorca (HOTELOR).

2. A las siguientes instituciones u organizaciones: Cámara de Comercio, Industria y Navegación de Murcia; Cámara de Comercio, Industria y navegación de Cartagena; Cámara de Comercio e Industria de Lorca; Confederación Regional de Empresarios de la Región de Murcia (CROEM); Federación de Municipios de la Región de Murcia; Escuela Universitaria de Turismo de la Universidad de Murcia; Escuela Universitaria de Turismo de la Universidad de Cartagena; Escuela de Turismo de la Universidad Católica San Antonio; Unión General de Trabajadores (UGT); Comisiones Obreras (CCOO); Confederación Sindical Independiente (CSI-CSIF).

3. A la totalidad de Consejerías de la Administración regional.

De los anteriores organismos y entidades formulan alegaciones, con el contenido que obra en el expediente, las Consejerías de Política Social, Mujer e Inmigración y de Sanidad y Consumo; señalándose en el informe las sugerencias que se aceptan y las que se rechazan, con indicación, en este último caso, de las causas por las que se hace.

**TERCERO.-** El 27 de octubre de 2009 se recaba el Dictamen del Consejo Económico y Social de la Región de Murcia, que se emite el 4 de diciembre. El referido Órgano Consultivo valora positivamente el Proyecto, pues lo considera una adecuada transposición de la normativa europea al ordenamiento jurídico regional, formulando diversas observaciones y las siguientes conclusiones:

- Conveniencia de anticipar la modificación de la LTRM a la de los Decretos que la desarrollan.

- Con independencia de la obligación legal de haber sometido el Proyecto a la consideración del Consejo Asesor Regional de Turismo, resultaba también conveniente contar con la opinión de este órgano Consultivo.

- Debe profundizarse la línea de simplificación de trámites derivada de la DS, incluso más allá de las exigencias normativamente impuestas por el Estado y Europa.

- Debe reforzarse la actuación inspectora y supervisora por parte de la Administración para garantizar que los servicios se prestan en las condiciones comunicadas o declaradas por sus titulares. En consecuencia, considera que la reforma debe acompañarse de planes de actuación de la Administración regional, para evitar el incumplimiento de los requisitos exigidos y el consiguiente menoscabo de los derechos de los consumidores y la distorsión de las reglas de la competencia.

**CUARTO.-** El 18 de enero de 2010, el Servicio Jurídico de la Secretaría General de la Consejería consultante informa favorablemente el Proyecto y recibe el visto bueno del Vicesecretario.

**QUINTO.-** Recabado el preceptivo informe de la Dirección de los Servicios Jurídicos, se emite el 18 de febrero, en sentido favorable al Proyecto, si bien se formulan diversas observaciones procedimentales y de detalle sobre la redacción y contenido de algunos preceptos, y otras de técnica normativa.

Con fecha 1 de marzo el Servicio Jurídico, con el visto bueno del Vicesecretario, emite informe en el que se analizan las observaciones formuladas por la Dirección de los Servicios Jurídicos, indicando las que se aceptan y las que se rechazan, explicando, en este último caso, las razones por las que no se incorporan.

**SEXTO.-** Consta en el expediente la Propuesta de Acuerdo que el Consejero de Cultura y Turismo somete al Consejo de Gobierno para la aprobación del Proyecto como Decreto y una copia autorizada del mismo.



El Proyecto, según dicha copia autorizada, consta de una parte expositiva, ocho artículos y dos disposiciones finales.

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 8 de marzo de 2010.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

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

En presencia de un Proyecto que pretende modificar ocho Decretos que son ejecutivos o de desarrollo de una Ley de la Asamblea Regional, la LTRM, el presente Dictamen reviste 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

#### **SEGUNDA.- Competencia y habilitación legal.**

##### I. Competencia.

##### 1. Competencia material

Tratándose de una disposición modificativa de normas reglamentarias ya existentes, la competencia material que se ejerce ahora es la misma que se hizo efectiva en la promulgación de aquéllas, por lo que cabe dar por reproducidas las consideraciones que, al respecto, se realizaron en nuestros Dictámenes 85, 96, 104, 110/2005, 65, 90 y 127/2007, relativos, respectivamente, a los Proyectos que, una vez aprobados, se convirtieron en los Decretos 75/2005, 76/2005, 91/2005, 127/2005, 100/2007, 280/2007 y 320/2007.

En lo que se refiere a la proyectada modificación del Decreto 178/1995, de 20 de diciembre, por el que se regula la profesión de Guía de Turismo, cuyo Proyecto no fue objeto de Dictamen de este Órgano Consultivo, cabe señalar que se sustenta en las competencias autonómicas en materia de turismo citadas en los Dictámenes que se indican en el párrafo anterior, a las que se refiere el artículo 10.Uno.16 del Estatuto de Autonomía para la Región de Murcia (EARM), que

recoge la competencia exclusiva en *“promoción, fomento y ordenación del turismo en su ámbito territorial”*.

Ahora bien, como se dijo en el Dictamen 85/2005, es frecuente que una materia, como es el caso de turismo, tenga dimensiones clasificables dentro de otro concepto material, encajable dentro de otro título competencial que, fácilmente, puede ser ostentado por el Estado. En concreto, la regulación de la actividad profesional de guía de turismo plantea la cuestión de que la norma autonómica invada las competencias del Estado recogidas en el artículo 149.1.30ª de la Constitución Española (CE) para regular las condiciones de obtención, expedición y homologación de los títulos académicos y profesionales. No obstante, esta cuestión fue resuelta por el Tribunal Constitucional en su sentencia 122/1989, de 6 de julio, en la que, en relación con la regulación autonómica de la actividad de guía de turismo, señala: *“Sobre la interpretación que haya de darse al precitado precepto constitucional, este Tribunal se ha pronunciado ya en anteriores ocasiones. Así, en la STC 42/1981, de 22 de diciembre, se declaraba que la competencia reservada al Estado por el citado art. 149.1.30ª de la Constitución comprende como tal la competencia para establecer los títulos correspondientes a cada nivel y ciclo educativo, en sus distintas modalidades, con valor habilitante tanto desde el punto de vista académico como para el ejercicio de las profesiones tituladas, es decir, aquellas cuyo ejercicio exige un título (ad ex: Graduado Escolar, Bachiller, Diplomado, Arquitecto Técnico o Ingeniero Técnico en la especialidad correspondiente, Licenciado, Arquitecto, Ingeniero, Doctor), así como comprende también la competencia para expedir los títulos correspondientes y para homologar los que no sean expedidos por el Estado’*. Y esta misma doctrina ya se contenía en la STC 82/1986. Es claro, por tanto, que la competencia que los órganos centrales del Estado tienen para regular las condiciones de obtención, expedición y homologación de los títulos profesionales se vincula directamente a la existencia de las llamadas profesiones tituladas, concepto éste que la propia Constitución utiliza en el art. 36, y que implícitamente admite, como parece obvio, que no todas las actividades laborales, los oficios o las profesiones en sentido lato son o constituyen profesiones tituladas. Como ha declarado este Tribunal en la STC 83/1984, tales profesiones tituladas existen cuando se condicionan determinadas actividades «a la posesión de concretos títulos académicos», y en un sentido todavía más preciso, la STC 42/1986 define las profesiones tituladas como aquellas «para cuyo ejercicio se requieren títulos, entendiendo por tales la posesión de estudios superiores y la ratificación de dichos estudios mediante la consecución del oportuno certificado o licencia». Según señalábamos en esta última Sentencia, corresponde al legislador, atendiendo a las exigencias del interés público y a los datos producidos por la vida social, determinar cuándo una profesión debe pasar a ser profesión titulada, y no es dudoso que, con arreglo al texto del art. 149.1.30ª de la Constitución, es el legislador estatal quien ostenta esta competencia exclusiva.

*Hechas las precisiones anteriores y delimitado así el alcance de la norma constitucional que se acaba de examinar, resulta obligado señalar, como consecuencia natural de cuanto antecede, que la sujeción a determinadas condiciones o el cumplimiento de ciertos requisitos para poder ejercer una determinada actividad laboral o profesional es cosa bien distinta y alejada de la creación de una profesión titulada en el sentido antes indicado. Es así posible que, dentro del respeto debido al derecho al trabajo y a la libre elección de profesión u oficio (art. 35 de la Constitución), y como medio necesario para la protección de intereses generales, los poderes públicos intervengan el ejercicio de ciertas actividades profesionales, sometiéndolas a la previa obtención de una autorización o licencia administrativa o a la superación de ciertas pruebas de aptitud. Pero, como se acaba de señalar, la exigencia de tales requisitos, autorizaciones, habilitaciones o pruebas no es en modo alguno, equiparable a la creación o regulación de los títulos profesionales, a que se refiere el art. 149.1.30ª de la Constitución, ni guarda relación con la competencia que este precepto constitucional reserva al Estado.*

*A este último género de requisitos necesarios para el ejercicio de una actividad profesional responde la convocatoria de exámenes para la habilitación de guías y guías-intérpretes... En efecto, las actividades profesionales de guías y guías-intérpretes de turismo no son profesiones tituladas, puesto que ninguna norma con rango de Ley las ha configurado como tales, lo que sería preceptivo en este momento, ni como tales las consideran las normas preconstitucionales vigentes, a las que no alcanzaba la exigencia de rango legal”.*

En consecuencia, ha de reconocerse la suficiencia de las competencias autonómicas para la aprobación de la disposición proyectada.

## 2. Competencia formal.

La competencia para la aprobación del texto que se propone corresponde al Consejo de Gobierno, de acuerdo con lo previsto no sólo en el artículo 32 EA y 22.12 de la Ley 6/2004, sino también en la Disposición Final LTRM, en cuanto faculta a dicho Órgano para dictar las disposiciones reglamentarias precisas para el desarrollo y ejecución de la Ley.

## II. Habilitación legal.

La modificación normativa que se propone se justifica por la necesaria adaptación de la normativa reglamentaria dictada en desarrollo de la LTRM a la versión de ésta resultante de la Ley

12/2009, de 11 de diciembre, por la que se modifican diversas leyes para su adaptación a la DS (en lo sucesivo, Ley 12/2009), conforme a lo establecido en su Disposición final tercera, según la cual, en el plazo más breve posible, las normas dictadas en desarrollo de las leyes que son objeto de modificación deberán adaptarse a la presente Ley en lo que contradigan o se opongan a la misma.

Del mismo modo, la Ley estatal 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio (en adelante, Ley 17/2009), mediante la que se transpone parcialmente y en una primera fase la DS al ordenamiento español, señala que corresponde a las Administraciones Públicas competentes, en su respectivo ámbito territorial, aprobar las normas de desarrollo y ejecución de la Ley.

De hecho, son ambas leyes, estatal y regional, los fundamentos inmediatos del Proyecto sometido a consulta, el cual, por razones cronológicas, si bien en el inicio de su tramitación no contaba con los aludidos referentes legales, lo que justificaría su apoyo o amparo normativo directo en la norma comunitaria, una vez promulgadas aquéllas, queda sometido a ellas, no pudiendo ignorarlas, lo que debe reflejarse en la denominación del futuro Decreto, que habrá de contener una mención a la Ley regional que desarrolla.

En este sentido, es cierto que el Proyecto persigue adaptar las normas reglamentarias turísticas a las exigencias de la DS, que tiene por objeto la eliminación de las barreras que obstaculizan el desarrollo de las actividades de servicios entre Estados miembros, al objeto de hacer efectiva la libre circulación de servicios, en cumplimiento del artículo 43, que garantiza la libertad de establecimiento, y del artículo 49, que establece la libre prestación de servicios dentro de la Comunidad, ambos del Tratado de la Comunidad Europea (TCE). No obstante, el Proyecto se enmarca, como hemos dicho, en el proceso de transposición de la norma comunitaria y de consecuente adaptación del ordenamiento jurídico interno a sus prescripciones.

El peculiar sistema elegido por el Estado para la transposición de la Directiva, no exento de críticas por algún sector doctrinal, consiste en un volcado de la norma comunitaria al ordenamiento interno en dos niveles: en el primero, hecho efectivo con la Ley 17/2009, se aprueba una ley horizontal que incorpora los principios generales de la Directiva y aporta un marco jurídico de referencia, para proceder, en una segunda fase, a la depuración del ordenamiento jurídico español, mediante la identificación y evaluación de la normativa potencialmente afectada por la norma comunitaria, al objeto de determinar si se acomoda o no a lo previsto en ella y, a la vista de ello, proceder cuando sea preciso a su derogación o adaptación. En este sentido, el Consejo de Estado dirá en Dictamen 99/2009, emitido con ocasión del Anteproyecto de la futura Ley 17/2009, que se

trata de *“una ley abierta y flexible que se limita, en muchos casos, a reproducir, a veces con las lógicas adaptaciones, los preceptos de la Directiva, incorporándolos al ordenamiento a modo de grandes principios o mandatos de carácter general que habrán de inspirar la normativa que, en cumplimiento de lo previsto en la disposición final quinta y a fin de completar la transposición, dicten el Estado y las Comunidades Autónomas, así como, en el nivel reglamentario, las Entidades Locales. De este modo, el proceso de transposición de la Directiva de Servicios no se agotará con la aprobación de esta norma, sino que deberá continuar con la adecuación del actual marco normativo de las actividades de servicios a lo establecido en la Directiva y en el propio anteproyecto, en todos los ámbitos sectoriales y territoriales”*.

En el indicado sistema, la Ley 17/2009, de carácter básico, responde a esa primera fase, mientras que la Ley regional 12/2009, al igual que otras leyes denominadas “ómnibus” dictadas por el Estado (Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de 22 de diciembre, por la que se modifican diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio) y varias Comunidades Autónomas (Islas Baleares, Ley 8/2009, de 16 de diciembre; Castilla La Mancha, Ley 7/2009, de 17 de diciembre; Andalucía, Decreto-Ley 3/2009, de 22 de diciembre; Galicia, Ley 1/2010, de 11 de febrero; y Navarra, Ley 6/2010, de 6 de abril) se ubican ya en la segunda fase, que no se agota, por otra parte, con la armonización de las normas legales con la DS, sino que se extiende, asimismo, a los niveles reglamentarios.

En este orden de cosas el Proyecto objeto del presente Dictamen viene a culminar el proceso de adaptación de la normativa autonómica en materia turística, iniciado con la Ley 12/2009 antes citada, a las exigencias de la DS, a cuyo contenido, en lo que resulte aplicable, habrá de adecuarse.

### **TERCERA.- Procedimiento y Técnica normativa.**

#### **I. Procedimiento.**

En la tramitación del Proyecto se han seguido los trámites esenciales establecidos por el artículo 53 de la Ley 6/2004, por el que se regula el procedimiento para el ejercicio de la potestad reglamentaria, si bien, como señala la Dirección de los Servicios Jurídicos, no en su orden lógico (la participación del Consejo Asesor Regional de Turismo se produce una vez recabado el dictamen del CES). Constan en el expediente la propuesta del órgano directivo al Consejero de adscripción, la memoria de oportunidad y necesidad, una memoria económica, el informe de impacto de género, el trámite de audiencia concedido e informe sobre el mismo, la certificación

acreditativa del parecer favorable del Consejo Asesor Regional de Turismo, el informe del Servicio Jurídico de la Consejería con el visto bueno de la Vicesecretaría, el informe del Consejo Económico y Social de la Región de Murcia y el de la Dirección de los Servicios Jurídicos. Consta, asimismo, la propuesta de Acuerdo que el Consejero impulsor del Proyecto eleva al Consejo de Gobierno para su aprobación como Decreto y una copia autorizada del mismo.

Procede, no obstante, efectuar las siguientes observaciones:

a) Reconocido el esfuerzo de la Consejería proponente para recabar el mayor número de pareceres sobre el Proyecto que se tramita, sin embargo se constata la omisión del informe del Consejo Asesor Regional de Consumo que sí informó sobre el contenido de los Decretos que ahora se pretenden modificar.

b) Obra en el expediente justificación documental del resultado del estudio sobre las observaciones y alegaciones realizadas por las distintas Consejerías, organismos y entidades consultados, salvo la concerniente al CES, que no ha sido objeto de análisis alguno.

c) En lo que respecta al cumplimiento en el procedimiento del obligado trámite de solicitar dictamen de este Consejo Jurídico, y más concretamente en lo que se refiere a los requisitos formales exigidos para formalizar consulta, hay que señalar que según establece el artículo 46.2,c),1º del Decreto 15/1998, de 2 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo Jurídico de la Región de Murcia, a la consulta se ha de unir copia autorizada del proyecto de disposición de carácter general que constituya su objeto. El cumplimiento de este trámite se lleva a cabo de forma inidónea, pues se hace en un sola de sus hojas. No obstante, cabe entender que este borrador del Proyecto es el asumido implícitamente por el titular de la Consejería al remitirlo a este Órgano Consultivo para su Dictamen. También se observa que el expediente carece del preceptivo extracto de secretaría, exigido por el apartado 2,b) del citado artículo 46.

## II. Técnica normativa.

En relación con la técnica normativa utilizada en el Proyecto se hacen puntuales observaciones al analizar cada una de sus partes. No obstante, con carácter general cabe formular las siguientes:

1. A tenor de las Directriz 54 de las de Técnica Normativa, aprobadas por Acuerdo del Consejo de Ministros de 22 de julio de 2005, en las normas modificativas, como la que nos ocupa, los artículos se numeraran con ordinales escritos en letras y se destacarán tipográficamente en negrita.

2. Se deben suprimir los guiones que figuran a continuación del número del artículo y de la denominación de la norma a modificar.

3. Cuando se lleva a cabo una modificación múltiple, como la que nos ocupa, las disposiciones modificativas seguirán el orden de aprobación de las disposiciones afectadas (Directriz 60). Consecuentemente la modificación del Decreto 178/1995, de 20 de diciembre, por el que se aprueba la regulación de la profesión de Guías de Turismo en la Región de Murcia, debe figurar en primer lugar.

#### **CUARTA.- Observaciones generales al Proyecto.**

1. Sobre la supresión de la autorización para el acceso y ejercicio de actividades turísticas y su sustitución, con carácter general, por un régimen de comunicación previa.

Uno de los objetivos principales de la DS es que la figura de la autorización administrativa previa sólo se mantenga si es jurídicamente necesaria, es decir, si se cumple la triple condición que se recoge en el artículo 9.1 de dicha Directiva:

- a) Que esté justificada por una razón imperiosa de interés general.
- b) Que el régimen autorizador no genere discriminación entre los prestadores de servicios.
- c) Porque el objetivo perseguido no pueda conseguirse mediante una medida menos restrictiva.

La Ley 17/2009, al recoger estos principios, declara en el artículo 5,c) *in fine* que “...en ningún caso, el acceso a una actividad de servicios o su ejercicio se sujetarán a un régimen de autorización cuando sea suficiente una comunicación o una declaración responsable del prestador mediante la que se manifieste, en su caso, el cumplimiento de los requisitos exigidos y facilite la información necesaria a la autoridad competente para el control de la actividad”.

Sin perjuicio de lo que más adelante se dirá en relación con el necesario control *a posteriori* que exige la eliminación de la figura de la autorización, cabe ahora efectuar una reflexión sobre las dos figuras a las que el texto legal se refiere, es decir, la comunicación previa y la declaración responsable, introducidas en la Ley 30/1992, de 27 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (LPAC) mediante la reforma que en este texto legal se operó en virtud de la Ley 25/2009.

El análisis del artículo 71 bis LPAC, por el que se regulan dichas figuras, permite alcanzar las siguientes conclusiones:

- a) La LPAC da primacía a la declaración responsable, lo que supone la consolidación del papel preeminente que la Ley 17/2009 confiere a esta técnica.
- b) La declaración responsable permite *“acceder al reconocimiento de un derecho o facultad o para su ejercicio”*, en tanto que la comunicación previa queda referida *“al ejercicio de un derecho o inicio de una actividad”*, lo que en principio podría constituir una diferencia entre ambas técnicas, no puede afirmarse de modo tajante a la vista de la previsión del apartado 3 del precepto que afirma que tanto la comunicación previa como la declaración responsable tienen la virtualidad de permitir, con carácter general, el reconocimiento o ejercicio de un derecho o el inicio de una actividad, lo que origina un solapamiento entre ambas figuras.
- c) En la declaración responsable, amén de la afirmación de que el interesado cumple con los requisitos establecidos en la normativa vigente, se ha de estar en condiciones de probarlo de inmediato porque se dispone de la documentación que así lo acredita, requisito que no lo contempla la Ley para la figura de la comunicación previa, cuya función es la de *“poner en conocimiento de la Administración Pública competente los datos identificativos y demás requisitos exigibles”*. Estos datos y requisitos son los formales que resultan inherentes a cualquier solicitud de iniciación de un procedimiento, como lo prueba la remisión que el artículo 71.bis hace al artículo 70.1 LPAC, que es precisamente el que regula los requisitos de toda solicitud, los cuales se podrán completar con los que sectorialmente se consideren precisos en función de la importancia de cada asunto.

La confusa regulación que lleva a cabo la LPAC de estas técnicas jurídicas se ha proyectado sobre la normativa, legal o reglamentaria, que se ha producido con posterioridad, en la que nos encontramos con una atribución de cometidos a la figura de la comunicación previa que son más propios de la declaración responsable en la configuración que le han dado las Leyes 17 y 25/2009. Ejemplo de lo anterior lo constituye la Ley 12/2009 que, en lo que aquí nos ocupa, se ha



decantado por la figura de la comunicación para sustituir la autorización en las actividades turísticas que regula, cuando hubiese sido más acertado optar por la declaración responsable. En cualquier caso, la elección legal, acertada o no, condiciona el desarrollo reglamentario que ahora se pretende, que ha de respetar la técnica jurídica que se recoge en la LTRM en la redacción dada por la Ley 12/2009.

## 2. El control *a posteriori* como medida sustitutoria de la autorización previa.

La simplificación administrativa y la dinamización de la economía que supone la aplicación de la DS con la eliminación, con carácter general, de la autorización previa, exige un fortalecimiento del control sucesivo, sin que la DS indique o prejuzgue la técnica concreta que cada Estado miembro pueda utilizar al efecto. En este sentido se pronuncia la Ley 17/2009 cuando en el citado artículo 5 establece que no cabe un régimen de autorización cuando se pueda obtener el mismo resultado con un control *a posteriori*.

No cabe duda que la implantación de estas figuras desplaza hacia la Administración la carga de un esfuerzo en vigilancia y control que antes era soportada por el particular en forma de dilaciones y trabas burocráticas. De ahí que la LPAC recoja el principio de que los efectos favorables al interesado que derivan de las declaraciones responsables y comunicaciones previas serán *“sin perjuicio de las facultades de comprobación, control e inspección que tengan atribuidas las Administraciones Públicas”* (art. 71 bis.3).

No se incluyen en el texto sometido a consulta de este Consejo medidas de esa naturaleza tendentes a evitar que la eliminación de la autorización previa lleve aparejado el incumplimiento de los requisitos exigidos para el desarrollo de la actividad que se inicia una vez efectuada la comunicación previa, lo que supondría como dice el CES un menoscabo de los derechos de los consumidores y la distorsión de las reglas de competencia.

Es más, consustancial al control *a posteriori* es el incremento de las tareas inspectoras y sancionadoras, aspectos a los que el Proyecto de Decreto no hace ninguna referencia, ni tampoco se infiere su potenciación pues, conforme a la denominada memoria económica, la entrada en vigor del Proyecto no va a comportar gasto alguno en los Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma.

## 3. La sustitución de la obligación de aportar determinada documentación acreditativa por la presentación de una declaración responsable.

Como decíamos en el apartado 1 de la presente Consideración, el Proyecto opta (siguiendo lo establecido en la LTRM) por la comunicación previa para sustituir, en el ámbito turístico, a la autorización. A dicha comunicación cabe adicionar los documentos que el redactor de la norma considere oportunos, pero lo que no resulta adecuado es la inclusión entre estos documentos de una “declaración responsable”. La acepción con que el Proyecto utiliza el término “declaración responsable” (por ejemplo, en el artículo 4, siete), resulta excesivamente limitada respecto de la naturaleza y alcance con que la LPAC construye este instrumento jurídico.

En efecto, para el Proyecto, tanto en el precepto que se menciona como en otros tanto a lo largo de su articulado, la declaración responsable equivale a una mera manifestación de cumplimiento de algún requisito (disponibilidad de un inmueble, suscripción de un seguro de responsabilidad civil...), en tanto que el artículo 71 bis LPAC lo configura, como se ha explicado anteriormente, como una técnica permisiva del ejercicio de una actividad en sustitución de la autorización, con un alcance similar o, incluso, de mayor envergadura que la autorización previa, por lo que no cabe utilizarla como complemento de esta última. Procede, en consecuencia, eliminar del texto del Proyecto estas referencias al término “declaración responsable” y su sustitución por otras como, por ejemplo, “manifestación”, para evitar su confusión con la figura legal expuesta.

En este mismo sentido se pronunció este Consejo Jurídico en el Dictamen 141/2010, emitido en relación con el Proyecto de Decreto sobre medidas de simplificación documental en los procedimientos administrativos de la Administración Pública de la Comunidad de la Región de Murcia.

#### 4. Inicio de la eficacia de la comunicación previa.

A tenor de lo establecido en el artículo 71 bis.3 LPAC las declaraciones responsables y las comunicaciones previas permitirán *“con carácter general el reconocimiento o ejercicio de un derecho o bien el inicio de una actividad desde el día de su presentación”*. De esta previsión legal se desprende claramente la posibilidad de ejercer la actividad de que se trate desde el momento mismo en que dichos documentos son depositados en los lugares previstos para ello por las normas que resulten de aplicación. Esta eficacia simultánea a la presentación parece constituir la regla general que, sin embargo, puede admitir excepciones en casos especiales, de forma que la comunicación tenga una eficacia demorada o que pueda presentarse después de iniciar la actividad.

La eficacia demorada no está expresamente contemplada en la LPAC, pero se justifica en el hecho de que la Ley no prevé expresamente que dicha eficacia se despliegue sólo desde el momento en que la comunicación llegue al órgano competente.

Ninguna duda plantea, sin embargo, la posibilidad de que la comunicación pueda presentarse dentro un plazo posterior al inicio de la actividad, porque la LPAC así lo establece *“no obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, la comunicación podrá presentarse dentro de un plazo posterior al inicio de la actividad cuando la legislación correspondiente lo prevea expresamente”*.

Esta comunicación *ex post* es la que sigue el Proyecto objeto del presente Dictamen (redacciones propuestas para los artículos 37.1 del Decreto 75/2005; 36.1 del Decreto 76/2005; 31.1 del Decreto 91/2005; 21.1. del Decreto 127/2005; 9.1 del Decreto 100/2007; 3.1 del Decreto 280/2007 y 12.1. del Decreto 320/2007), pero la opción seguida carece de la preceptiva habilitación legal. En efecto, la LTRM, en redacción dada por la Ley 12/2009, establece, en el artículo 41.9, como una de las obligaciones de las empresas turísticas la de *“comunicar a la Consejería competente en materia de Turismo, con carácter previo, el inicio de su actividad, acompañada de la documentación que, en su caso, reglamentariamente se determine”*. La redacción de este precepto deja poco margen de interpretación. Si el texto hubiese utilizado sólo la denominación de *“comunicación previa”*, cabría entender que no se habría hecho otra cosa que incidir en la poco afortunada dicción del artículo 71 bis LPAC, pero la Ley sectorial es bastante más clara en cuanto a su intención al remarcar en un inciso el requisito temporal al que se somete la presentación de la comunicación: *“con carácter previo”*, es decir, la eficacia, en el presente caso, es demorada, y con este carácter se ha de acoger en el Proyecto que, en virtud del principio de jerarquía normativa, se encuentra vinculado por la previsión legal, quedándole sólo la posibilidad de establecer el plazo que debe mediar entre la presentación de la comunicación y el inicio de la actividad, de modo que éste puede ser incluso de un solo día.

5. Necesidad de aprobar un modelo de las comunicaciones previas que se recogen en el Proyecto.

El apartado 5 del artículo 71 bis LPAC ordena que *“las Administraciones Públicas tendrán permanentemente publicados y actualizados modelos de declaración responsable y de comunicación previa, los cuales se facilitarán de forma clara e inequívoca y que, en todo caso, se podrán presentar a distancia y por vía electrónica”*.

El Proyecto no contiene disposición alguna en relación con los modelos que, por imperativo legal, han de existir. La Ley 12/2009 sí hace referencia a estos modelos pero sólo en relación con la comunicación de inicio de actividad a realizar por las empresas de venta a distancia (art. 5) y con la declaración responsable para obtener la condición de Feria Comercial Oficial (art. 6), estableciendo su aprobación por la Consejería competente en la materia e indicando su contenido.

El silencio legal en lo que respecta a los modelos de comunicación previa de las actividades a realizar por las empresas turísticas, obliga a plantearse si la aprobación de los mismos podría llevarse a cabo por el titular de la Consejería que ostenta las competencias en materia turismo o si, por el contrario, se trataría de una potestad reservada al Consejo de Gobierno. En este punto se hace necesario recordar el régimen jurídico aplicable en el ámbito de nuestra Comunidad Autónoma en relación con la posibilidad del ejercicio de la potestad reglamentaria por los Consejeros (Ley 6/2004). Según este régimen (que ha sido profusamente estudiado en diversos Dictámenes de este Consejo), el alcance de esta potestad se limitaría a la esfera organizativa interna, a las relaciones de sujeción especial y a aquellos supuestos en los que expresamente se les atribuyera mediante una norma de rango legal, lo que nos llevaría, en principio, a negar la competencia del Consejero al no constar habilitación legal, ni tratarse de un supuesto a simple vista encajable en las esferas organizativas o domésticas. Ahora bien, atendiendo a la naturaleza de estos modelos que carecen de valor constitutivo sobre lo que sea derecho válido y vigente en cuanto a los requisitos exigibles al interesado, cabría aplicar la Doctrina sentada por este Órgano Consultivo según la cual tal competencia es admisible atendiendo al carácter meramente instrumental de estos modelos en relación con el procedimiento en el que se incardinan (Dictámenes 77/2005 y 149/2007, evacuados en relación con el Proyecto de Decreto por el que se regula la tarjeta sanitaria individual y su régimen de uso en la Región de Murcia, y el Proyecto de Decreto por el que se regulan los procedimientos administrativos en materia de adopción de menores en la Región de Murcia, respectivamente).

Procede, pues, que en el Proyecto se incluya bien el modelo normalizado de las comunicaciones previas a las que el mismo se refiere, bien la posibilidad de que lo haga *a posteriori* el titular de la Consejería competente en materia de turismo, indicando, en este último caso, cuál haya de ser su contenido.

#### 6. Necesidad de revisar los textos de los Decretos que se pretenden modificar.

La Consejería consultante debe llevar a cabo una revisión en profundidad de los Decretos cuya modificación constituye el objeto del Proyecto que se dictamina, con el fin de conseguir una

total adecuación a la LTRM. Así, a título de ejemplo, se observan las siguientes disposiciones que contravienen la norma legal que desarrollan:

a) Se mantiene la necesidad de autorización de apertura para los alojamientos vacacionales que se establece en el artículo 34 del Decreto 75/2005, sin que el mantenimiento de esta autorización haya sido debidamente justificada a tenor del carácter limitativo que a aquella da la DS.

b) En el mismo Decreto, se conserva en el artículo 5 la obligatoriedad de inscripción de la empresas explotadoras de apartamentos turísticos en el Registro de Empresas y Actividades Turísticas de la Región de Murcia, lo que no cohonesta con la nueva configuración dada a dicho Registro por la Ley 12/2009.

c) En el Decreto 76/2005 se sustituye la autorización de apertura por la figura de la comunicación previa, sin embargo se mantiene indebidamente una mención a dicha autorización en el art. 3.2.

**QUINTA.- Observaciones al título, a la parte expositiva y a la parte final.**

I. Al título o denominación de la norma proyectada.

Varias son las precisiones que cabe formular en relación con la denominación dada al Proyecto por su redactor:

1. Tanto la Directriz 7 como la 53, de las de Técnica Normativa, señalan que el nombre de una disposición modificativa, como es la que nos ocupa, deberá citar el título completo de la disposición modificada. Así se hace en este caso, pero debido al elevado número de normas que se modifican (ocho), el título resulta largo y farragoso, contraviniendo así la regla sentada por la citada Directriz 7 que obliga a que la denominación de la norma sea "*clara y concisa*". Lo anterior aconseja modificar la redacción del título por otra del siguiente tenor o similar; "*Proyecto de Decreto... por el que se modifican diversos Decretos en materia de turismo...*".

2. El Título del Proyecto aparece redactado íntegramente en letras mayúsculas lo que resulta inadecuado atendiendo lo que, a este respecto, se señala en el apartado V, a) 3.º de las Directrices anteriormente mencionadas.

3. La modificación reglamentaria que se propone, si bien es cierto que persigue adaptar la regulación de diversas actividades turísticas a la DS, no debe desconocer la existencia de la Ley 12/2009, que resulta ser el fundamento inmediato de la reforma reglamentaria, que adecua la norma inferior a la superior. Debe en consecuencia, sustituirse el último inciso relativo a la adaptación a la DS, por otro relativo a la adecuación a la Ley 12/2009, cuyo título, que habrá de consignarse completo, es expresivo del fundamento último de la reforma como adaptación a la normativa comunitaria.

## II. A la parte expositiva.

1. Debe recogerse una mención al precepto del EARM que dota de competencia a la Comunidad Autónoma en materia de turismo.

2. La cita realizada a la Ley 12/2009, debería completarse con la expresión del alcance de la reforma operada en el régimen de los servicios turísticos y con la mención expresa de su Disposición final tercera, que contiene el mandato expreso de adecuación de las normas reglamentarias.

3. La DS reconoce la posibilidad de establecer, excepcional y justificadamente, regímenes de autorización, siempre y cuando se cumpla la triple condición a la que hacíamos referencia en la Consideración Cuarta del presente Dictamen. Precisamente este carácter excepcional de la autorización exige, en aquellos supuestos en los que la misma se mantenga, una justificación. En este sentido el Proyecto, de acuerdo con lo previsto en el artículo 57.2 LTRM, somete a la previa obtención de título habilitante para el ejercicio de la actividad propia de los guías de turismo, lo que, en última instancia, encuentra su justificación en la Directiva 2005/36/CE, del Parlamento europeo y del Consejo, relativa al reconocimiento de cualificaciones profesionales (en adelante, Directiva 2005/36), circunstancia que debería incluirse en la parte expositiva.

## III. A la parte final.

1. Las disposiciones de la parte final deben intitularse con la leyenda que corresponda atendiendo al contenido o materia a la que se refieren (regla 38 de las ya mencionadas Directrices de técnica normativa).

2. En la Disposición final primera se faculta al Consejero de Cultura y Turismo *“para que adopte las medidas necesarias en aplicación, ejecución y desarrollo de este Decreto”*. Atendidos

los términos tan genéricos en que se expresa la Disposición, cabría entender incluida en la facultad atribuida al Consejero, desde una habilitación reglamentaria omnímoda, hasta la realización de actuaciones o el dictado de actos administrativos concretos y singulares tendentes a la ejecución del Decreto. La primera resultaría contraria al régimen de la potestad reglamentaria, en tanto que ésta corresponde de forma originaria al Consejo de Gobierno (artículo 32.1 EAMU) y, sólo por derivación, a los Consejeros, cuando les esté específicamente atribuida por una norma de rango legal (artículos 38 y 52.1 de la Ley 6/2004), a salvo su potestad reglamentaria propia en los aspectos puramente organizativos de su Departamento. 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.

3. La Disposición final segunda incluye una cláusula de entrada en vigor inmediata que limita, sin justificación aparente para ello, la posibilidad material de conocimiento de la norma, incumpliendo así lo establecido en las Directrices sobre técnica normativa antes citadas. Se sugiere introducir una *vacatio legis* por el tiempo que la Consejería proponente considere adecuado para garantizar dicho conocimiento.

**SEXTA.- Observaciones al Artículo 1. Modificación del Decreto 75/2005, de 24 de junio, por el que se regulan los Apartamentos Turísticos y Alojamientos Vacacionales.**

1. Al apartado dos.

La modificación del artículo 19 del Decreto 75/2005, afecta no sólo al contenido sino también lo hace al título, eliminando la palabra “comunicación”, lo que resulta consecuente con la falta de obligación por parte del titular del establecimiento de comunicar las modificaciones que sufran los precios. Esta modificación del título del precepto debe indicarse expresamente en el Proyecto que se dictamina.

2. Al apartado cuatro.

a) La expresión “*se modifica..., que queda redactado con la siguiente redacción*”, ganaría en rigor gramatical si se evitase la redundancia que contiene, utilizando una dicción como la siguiente o similar: “*el artículo...queda redactado de la siguiente manera*”. Esta observación se hace extensiva a todas aquellas ocasiones en las que se ha utilizado la expresión que se sugiere modificar.

b) El ejercicio de la actividad turística sólo se debe condicionar a la comunicación previa de su inicio, objetivo que se vería frustrado en la práctica si se prohíbe “*comercializar, contratar, incluir en catálogos y hacer publicidad de apartamentos turísticos que carezcan de la clasificación*” (redacción que se propone para el art. 23.3 del Decreto que se modifica). Dificilmente puede desarrollarse la actividad propia de los apartamentos turísticos si no se permite la de contratar o la de comercializar hasta que se obtenga la clasificación, lo que puede demorarse hasta tres meses (plazo que tiene la Administración para resolver el correspondiente procedimiento según establece el artículo 38.2 del mismo Decreto). Se debe, pues, modificar la redacción de este precepto prohibiendo las operaciones que se indican a las empresas que no hayan comunicado el inicio de su actividad.

### 3. Al apartado ocho.

El plazo para resolver el procedimiento administrativo para la obtención de la clasificación y categoría del establecimiento turístico ha de computarse desde la presentación de la correspondiente solicitud. Debe sustituirse, por lo tanto, en el apartado 2 del artículo 38 la expresión “*comunicación de inicio de la actividad*” por la de “*solicitud*”. Esta observación se hace extensiva a todos los supuestos en que se haya empleado esta fórmula a lo largo del Proyecto objeto de Dictamen.

### 4. Al apartado diez.

En la nueva redacción que se propone para el artículo 41.2 del Decreto 75/2005, se reduce a diez días el plazo que el vigente Decreto establece en tres meses para comunicar a la Administración turística las variaciones que se produzcan en las instalaciones y que afecten a las condiciones en las que se otorgó la clasificación. Aunque no cabe formular reparo alguno de ilegalidad a este precepto, una disminución tan drástica en el plazo debería justificarse en el expediente.



**SÉPTIMA.- Observaciones al Artículo 2. Modificación del Decreto 76/2005, de 24 de junio, por el que se regulan los Alojamientos Rurales.**

1. Al apartado uno.

En relación con la clasificación (que no calificación) de los alojamientos rurales, la Consejería competente en materia de turismo no “conoce”, como se indica en la redacción que se propone dar al artículo 3.1, sino que resuelve el procedimiento al que se refiere el artículo 37, reconociendo o denegando la clasificación solicitada. En consecuencia, debe modificarse en este sentido el contenido del precepto.

2. Al apartado dos.

Se da aquí por reproducida la observación formulada en relación con la modificación propuesta para el artículo 23.3 del Decreto 75/2005, relativa a la improcedencia de supeditar la realización de operaciones tales como la comercialización o la contratación al hecho de haber obtenido la clasificación.

3. Al apartado ocho.

Aunque se anuncia una modificación en la denominación del Título III del Decreto 76/2005, se conserva, seguramente debido a una errata, la misma leyenda relativa al procedimiento de autorización.

4. Al apartado nueve.

La intitulación dada al artículo 36 “*Documentación para la clasificación*” no es descriptiva del contenido del precepto que realmente abarca dos realidades diferenciadas: por un lado, la comunicación previa del inicio de la actividad y, por otro, la solicitud de clasificación.

**OCTAVA.- Observaciones al Artículo 3. Modificación del Decreto 91/2005, de 22 de julio, por el que se regulan los Establecimientos Hoteleros en la Región de Murcia.**

1. Al apartado cuarto.

Se debe sustituir el ordinal “cuarto” por el cardinal “cuatro”.

## 2. Al apartado cinco.

a) Como quiera que el artículo 20 del Decreto 91/2005 sólo tiene un apartado, se ha de eliminar la numeración que se contiene en el Proyecto.

b) En la línea de simplificación de trámites y reducción de cargas administrativas que constituyen postulados de la DS a los que se pretende, en definitiva, dar cumplimiento con el Proyecto objeto del presente Dictamen, la Consejería consultante podría plantearse la conveniencia de suprimir la comunicación previa que se establece como requisito para la instalación de camas supletorias, pues la comunicación previa que se ha de efectuar para el inicio de la actividad hotelera que supone, por parte de quien la efectúa, un conocimiento de los requisitos legales y reglamentarios exigibles para acceder a la actividad, incluye la totalidad de éstos y, por tanto, también los necesarios para instalar camas supletorias, los cuales se concretan en los apartados b), c) y d) del citado artículo 20.

## 3. Al apartado siete.

a) La modificación que se propone en relación con el artículo 29 del Decreto 91/2005, sustituye la figura del Director por la del “Responsable del Establecimiento”. Derogada la Orden de 11 de agosto de 1972, por la que se regulaba el Estatuto de los Directores de Establecimiento -de aplicación supletoria en el ámbito de la Región, puesto que en este concreto aspecto la Comunidad Autónoma no ha normado-, la denominación que se dé a esta figura no ha de ser forzosamente la de Director, pero la utilizada por el Proyecto puede generar confusión de identidad con el representante legal de la empresa titular del establecimiento, único que ostenta responsabilidad administrativa a tenor de lo previsto en el artículo 58 LTRM, que considera sujetos responsables a las personas físicas o jurídicas titulares de establecimientos o actividades turísticas por actos realizados directamente o por personas de ellos dependientes.

b) Debe revisarse la redacción dada al apartado 2 del artículo 29 del Decreto que se modifica, con el fin de dotarla de mayor rigor gramatical evitando el uso reiterativo del sustantivo “establecimiento”.

## 4. Al apartado diez.

En el apartado 3 del artículo 31 del Decreto 91/2005 debe adicionarse la siguiente frase o similar: “sin que esta inscripción condicione la habilitación para el ejercicio de la actividad”.

**NOVENA.- Observaciones al Artículo 4. Modificación del Decreto 127/2005, de 11 de noviembre, por el que se regulan los Establecimientos de Restauración en la Comunidad de la Región de Murcia.**

1. Al apartado siete.

a) En el apartado 1 del artículo 21 de la norma que se modifica deben incluirse los titulares de las cafeterías.

b) En el artículo 21.2.a) se hace referencia a la solicitud de la categoría, clasificación y especialización. Al margen de que se debería invertir el orden de los términos “categoría” y “clasificación”, no se comprende a qué se refiere la expresión “especialización” que sólo se usa en este precepto, sin que en el resto del Decreto 127/2005, ni en su versión original ni en la modificada, aparezca referencia alguna a ella.

c) Sería conveniente indicar la escala del plano que se ha de presentar junto con la solicitud de clasificación a la que se refiere el artículo 21.2.

2. Al apartado ocho.

Se incluye un nuevo artículo en el Decreto 127/2005, el 21 bis, en el que establece lo siguiente: *“En el plazo de diez días desde el inicio de la actividad de café-bar y bares con música los titulares del establecimiento deberán comunicarlo a la Consejería competente en materia de Turismo a los solos efectos de su inscripción en el Registro de Empresas y Actividades Turísticas”.*

Se suprime, pues, para este tipo de establecimientos el requisito de clasificación, seguramente debido al hecho de que sólo pueden ser clasificados en una categoría. Ahora bien, el requisito de clasificación no es opcional para la norma reglamentaria al disponer la LTRM, en el apartado 10 del artículo 41, que es obligación de las empresas turísticas *“obtener de la Administración competente la clasificación de cualquier actividad turística que se desarrolle en la comunidad Autónoma de la Región de Murcia”.* Cuestión diferente es que los requisitos para la clasificación de los cafés-bares y de los bares con música difieran de los que se exigen para los restaurantes y las cafeterías, y que este distinto tratamiento justifique su regulación en preceptos

distintos, aunque lo más apropiado, desde el punto de vista de una correcta técnica normativa, sería atender en un solo precepto con varios apartados las peculiaridades que para cada grupo de establecimientos de restauración requiera la comunicación previa del inicio de la actividad y la solicitud de su clasificación.

**DÉCIMA.- Observaciones al Artículo 5. Modificación del Decreto 100/2007, de 25 de mayo, por el que se regulan las Agencias de Viaje y las Centrales de Reservas.**

1. Al apartado uno.

El Proyecto reproduce, en el párrafo primero del artículo 2 del Decreto a modificar, la definición que el artículo 36.1 LTRM da para las Agencias de Viajes, pero al hacerlo arrastra una incorrección gramatical que se contiene en dicho precepto legal y que se concreta en el uso de la expresión “y/o”. Conviene recordar que la conjunción “o” no es excluyente, de forma que puede indicar uno, otro o ambos (para indicar sólo uno u otro se emplea la fórmula “o...o...”). Por tanto, la expresión “y/o”, innecesaria por redundante, se debe sustituir por la conjunción “o” que en este caso tomará la forma de “u” ya que precede a una palabra (organización) que empieza por “o”.

2. Al apartado tres.

Mediante la modificación que se introduce en el artículo 3.1 del Decreto 100/2007, se condiciona la habilitación para el ejercicio de las actividades que en dicho precepto se relacionan, a la previa inscripción en el Registro de Empresas y Actividades Turísticas, lo que contraviene el carácter meramente informativo que a dicho Registro confiere la LTRM.

3. Al apartado siete.

Como quiera que el contenido del Capítulo II se refiere no sólo a la clasificación de las Agencias de Viajes sino también a la comunicación del inicio de su actividad, su denominación debería ser la siguiente: “Inicio de actividad y clasificación”.

4. Al apartado ocho.

a) Debe modificarse la intitulación del artículo 9, utilizando otra más acorde con su contenido, como podría ser la siguiente: “Inicio de actividad y solicitud de clasificación”.

b) El apartado 1 de dicho precepto debe referirse únicamente a la comunicación previa del inicio de actividad, de modo que resulte inequívoco que éste constituye el único requisito para iniciar la actividad.

c) La DS en su artículo 23.1 establece que *“los estados miembros podrán hacer lo necesario para que los prestadores cuyos servicios presenten un riesgo directo y concreto para la salud o la seguridad del destinatario o un tercero, o para la seguridad financiera del destinatario, suscriban un seguro de responsabilidad profesional adecuado en relación con la naturaleza y el alcance del riesgo u ofrezcan una garantía o acuerdo similar que sea equivalente o comparable en lo esencial en cuanto a su finalidad”*. Por otro lado, en su considerando 99 señala al respecto que *“los Estados miembros no deben establecer normas más detalladas sobre la cobertura del seguro y fijar, por ejemplo, umbrales mínimos para las sumas aseguradas o límites aplicables a las exclusiones de la cobertura”*. Bajo esta perspectiva entiende este Consejo Jurídico que la Consejería consultante debería plantearse la conveniencia de mantener, en relación con las Agencias de Viaje, la doble exigencia de suscribir un seguro y prestar una fianza, así como la regulación tan exhaustiva que se lleva a cabo en relación con ambas figuras (artículos 9.2.c) y 19).

d) La exigencia de comunicar la apertura de sucursales debe revisarse a la luz de los postulados de la DS, entre los que se encuentran la eliminación de límites territoriales para los servicios permitidos.

5. Al apartado nueve.

En el apartado 1 del artículo 10 debe incluirse la expresión “de clasificación” entre “solicitudes” y “serán”.

6. Al apartado catorce.

Eliminada la autorización para el establecimiento de sucursales, debe suprimirse la mención que a ella se hace, seguramente por errata, en el artículo 15.3, sustituyéndola por una referencia a la comunicación del comienzo de la actividad a la que se refiere el artículo 9.3.

7. Al apartado quince.

La causa de extinción de los efectos de la clasificación que se señala en la letra g) del artículo 16 contraviene lo establecido en el artículo 10.3 LTRM, que únicamente prevé la

revocación de la clasificación *“cuando se incumpla alguno o algunos de los requisitos que sirvieron para su otorgamiento”*.

El Proyecto no prevé, para otorgar la clasificación, la exigencia de mantener la actividad de forma continuada sin interrupciones superiores a seis meses, por lo que no existiría tal obligación y, en consecuencia, su incumplimiento no podría conllevar efectos sobre la clasificación reconocida. Procede, por lo tanto, eliminar dicha causa de revocación.

8. Al apartado dieciocho.

En el apartado 4 del artículo 19 se debe sustituir la expresión “del título licencia” por la de “de la clasificación”.

**UNDÉCIMA.- Observaciones al Artículo 6. Modificación del Decreto 280/2007, de 3 de agosto, regulador de los Organizadores Profesionales de Congresos de la Región de Murcia.**

1. Al apartado uno.

Al parecer el artículo 2.5 del Decreto 280/2007 pretende que los organizadores profesionales de congresos, para llevar a cabo actividades propias de las agencias de viajes, hayan cumplimentado los requisitos que a éstas se les exige. Partiendo de este lícito fin, la redacción dada al precepto por el Proyecto objeto del presente Dictamen no es afortunada, pues se exige haber obtenido, con carácter previo, “la oportuna clasificación”, lo que supone, en última instancia, supeditar el inicio de una actividad a la obtención de una “autorización” aunque se la denomine de otro modo, lo que resulta contrario tanto a la DS como a la LTRM en su vigente redacción, salvo, claro está, que se amparase en las excepciones que se prevén en la DS y se justificase debidamente. Como no parece que sea ésta la intención del impulsor de la norma, procede modificar la redacción de dicho precepto en el siguiente sentido o similar: *“Para realizar actividades propias de las agencias de viaje, los organizadores profesionales deberán comunicar previamente tal circunstancia en los términos y con los requisitos que para aquéllas se establecen en el artículo 9 del Decreto 100/2007, de 25 de mayo, por el que se regulan las Agencias de Viajes y las Centrales de Reservas”*.

2. Al apartado dos.

La denominación del Capítulo II debe ser comprensiva de la totalidad de aspectos que regula, a saber: Comunicación del inicio de actividad, clasificación y registro.

3. Al apartado tres.

a) Debe modificarse la intitulación del artículo 3, utilizando otra más acorde con su contenido como podría ser la siguiente: “Comunicación del inicio de actividad y solicitud de clasificación”.

b) El apartado 1 de dicho precepto debe referirse únicamente a la comunicación previa del inicio de actividad, de modo que resulte inequívoco que éste constituye el único requisito para iniciar la actividad.

c) En relación con la doble obligación que se impone a los organizadores profesionales de congresos de suscribir un seguro de responsabilidad profesional (apartado 2, c) del artículo 3) y depositar una fianza (artículo 10), se da por reproducida la observación que se ha formulado para las Agencias de Viaje en el apartado 4.c) de la Consideración Décima.

d) En relación con la exigencia de comunicar la apertura de sucursales que se recoge en el artículo 9.3, se da por reproducida la observación que se contiene en el apartado 4.d) de la Consideración Décima del presente Dictamen.

4. Al apartado cuatro.

a) El título del artículo 4 resultaría más adecuado si se hiciese constar en él la primera de las circunstancias que se recogen en el precepto, es decir, el reconocimiento de la clasificación solicitada.

b) En el apartado 1 del artículo 4 se debe sustituir la expresión “...la comunicación de inicio de la actividad...” por la de “...la clasificación solicitada ...”

5. Al apartado Seis.

La redacción de este precepto ganaría en rigor gramatical si la expresión “habidas” se sustituyese por la más adecuada de “las que concurrían”.

**DUODÉCIMA.- Observaciones al artículo 7. Modificación del Decreto 320/2007, de 19 de octubre, por el que se regulan las Empresas de Turismo Activo de la Región de Murcia.**

1. Al apartado tres.

La denominación del Capítulo III debe ser comprensiva de la totalidad de aspectos que regula: Comunicación del inicio de actividad, clasificación y registro.

2. Al apartado cuatro.

a) Por los mismos motivos esgrimidos en la anterior observación, la intitulación del artículo 12 debe sustituirse por la de “Comunicación del inicio de actividad y solicitud de clasificación”.

b) Debe corregirse la errata que se observa en el apartado 1 del artículo 12 al incluir dos veces la expresión “inicio de sus actividades”.

3. Al apartado cinco.

Solicitada la clasificación (apartado 2, a) del artículo 12), el artículo 13 debe regular la resolución de la misma, que se producirá en el plazo y por el órgano que se indican en el Proyecto. La inscripción en el Registro se llevará a cabo, de oficio, inmediatamente después de haberse reconocido la correspondiente clasificación.

Por otro lado, debe conservarse en la redacción del Proyecto que la inscripción en el Registro lo será en la Sección Especial de Empresas y Actividades Turísticas Complementarias (art. 38 LTRM).

4. Al apartado seis.

Por las mismas razones esgrimidas en la anterior observación, en el artículo 14 se debe hacer referencia a la clasificación, redactando el precepto de la siguiente forma o similar: *“Cualquier modificación relativa a la titularidad de las empresas reguladas en el presente Decreto o cualesquiera de los requisitos o características en función de los cuales se reconoció la clasificación, deberá ser comunicada a la Consejería competente en materia de Turismo, en el plazo de diez días desde que aquélla se produzca”.*



**DECIMOTERCERA.- Observaciones al Artículo 8. Modificación del Decreto 178/1995, por el que se aprueba la regulación de la profesión de Guías de Turismo en la Región de Murcia.**

1. La modificación que se ha de efectuar en relación con el Decreto 178/1995 debe responder a la exigencia de dos directivas comunitarias: De una parte, la DS repetidamente mencionada en el presente Dictamen, en todo lo que se refiere a la regulación de la actividad propia de los Guías de Turismo y, de otra, a la Directiva 2005/36, en todo lo atinente a la reserva de actividad, es decir, al reconocimiento de cualificaciones profesionales y libertad de prestación de servicios y establecimiento. Directiva esta última que fue incorporada al ordenamiento jurídico español por el Real Decreto 1837/2008, de 8 de noviembre.

La DS en su considerando 31 afirma que es coherente con la Directiva 2005/36, a la que no afecta: *“Trata cuestiones distintas a las relativas a las cualificaciones profesionales, como por ejemplo el seguro de responsabilidad profesional, las comunicaciones comerciales, las actividades multidisciplinares y la simplificación administrativa. Con respecto a la prestación de servicios temporales transfronterizos, una excepción a la disposición sobre la libre prestación de servicios en la presente Directiva garantiza que no afecte al título II (Libre prestación de servicios) de la Directiva 2005/36/CE. Por tanto, la disposición sobre la libre prestación de servicios no afecta a ninguna de las medidas aplicables con arreglo a la citada Directiva en el Estado miembro en el que se presta el servicio”.*

La Directiva 2005/36 prima sobre la DS porque así lo establece esta última en el apartado 1.d) de su artículo 3, al afirmar lo siguiente: *“1. Si surge un conflicto entre una disposición de la presente Directiva y una disposición de otro acto comunitario relativo a aspectos concretos relacionados con el acceso a la actividad de un servicio o su ejercicio en sectores concretos o en relación con profesiones concretas, estas otras normas primarán y se aplicarán a esos sectores o profesiones concretas. Entre dichos actos figuran...d) La Directiva 2005/36”.* Por otro lado el artículo 17 DS también establece, entre las excepciones adicionales a la libre prestación de servicios, las materias a las que se refiere el título II de la Directiva 2005/36, incluidos los requisitos de los Estados miembros en que se presta el servicio por los que se reserva una actividad a una determinada profesión. En el mismo sentido los artículos 11.1.d) y 13.2.c) de la Ley 17/2009, dado que la actividad realizada por los Guías de Turismo tiene la consideración de profesión reglada no titulada (Anexo VIII del Real Decreto 1837/2008).

Acatando este planteamiento, la LTRM en el artículo 57.2 establece que *“el ejercicio de esta actividad (Guía de Turismo) deberá ser llevado a cabo por quienes estén en posesión de la habilitación pertinente”*.

Las consecuencias que se derivan de lo anterior y que se han de concretar en el Proyecto que se dictamina, serían, sin ánimo de exhaustividad, las siguientes:

a) El mantenimiento de la habilitación como requisito para el ejercicio de la actividad de Guía de Turismo, con la supresión del requisito de convalidación cada cinco años.

b) La supresión de la limitación geográfica de la habilitación.

c) El reconocimiento de la posibilidad de que los Guías de Turismo habilitados en otras Comunidades Autónomas puedan establecerse en la nuestra con el mínimo de requisitos. En principio debería bastar con la mera comunicación previa acompañada de la habilitación; si se estimase preciso adicionar otras condiciones de ejercicio éstas deberán ser proporcionadas, no discriminatorias y estar objetivamente justificadas (Considerando tercero de la Directiva 2005/36).

d) El reconocimiento de cualificaciones profesionales de los nacionales de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo.

2. Las denominaciones de las titulaciones a las que se refiere el artículo 5 del Decreto que se pretende modificar, deberán ajustarse a las nomenclaturas vigentes tanto para las enseñanzas de formación profesional como para las universitarias.

3. La Directiva 92/51/CEE a la que se hace referencia en el artículo 6 del Decreto 178/1995, se encuentra derogada por el artículo 62 de la Directiva 2005/36.

4. La LTRM configura en su artículo 11 un único Registro de Empresas y Actividades Turísticas, por lo que resultaría más adecuado hacer referencia en el artículo 8 a una Sección de Guías de Turismo integrada en aquel Registro.

5. En el artículo 14 se debe sustituir la referencia a la Ley 4/1986, de 15 de mayo, derogada por la LTRM, por otra relativa al Título VI de este último texto legal.

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

## **CONCLUSIONES**

**PRIMERA.**- La Comunidad Autónoma cuenta con competencia suficiente para aprobar la norma sometida a consulta, correspondiendo hacerlo al Consejo de Gobierno, mediante Decreto.

**SEGUNDA.**- En aplicación de lo establecido en el artículo 61.3 del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo Jurídico, aprobado por Decreto 15/1998, de 2 de abril, se consideran de carácter esencial las siguientes observaciones:

- La que se contiene en la Consideración Cuarta, apartado 3, sobre la sustitución de la expresión “declaración responsable” por otra que no induzca a confusión con la figura regulada en la LPAC.

- La relativa a la necesidad de que la eficacia de la comunicación previa sea demorada, de acuerdo con la previsión contenida en el artículo 41.9 LTRM (Consideración Cuarta, apartado 4).

- La realizada sobre la necesidad de que el Proyecto aborde la inclusión de un modelo normalizado de las comunicaciones previas a las que el mismo se refiere, en los términos que se señalan en la Consideración Cuarta, apartado 5.

- Las que se contienen en la Consideración Cuarta, apartado 6, sobre la necesidad de revisar determinados preceptos de los Decretos que se pretenden modificar, que aún conservan previsiones contrarias a la LTRM en su actual redacción.

- Las relativas al título de la futura disposición, en los términos indicados en la Consideración Quinta, apartado I, 3.

- La que se señala en relación con la necesidad de suprimir la habilitación reglamentaria contenida en la Disposición final primera, en los términos expresados en la Consideración Quinta, apartado III, 2).

- La necesidad de que el inicio de las actividades turísticas a las que se refieren los artículos 23.3 del Decreto 75/2005 y 6.3 del Decreto 76/2005, sólo se supedite a su comunicación previa (Consideración Sexta, apartado 2,b) y Consideración Séptima, apartado 2).

- La que se señala en la Consideración Octava, apartado 4, en relación con el artículo 31.3 del Decreto 91/2005, de modo que quede claro que la inscripción en el correspondiente Registro no condiciona la habilitación para el ejercicio de la actividad (Consideración Octava, apartado 4).

- La que se contiene en la Consideración Novena, apartado 1.a), sobre la necesidad de incluir a los titulares de las cafeterías en el artículo 21.1 del Decreto 127/2005.

- La que se señala sobre la necesidad de conservar el requisito de clasificación para las actividades de café-bar y bar con música, en los términos que se indican en la Consideración Novena, apartado 2.

- La que se indica sobre la necesidad de adecuar el contenido del artículo 3.1 del Decreto 100/2007, a las previsiones de la LTRM en relación con el carácter meramente informativo del Registro de Empresas y Actividades Turísticas, en los términos que se señalan en la Consideración Décima, apartado 2.

- La que se recoge en la Consideración Décima, apartado 6, sobre la supresión de la mención a la autorización que se conserva en el artículo 15.3 del Decreto 100/2007.

- La realizada sobre la procedencia de eliminar como causa de revocación el supuesto que se contempla en el artículo 16.g) del Decreto 100/2007, por carecer de cobertura legal (Consideración Décima, apartado 7).

- La que se contiene en la Consideración Décima, apartado 8, sobre la necesidad de sustituir en el artículo 19.4 del Decreto 100/2007, la expresión “del título licencia” por la de “de la clasificación”.

- Las que se contienen en la Consideración Undécima, apartados 1 y 3, b), sobre la necesidad de revisar la redacción dada a los artículos 2.5 y 3.1 del Decreto 280/2007, con el fin de que no quede duda que el único requisito para el inicio de las actividades turísticas que en ellos se recogen, lo constituye la comunicación previa.

- Las que se indican en el Consideración Duodécima, apartados 3 y 4, relativas a la necesidad de modificar la redacción dada a los artículos 13 y 14 del Decreto 320/2007, de modo que se recoja que las actuaciones que en ellos se indican vienen referidas a la clasificación y a las modificaciones de las condiciones tenidas en cuenta para reconocerla, respectivamente.

- Las que se indican en la Consideración Décimo Tercera en relación con la modificación del Decreto 178/1995.

**TERCERA**- El resto de observaciones formuladas, de asumirse, contribuirían a la mejora técnica del Proyecto y a su mejor inserción en el ordenamiento.

No obstante, V.E. resolverá.



## DICTAMEN 227/2010

<b>Asunto</b>	Revisión de oficio interpuesta por x. frente a órdenes dictadas en procesos selectivos de diversos cuerpos docentes.
<b>Consultante</b>	Consejero de Educación, Formación y Empleo
<b>Fecha</b>	22/11/2010

### Extracto de Doctrina

La excepcionalidad de esta institución y el carácter tasado de las causas en las que cabe sustentarla configuran una suerte de carga para el interesado que insta la nulidad, quien debe alegar la concurrencia de una o varias de tales causas en el acto objeto de la pretensión anulatoria, argumentando o razonando en qué medida y en atención a qué consideraciones el acto ha incurrido en tal o tales causas, no siendo suficiente a estos efectos una mera invocación in genere de existencia de nulidad.

### ANTECEDENTES

**PRIMERO.-** Por Orden de 7 de abril de 2008, de la Consejería de Educación, Formación y Empleo, se convocan procesos selectivos para ingreso, acceso y adquisición de nuevas especialidades en los Cuerpos de Profesores de Enseñanza Secundaria, Profesores de Escuelas Oficiales de Idiomas, Profesores Técnicos de Formación Profesional, Profesores de Música y Artes Escénicas y Profesores de Artes Plásticas y Diseño.

**SEGUNDO.-** El 15 de julio se publica la lista de calificaciones de la fase de oposición correspondiente al Cuerpo de Profesores de Música y Artes Escénicas, especialidad de Flamenco, constando como aspirante excluida x., por no haber realizado la totalidad de los ejercicios de la oposición.

De la lectura del expediente se desprende que el día en que habían de realizarse los ejercicios de la parte B3 de la fase de oposición, la aspirante se presentó ante el Tribunal aportando un documento ("*parte de consulta y hospitalización*") firmado por un médico del Servicio Murciano de Salud, en el que se hace constar que aquella se encuentra en avanzado estado de gestación (37 semanas/a término) y que se desaconseja totalmente el ejercicio físico, incluido el baile, por riesgo de desencadenar el parto. Solicita, en ese mismo acto, la adaptación del ejercicio práctico a sus condiciones, proponiendo realizar una exposición teórica en lugar de dar una clase

práctica con alumnos, a lo que el Tribunal contesta que carece de potestad para adaptar el ejercicio y la aspirante decide, dado su estado, no realizarlo.

**TERCERO.-** Contra la anterior resolución x. presenta reclamación que no obtiene respuesta favorable, publicándose el 22 de julio de 2008 la Resolución de la Dirección General de Recursos Humanos de la Consejería consultante, por la que se hace pública la relación de aspirantes seleccionados. En ella consta, como única seleccionada en la especialidad de Flamenco, x.

**CUARTO.-** Interpuesto recurso de alzada contra dicha resolución por x., es parcialmente estimado por Orden de 2 de julio de 2009, de la Consejería de Educación, Formación y Empleo, que acuerda retrotraer el procedimiento selectivo para que la recurrente pueda realizar el segundo ejercicio de la parte B3, sea calificada e incluida en la lista de calificaciones de la fase de oposición. En caso de obtener una puntuación superior a cinco, continúa la resolución, se le concedería la posibilidad de presentar méritos, incluyéndola en la lista de baremación y, si su calificación global fuera superior a la obtenida por la última seleccionada, se procedería a su inclusión en la lista de seleccionados.

La Orden finaliza con un pie de recurso en el que se afirma que agota la vía administrativa, pudiendo ser impugnada ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Murcia en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente al de su notificación.

**QUINTO.-** El 11 de diciembre de 2009, x. presenta solicitud de revisión de oficio de la referida Orden de 2 de julio, notificada el 23 de noviembre.

Tras enumerar las diversas vulneraciones de las bases reguladoras del procedimiento selectivo en que incurre el acto impugnado, considera la actora que ello determina su nulidad de pleno derecho *“en tanto en cuanto que la orden cuya revisión se solicita vulnera claramente el ordenamiento jurídico al conculcar las bases de la convocatoria contenidas en una disposición normativa: la Orden de 7 de abril de 2008”*. Transcribe a continuación los artículos 109, 102 y 62 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), resaltando en negrita, las letras a), f) y g) del apartado 1 del último de los preceptos citados.

Con carácter subsidiario, se solicita la declaración de lesividad de la Orden impugnada *“por cuanto la misma afecta al ejercicio de la profesión de un funcionario en ejercicio y, por*

*consiguiente, perjudica claramente a la función pública e, incluso, afecta y podría perjudicar a los administrados”*

Finalmente, y para el caso de desestimación de su solicitud de declaración de lesividad, presenta recurso de reposición frente a la misma Orden de 2 de julio de 2009.

Solicita, asimismo, la suspensión del acto recurrido.

**SEXTO.-** El 8 de enero de 2010, la recurrente reitera la solicitud de suspensión del acto recurrido y pide la suspensión de la Resolución de la Dirección General de Recursos Humanos por la que se convoca a examen a x.

La parte del ejercicio B3 que le restaba por ejecutar se realiza el 8 de enero, siendo calificada por el Tribunal, si bien no se da publicidad a la indicada calificación.

**SÉPTIMO.-** Por Orden de 21 de enero de 2010, de la Consejería de Educación, Formación y Empleo, se suspende la ejecutividad de la Orden de 2 de julio de 2009 y se desestima la pretensión relativa a la suspensión de la convocatoria a la realización del ejercicio, al haber éste tenido lugar ya, si bien se acuerda no dar publicidad a la calificación obtenida por la aspirante hasta tanto se resuelva la solicitud de revisión de oficio, y subsidiarios declaración de lesividad y recurso de reposición.

**OCTAVO.-** Conferido trámite de audiencia, x. presenta, el 24 de abril, escrito de alegaciones oponiéndose a la revisión de oficio solicitada y demás pretensiones subsidiarias efectuadas por x.

**NOVENO.-** Con fecha 3 de mayo de 2010, el Servicio Jurídico de la Consejería consultante emite informe-propuesta de inadmisión de las pretensiones deducidas por x.

Consta en el expediente un “borrador de propuesta de inadmisión a trámite” por la que, sobre la base del anterior informe, el Consejero de Educación, Formación y Empleo propone al Consejo de Gobierno la inadmisión de lo solicitado.

**DÉCIMO.-** Recabado el preceptivo informe de la Dirección de los Servicios Jurídicos, se emite el 12 de mayo de 2010, en sentido favorable a la inadmisión de la declaración de lesividad y



desfavorable a la inadmisión de la solicitud de revisión de oficio, considerando procedente su desestimación.

El informe da cuenta de la interposición por la actora de recurso contencioso-administrativo frente a la resolución aquí impugnada, que se encuentra pendiente de resolución.

**UNDÉCIMO.-** Como consecuencia del indicado informe se elabora un nuevo borrador de propuesta al Consejo de Gobierno en el que se propone desestimar la revisión de oficio solicitada e inadmitir la subsidiaria declaración de lesividad.

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 2 de mayo de 2010.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

#### **PRIMERA.-** Carácter y alcance 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.

El supuesto sometido a consulta presenta la peculiaridad de que en un mismo escrito de solicitud la interesada formula tres pretensiones subsidiarias de diferente naturaleza y alcance, con exigencias procedimentales asimismo diversas. Entre éstas destaca la del Dictamen de este Órgano Consultivo, cuya preceptividad únicamente es predicable respecto de la revisión de oficio y no para las pretensiones subsidiarias de declaración de lesividad y recurso potestativo de reposición.

Atendidos los términos en los que se expresa la consulta, por la cual se somete a nuestra consideración la propuesta de desestimación de la revisión de oficio y de la declaración de lesividad instadas, a ambas cuestiones se ceñirá nuestro Dictamen, que será evacuado con

carácter preceptivo únicamente respecto de la revisión, siendo facultativo para la declaración de lesividad.

Ello no obstante, ha de recordarse la obligación que pesa sobre la Administración de resolver expresamente todos los procedimientos iniciados (art. 42.1 LPAC), también, por tanto, el recurso potestativo de reposición formulado con carácter subsidiario respecto de las restantes pretensiones de la actora.

## **SEGUNDA.- Procedimiento y órgano competente para resolver.**

### 1. Procedimiento.

Sin problemas en cuanto a plazo para el ejercicio de la acción y legitimación (salvo lo que más adelante se expresará respecto de la solicitud de declaración de lesividad), puede afirmarse que, en términos generales, y excepción hecha del plazo máximo para dictar resolución, se han seguido los trámites exigidos por las normas rectoras de este tipo de procedimientos. Ha de destacarse, no obstante, que el trámite de audiencia se ha limitado a x., sin que se le haya conferido a la actora, cabe entender que por no tenerse en cuenta en la propuesta de resolución otros hechos ni otras alegaciones o pruebas que las aducidas por ella, lo que es conforme con el artículo 84.3 LPAC, si se considera, como ya indicamos en nuestro Dictamen 51/2005, que dentro de tales conceptos (regulados en los artículos 79, 80 y 81 LPAC) no se incluyen los informes (regulados en los artículos 82 y 83), siempre, claro está, que éstos no aduzcan nuevos hechos y se limiten, como es nuestro caso, a realizar consideraciones jurídicas a partir de aquéllos, sobre cuya existencia no se suscita controversia alguna.

Cabe señalar, asimismo, que el expediente remitido al Consejo Jurídico carece del preceptivo extracto de secretaría, exigido por el artículo 46.2 del Reglamento de Organización y Funcionamiento de este Órgano Consultivo, aprobado por Decreto 15/1998, de 2 de abril, y que la propuesta de acuerdo del Consejo de Gobierno no está firmada por el Consejero proponente.

### 2. Órgano competente para resolver.

De conformidad con el artículo 33.1, letra a) de la Ley 7/2004, de 28 de diciembre, de Organización y Régimen jurídico de la Administración Pública de la Región de Murcia, es competente para resolver sobre la revisión de oficio y declaración de lesividad instadas el Consejo

de Gobierno, al ser el acto objeto de impugnación una Orden del Consejero de Educación, Formación y Empleo.

**TERCERA.-** De la revisión de oficio: análisis de las causas de nulidad alegadas: inexistencia.

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 62 LPAC.

El carácter extraordinario ("*cauce de utilización excepcional y de carácter limitado*", según el Dictamen del Consejo de Estado núm. 3.380/98, de 8 de octubre) que es propio de los procedimientos de revisión de oficio, impone una interpretación estricta de las normas reguladoras de esta vía impugnatoria y de las causas de nulidad que habilitan su uso, pues en definitiva se trata de abrir un nuevo debate fuera de los cauces ordinarios.

Atendido tan extraordinario carácter, este Dictamen se contrae de forma estricta a la determinación de si en el supuesto sometido a consulta concurren tales causas, sin efectuar una valoración de la actuación administrativa desarrollada, más allá de lo que sea estrictamente necesario para determinar si se dan las circunstancias legales habilitantes para declarar la nulidad del acto administrativo impugnado.

Por otra parte, la excepcionalidad de esta institución y el carácter tasado de las causas en las que cabe sustentarla configuran una suerte de carga para el interesado que insta la nulidad, quien debe alegar la concurrencia de una o varias de tales causas en el acto objeto de la pretensión anulatoria, argumentando o razonando en qué medida y en atención a qué consideraciones el acto ha incurrido en tal o tales causas, no siendo suficiente a estos efectos una mera invocación *in genere* de existencia de nulidad. En el supuesto sometido a consulta es evidente que, cuando la actora se limita a resaltar tipográficamente (consignándola en negrita) la causa de nulidad alegada, no alcanza ese mínimo esfuerzo argumentativo exigible para poder incardinar los hechos en alguno de los tasados supuestos legales de nulidad. Ciertamente es que de esta forma de alegar puede llegar a deducirse en cuál de ellos se basa, pero la insuficiencia del razonamiento jurídico en una acción tan excepcional como la ejercida, necesariamente redundará en una mayor dificultad de estimación, e incluso en su inadmisión, al amparo del artículo 102.3 LPAC, en cuya virtud el órgano competente para la revisión de oficio podrá acordar motivadamente

la inadmisión a trámite de las solicitudes formuladas por los interesados, sin necesidad de recabar el presente Dictamen, cuando las mismas no se basen en alguna de las causas de nulidad del artículo 62, carezcan manifiestamente de fundamento o cuando se hubieran desestimado en cuanto al fondo otras solicitudes sustancialmente iguales.

En el supuesto sometido a consulta, considera el Consejo Jurídico que cabía la posibilidad de declarar la inadmisión de la solicitud de revisión, toda vez que la mera invocación implícita de las causas de nulidad y la ausencia de una mínima argumentación jurídica que permita subsumir las infracciones de las bases reguladoras del procedimiento selectivo en alguna de las causas de nulidad, impiden apreciar un mínimo atisbo de prosperabilidad de la revisión solicitada, al no existir, siquiera de forma indiciaria, fundamento para ella. Y es que cabe advertir en la solicitud de revisión de oficio a que se contrae este Dictamen alguna de las circunstancias de inadmisión del artículo 102.3 LPAC, en la interpretación que de ellas hace la jurisprudencia, cuando señala que *“comprenden no sólo los casos en que no se citen las causas del indicado artículo 62.1 de la Ley 30/1992 o cuando el discurso argumental nada tiene que ver con las mismas, sino también aquéllos otros casos en los que aludiendo a las indicadas causas, su desarrollo resulta ajeno al contenido de las mismas por centrarse en causas de anulabilidad que debieron ser esgrimidas mediante los correspondientes recursos administrativos”* (STS, 3ª, de 27 de noviembre de 2009). La misma sentencia precisa que no es suficiente con la mención expresa de la causa de nulidad invocada, *“sino que el alegato que le sirve de soporte ha de ser el propio de una nulidad plena”*, y eso es precisamente lo que no ocurre en este caso, cuando para poder la Administración realizar una argumentación en términos de nulidad y discernir si concurren o no causas de nulidad, es necesario inferir o intentar deducir del escrito de solicitud qué derechos fundamentales se entienden vulnerados (artículo 62.1, letra a) LPAC), de qué requisitos esenciales se carece (62.1, letra f) o qué precepto legal específico prevé la nulidad del acto impugnado (62.1, letra g). Con ello no estamos excluyendo que la actuación del Tribunal Calificador incurriera en alguna irregularidad o contravención de las bases reguladoras del procedimiento, pero se trataría entonces de motivos de anulabilidad (artículo 63.1 LPAC) que no pueden ser corregidos por el estrecho cauce de la acción de nulidad regulada en el artículo 102 de la propia Ley, que exige un engarce entre las vulneraciones del ordenamiento alegadas y la posible concurrencia de una o varias causas de nulidad.

En cualquier caso, considerando que la inadmisión *a limine* de la solicitud se configura por la Ley como actuación meramente potestativa y que, en una interpretación quizás extensiva del principio *pro actione*, se ha tramitado por completo el procedimiento de revisión de oficio,

proponiéndose su desestimación, se efectúa a continuación el correspondiente análisis sobre el fondo.

1. Actos que lesionen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional.

De las alegaciones de la interesada se infiere que considera el acto recurrido incurso en la causa de nulidad establecida en el artículo 62.1, letra a), pues vulnera el ordenamiento jurídico al contravenir las bases reguladoras del procedimiento selectivo, conculcándose sus derechos “*como titular de la plaza objeto de la oposición*”. Esta alegación sólo se comprende si se conoce que la actora tomó posesión en la plaza convocada el 1 de septiembre de 2009.

Del catálogo de derechos y libertades que, de conformidad con el artículo 53.2 CE, son susceptibles de amparo constitucional -los del Título II de la Constitución, más el reconocido en su artículo 14 y la objeción de conciencia-, sólo cabe interpretar que la interesada podría llegar a considerar vulnerado el derecho reconocido en el artículo 23.2 CE a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes.

La interesada no efectúa, como debería, la necesaria argumentación que permita advertir en qué medida los hechos descritos en su solicitud vulneran el derecho de los ciudadanos a acceder en condiciones de igualdad a las funciones públicas, porque tal es el contenido del derecho, y no, como parece apuntar la actora, un genérico derecho de acceso a la función pública que pudiera verse defraudado por cualquier infracción de las normas que ordenan o regulan el ingreso en aquélla (Dictamen del Consejo Jurídico 102/2007). Si bien esta ausencia de precisión en el razonamiento jurídico podría bastar para desestimar la acción de nulidad ejercida por la interesada, útil será recordar el contenido del derecho fundamental en cuestión según la doctrina emanada del Tribunal Constitucional:

a) En primer lugar, nos encontramos ante un derecho a la predeterminación normativa del procedimiento de acceso a las funciones públicas, con los requisitos que señalen las leyes. La preexistencia y predeterminación de las condiciones de acceso forma parte del derecho fundamental en cuanto constituye su soporte y puede ser aquí invocada cuando vaya indisolublemente unida a la posible vulneración de las condiciones materiales de igualdad, mérito y capacidad (STC 67/1996).

b) En segundo lugar, pero en inescindible conexión con lo anterior, nos hallamos ante un derecho de acceso a las funciones públicas en condiciones de igualdad, lo que supone que las

normas reguladoras del proceso selectivo han de asegurar a los ciudadanos una situación jurídica de igualdad en el acceso a las funciones públicas, con la inmediata interdicción de requisitos de acceso que tengan carácter discriminatorio (SSTC 193/1987, 47/1990 ó 353/1993), o de referencias individualizadas (STC 67/1989).

Esta igualdad que la ley ha de garantizar en el acceso a las funciones públicas tiene, por otra parte, un contenido material que se traduce en la necesidad de que las condiciones y requisitos exigidos sean referibles a los principios de mérito y capacidad. De este modo, se produce una intersección del contenido del artículo 23.2 CE con el del artículo 103.3 CE, de manera que, como se ha venido afirmando desde la STC 50/1986, “aunque esta exigencia figura en el artículo 103.3 y no en el 23.2 de la Constitución, la necesaria relación recíproca entre ambos preceptos que una interpretación sistemática no puede desconocer, autoriza a concluir que, además de la definición genérica de los requisitos o condiciones necesarios para aspirar a los distintos cargos y funciones públicas, el artículo 23.2 de la Constitución impone la obligación de no exigir para el acceso a la función pública requisito o condición alguna que no sea referible a los indicados conceptos de mérito y capacidad, de manera que pudieran considerarse también violatorios del principio de igualdad todos aquellos que, sin esa referencia, establezcan una diferencia entre españoles”. A partir de aquí se ha proclamado reiteradamente el derecho fundamental a concurrir de acuerdo con unas bases adecuadas a los principios de mérito y capacidad, que deben inspirar el sistema de acceso y al margen de los cuales no es legítimo exigir requisito o condición alguna para dicho acceso (SSTC 67/1989, 27/1991, 365/1993, 60/1994, 185/1994 o 93/1995, entre otras muchas).

c) El derecho proclamado en el artículo 23.2 CE incorpora también el derecho a la igualdad en la aplicación misma de la ley, de tal modo que, una vez garantizada la vinculación de la propia Administración a lo dispuesto en las normas reguladoras del procedimiento selectivo, ha de quedar también excluida toda diferencia de trato en el desarrollo del referido procedimiento. En todos los momentos del proceso selectivo, incluso al resolver las reclamaciones planteadas por alguno de los aspirantes, la Administración está objetivamente obligada a dispensar a todos un trato igual. Las condiciones de igualdad a las que se refiere el artículo 23.2 CE se proyectan, por tanto, no sólo a las propias leyes sino también a su aplicación e interpretación (STC 10/1998, de 13 de enero).

No obstante, *“si bien el derecho fundamental del artículo 23.2 ha de conectarse ineludiblemente con la vinculación de la Administración a lo dispuesto en las bases que regulan el procedimiento de acceso a la función pública (...) el artículo 23.2 CE no consagra un pretendido derecho fundamental al estricto cumplimiento de la legalidad en el acceso a los cargos públicos, ya*

*que sólo cuando la infracción de las bases del concurso implique, a su vez, una vulneración de la igualdad entre los participantes cabe entender que se ha vulnerado esta dimensión interna y más específica del derecho fundamental que reconoce el art. 23.2 CE, lo que de suyo exige, como asimismo se afirma, la existencia de un término de comparación sobre el que articular un eventual juicio de igualdad. En otros términos, la conexión existente entre el artículo 23.2 CE y la vinculación de la Administración a lo dispuesto en las bases no puede llevarse al extremo de que toda vulneración de las mismas (que normalmente supondrá una vulneración de los principios de mérito y capacidad que a través de las mismas se actúan) implique infracción del derecho fundamental, lo que sólo existirá cuando se produzca una diferencia de trato o, como en otros casos se ha sostenido, una quiebra relevante del procedimiento, que haría arbitraria la decisión que en esas condiciones se dictase (STC 73/1998, FJ 3º, que reitera la doctrina contenida en la número 115/1996)”.*

La aplicación de la doctrina expuesta al supuesto sometido a consulta, conduce a concluir que no se aprecia vulneración alguna del derecho fundamental a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes (artículo 23.2 CE). En especial porque, como se ha dicho, este derecho fundamental no se extiende a la legalidad como tal en el desarrollo de todo el proceso selectivo -tanto en la predeterminación de las bases reguladoras, como de la interpretación y aplicación que de ellas se hace-, sino que es, precisamente, un derecho a la igualdad de las condiciones de acceso a la función pública. Para poder apreciar su quiebra habría requerido, en éste como en cualquier otro caso, el que, previa la aportación del correspondiente término de comparación, se hubiera alegado un trato discriminatorio en la interpretación o aplicación de las normas de acceso. No es suficiente, por tanto, para alcanzar la conclusión de que el derecho fundamental ha sido vulnerado el que se haya interpretado una determinada regla de acceso en un sentido favorable o desfavorable para una determinada aspirante. Por el contrario, para que la desigualdad pudiera ser apreciada, sería necesario que dicha interpretación no hubiera sido extendida a los demás opositores, lo que ni se sostiene ni puede afirmarse que aquí haya ocurrido.

En consecuencia, descartada la existencia de lesión o violación del derecho fundamental consagrado por el artículo 23.2 CE, y dado que el resto de infracciones del ordenamiento jurídico alegadas por la interesada no son reconducibles a una vulneración de derechos fundamentales susceptibles de amparo constitucional, no cabe entender presente en el supuesto sometido a consulta la causa de nulidad analizada.

2. Los actos expresos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición.

El centro de gravedad de esta causa consiste en determinar, para cada supuesto, los requisitos esenciales, lo que debe ser interpretado de forma restrictiva, a fin de que no queden desnaturalizadas las causas legales de invalidez, alterando la regla general de que los actos contrarios al ordenamiento son anulables (Dictamen del Consejo de Estado nº. 3380/98, de 8 de septiembre). No deben confundirse los requisitos esenciales del acto con los necesarios, cuyo incumplimiento motivaría la anulabilidad del mismo (Dictamen del Consejo Jurídico 90/1999). Y es que, para la apreciación de esta causa de nulidad, se exige no sólo que se produzca un acto atributivo de derechos que se adquieren en virtud del mismo y que dicho acto sea contrario al ordenamiento jurídico, sino también que falten los requisitos esenciales para su adquisición (Dictamen del Consejo de Estado 916/2004), requiriéndose, además, que la indicada vulneración del ordenamiento consista, precisamente, en la carencia, en la persona que adquiere una facultad o derecho, de un requisito esencial de carácter subjetivo (Dictamen del Consejo de Estado 741/2004 y STSJ Castilla-La Mancha, de 24 de marzo de 2003), máxime cuando se trata del reconocimiento del derecho a la adaptación de un ejercicio de oposición a las condiciones personales de la aspirante.

La Orden cuestionada es un acto que se limita a resolver el recurso de alzada previamente interpuesto por una opositora, y a tal efecto analiza y considera las alegaciones deducidas en aquél, estimándolo parcialmente por las razones expresadas en la Orden. La imputación ahora deducida por la actora se refiere a diversas infracciones puntuales de las bases reguladoras de la convocatoria (singularmente a la forma, lugar y tiempo de solicitar la adaptación inicialmente negada por el Tribunal, decisión revisada por la Consejería consultante en la resolución impugnada) que, si bien podrían llegar a calificarse como requisitos necesarios para obtener tal adaptación, no demuestran la carencia en la x. de un requisito esencial subjetivo para ser beneficiaria de aquélla, pues no se discute por la actora que sus condiciones subjetivas en el momento del examen (aspirante con una importante limitación física derivada de su avanzado estado de gestación) podían ser merecedoras de tal adecuación (Base 6.8 de la Orden de convocatoria del procedimiento selectivo).

En consecuencia, aun admitiendo a efectos meramente dialécticos la posición de la actora en el sentido de que la Orden impugnada pudo incurrir en una infracción de las bases reguladoras de las pruebas cuando, desconociendo los requisitos de tiempo, lugar y forma que aquéllas exigían



para la presentación de las solicitudes de adaptación, estima procedente la solicitada y ordena, en consecuencia, la retroacción del procedimiento selectivo para posibilitar a la aspirante excluida realizar el ejercicio, lo cierto es que dicha eventual vulneración del ordenamiento jurídico no afecta a las condiciones subjetivas esenciales para ser merecedora de la adaptación solicitada, en la estricta interpretación que demanda la causa de nulidad analizada, por lo que no cabe estimarla concurrente en la Orden recurrida.

### 3. Actos nulos por así establecerlo expresamente una disposición de rango legal.

Para poder apreciar esta causa de nulidad, norma de cierre de la enumeración efectuada por el artículo 62.1 LPAC, es necesario que una específica disposición de rango legal, distinta del referido precepto, sancione con la nulidad de pleno derecho una determinada vulneración del ordenamiento jurídico. En cualquier caso, corresponde a quien la esgrime identificar la concreta disposición legal en la que pretende ampararse.

No habiéndolo hecho así la interesada y no pudiendo deducirse del conjunto de sus alegaciones a qué concreta norma legal se refiere, procede desestimar esta alegación.

### **CUARTA.- La solicitud de declaración de lesividad de acto anulable: improcedencia.**

De conformidad con el artículo 103.1 LPAC, las Administraciones Públicas podrán declarar lesivos para el interés público los actos favorables para los interesados que sean anulables, a fin de proceder a su ulterior impugnación ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo.

La legitimación activa para iniciar el procedimiento de lesividad de un acto, como paso previo a la impugnación jurisdiccional, corresponde en exclusiva a la Administración autora del acto, careciendo de ella los particulares, quienes cuentan con las vías ordinarias de impugnación tanto en el ámbito administrativo, a través de los oportunos recursos, como en el judicial, mediante el correspondiente recurso contencioso-administrativo.

Que el artículo 103 LPAC no establece una suerte de acción de anulabilidad, en términos similares a la acción de nulidad prevista en el artículo 102 de la misma Ley, es unánimemente proclamado por la doctrina y la jurisprudencia, que basan esta apreciación tanto en la dicción legal del precepto, que, a diferencia del 102.1 LPAC, no alude a la posibilidad de iniciación del procedimiento a solicitud del interesado, como en la Exposición de Motivos de la Ley 4/1999, de 13 de enero, de modificación de la LPAC, según la cual se elimina la potestad revisora de los actos

anulables por la propia Administración, obligándola a acudir a los Tribunales si quiere revisarlos previa su declaración como lesivos, *“eliminando también la posibilidad de que los ciudadanos utilizasen esta vía que había desnaturalizado por completo el régimen de los recursos administrativos”*.

Es ilustrativa al respecto la STSJ Cataluña 462/2008, de 6 de junio, ante un supuesto similar al presente en que la actora opta por formular sus pretensiones a través de las vías extraordinarias de los artículos 102 y 103 LPAC, en lugar de acudir a los recursos ordinarios: *“El del artículo 102, nulidad, ya lo hemos desestimado. El del artículo 103, anulabilidad, deberá correr igual suerte ya que tras la reforma operada por la Ley 4/99 sobre aquella Ley 30/92, se suprimió del artículo 103, relativo a la revisión de actos anulables, la posibilidad de solicitud del interesado que antes existía. En consecuencia, la anulabilidad sólo puede ser planteada por los particulares a través de los recursos ordinarios, reservándose la vía del artículo 103 a la iniciativa propia de las Administraciones públicas. Se eliminó así la posibilidad de que los ciudadanos utilizasen una vía que, como indica la exposición de motivos de la Ley 4/99, había desnaturalizado por completo el régimen de los recursos administrativos”*.

Careciendo de legitimación activa la actora para instar de la Administración la declaración de lesividad de la Orden impugnada, procede su inadmisión en este extremo.

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

### **CONCLUSIONES**

**PRIMERA.**- Sin perjuicio de lo indicado en la Consideración Tercera de este Dictamen acerca de la posibilidad de inadmitir la solicitud de revisión de oficio, se dictamina favorablemente la propuesta de resolución que desestima la solicitud de revisión de oficio de actos nulos e inadmite la solicitud de declaración de lesividad de actos anulables formuladas por la actora, de conformidad con lo indicado en las Consideraciones Tercera y Cuarta de este Dictamen.

**SEGUNDA.**- Debe la Administración resolver de forma expresa el recurso potestativo de reposición formulado por la interesada con carácter subsidiario de las dos pretensiones revisorias a que se refiere la Conclusión Primera.

No obstante, V.E. resolverá.



**DICTAMEN 228/2010**

<b>Asunto</b>	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sociales.
<b>Consultante</b>	Consejero de Política Social, Mujer e Inmigración (2007)
<b>Fecha</b>	22/11/2010

**Extracto de Doctrina**

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. 22910

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** Con fecha 28 de mayo de 2009 (registro de entrada), x. presenta reclamación de responsabilidad patrimonial ante la Administración Regional, por los daños sufridos por el fallecimiento de su hija x, de 42 años de edad, cuando se encontraba ingresada en el Centro Ocupacional “Julio López Ambit”.

Los hechos que motivan la presenta reclamación se describen por el interesado de la siguiente manera:

Que su hija x. nació con retraso mental, siendo reconocida su condición de minusválida por el ISSORM y declarada incapaz por Sentencia de 7 de abril de 2001 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 2 de Molina de Segura, que designa como tutores a sus progenitores.

Debido a esta minusvalía, su hija se encontraba ingresada en el Centro Ocupacional “Julio López Ambit”, dependiente hoy del Instituto Murciano de Acción Social (IMAS en lo sucesivo). Refiere que el día 2 de marzo de 2008 sufrió una parada cardiorrespiratoria por “atragantamiento por cuerpo extraño” y posterior parada cardiaca, que derivó finalmente a que entrara en coma, falleciendo el día 6 de marzo de 2008 en el Hospital Virgen de la Arrixaca.

El reclamante imputa al personal del Centro Ocupacional una clara omisión de la labor de vigilancia y control médico, máxime cuando se trataba de una paciente que no podía valerse por sí misma y necesitaba la ayuda del personal del Centro para alimentarse. Más aún, considera que se deberían haber adoptado mayores medidas de precaución, cuando había sufrido episodios anteriores de atragantamiento.

Manifiesta que por estos mismos hechos se ha tramitado el Procedimiento Abreviado núm. 1110/2008 por el Juzgado de Instrucción núm. 6 de Murcia, archivándose la causa el 9 de julio de 2008, por entender que no existía responsabilidad penal de los cuidadores, sin perjuicio de la reserva de acciones civiles, que fueron ejercitadas inicialmente a través de la demanda civil interpuesta frente al Centro Ocupacional ante el Juzgado de 1ª Instancia núm. 6 de Murcia (Juicio Ordinario 55/09), que por Auto de 31 de marzo de 2009 se abstiene de su conocimiento por ser competencia de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

Finalmente, el reclamante solicita la cantidad de 68.926,70 euros, aplicando de forma orientativa el baremo de indemnizaciones por accidente de tráfico correspondiente al año 2008, acompañando un artículo doctrinal sobre la obligación de vigilancia de los enfermos psiquiátricos ingresados en centro sanitarios, con un listado de sentencias a este respecto (folios 16 a 23), así como el informe de la autopsia (folio 12) que establece, como causa de la muerte, anoxia secundaria a atragantamiento por cuerpo extraño.

**SEGUNDO.-** Admitida a trámite la reclamación de responsabilidad patrimonial por Orden del titular de la Consejería de Política Social, Mujer e Inmigración, de 11 de junio de 2009, en la que también se designa a la instructora, se procede a su notificación al interesado, así como se le requiere para que aporte copias compulsadas del Libro de Familia y del Documento Nacional de Identidad.

**TERCERO.-** Recabado el informe del Centro Ocupacional "Julio López Ambit", es evacuado por su Directora el 3 de julio de 2009, mediante comunicación interior, en el que expresa lo siguiente:

*"Que siendo las 9,10 h del domingo, 2 de marzo de 2008, tal y como se relata en el Registro de incidencias de Enfermería del C.O. "Julio López-Ambit", la residente x., según avisan las limpiadoras, se encuentra desplomada en el suelo. El personal sanitario del Centro la pasa a Enfermería, donde se le realizan maniobras de reanimación cardio-pulmonar, y avisan al 112. Se le reanima y es trasladada a la Ciudad Sanitaria "Virgen de la Arrixaca", quedando ingresada*

en la UCI de dicho Centro. El personal sanitario del C.O. estuvo en contacto con la familia y con los facultativos, interesándose por su estado de salud. La residente fallece en el citado Centro Sanitario el 6 de marzo de 2008, por lo que la Dirección de este Centro "López-Ambit" no dispone de más información acerca de las posibles lesiones sufridas por la misma".

Al informe anterior acompaña la hoja de incidencias del Libro de Enfermería, en la que figura anotada (folio 103):

*"(09:10) x: avisan las limpiadoras porque la encuentran desplomada en el suelo. La pasamos a enfermería y realizamos RCP y avisamos al 112. Se le reanima y se traslada al CSVA. Avisamos a la Directora y familia".*

También se acompaña el testimonio de la Coordinadora de Enfermería del Centro (folio 104), que se remite a las actuaciones reflejadas en la hoja de incidencias del Libro de Enfermería.

Por último, se adjunta un informe psicológico de la fallecida, de 26 de marzo de 2007, correspondiente a la fecha en la que ingresa en el Centro Ocupacional, en el que se expone lo siguiente:

*"Se trata de una paciente que no es autónoma, que requiere atención intensa y permanente, ya que sólo la comida la puede hacer sola (no así el aseo, vestido, etc.) aunque es colaboradora. Come triturado como prevención ante atragantamientos (...) De ordinario es pacífica y cariñosa, con cierta inquietud psicomotriz, con una mínima capacidad para orientarse en relación al espacio, las normas y las personas, con buenas reacciones ante las contrariedades (...) No le gusta mucho la TV, prefiere la relación personal. Le gustan todos los alimentos, pero no mucho los yogures. También está habituada a asistir a actividades ocupacionales (ensartar, pintar, etc.). En Archena conserva su familia y como hacía allí pasará con ellos los fines de semana. Se la ha ubicado de momento en el Área I, en la habitación con x, en el Comedor 1-2, en la mesa con x. también".*

**CUARTO.-** Mediante escrito de 7 de septiembre de 2009, la instructora otorga un trámite de audiencia al reclamante, que no consta que formulara alegaciones, así como a la correduría de seguros del ente público para su traslado a la compañía de seguros, tras lo cual se acuerda la procedencia de incorporar al expediente el testimonio de las dos trabajadoras de limpieza que atendieron a la residente cuando cayó desplomada en la rampa de acceso exterior al Centro, así como el informe del facultativo del Centro en el que se indique la patología que sufría.

Las limpiadoras de servicio expresan lo siguiente (folio 119):

*“El domingo día 2 de marzo de 2008, al regresar a la cocina trayendo los carros del desayuno (09,05/9,10 horas), subiendo la rampa de acceso al Centro, delante de nosotras (limpiadoras de --), la residente x. se desplomó cayendo de rodillas, estando junto a la ventana de enfermería.*

*Se avisó a los enfermeros de turno, saliendo éstos inmediatamente a asistir a dicha residente. Se ayuda en el traslado de la misma hacia la zona de enfermería”.*

El Médico del Centro emite informe el 2 de noviembre de 2009, en el que se señala:

*“Dentro de la patología neurológica, las enfermedades cerebrovasculares (ictus, demencias cerebrovasculares) y las enfermedades neurodegenerativas (Parkinson, Alzheimer, retrasos mentales profundos) constituyen un amplio grupo de enfermedades que tienen en común la importante morbimortalidad y dependencia.*

*Este tipo de enfermedades provocan discapacidad con importante afectación física y psíquica de los que las padecen y de sus cuidadores, y gran parte de sus síntomas repercuten en la nutrición, produciéndose en la mayoría de los casos una malnutrición progresiva que agrava su situación clínica.*

*Son enfermedades donde predomina la hipertensión arterial, el tabaquismo, las dislipemias, diabetes, estreñimiento, anemia, etc. Uno de los principales síntomas de las enfermedades neurológicas es la disfagia, definida como la dificultad para la masticación, la deglución o el paso de los alimentos desde la cavidad oral hasta el estómago. La presencia de disfagia aumenta las complicaciones especialmente infecciosas (neumonías, infección nosocomial) y constituye un factor de riesgo de mortalidad precoz.*

*Los datos de incidencia de la disfagia tras el ictus reflejan una serie de síntomas:*

- 40%: aspiración y atragantamiento.*
- 50%: neumonías.*

*En estos Centros predominan los enfermos con esta patología, como es el caso de la paciente x, diagnosticada de retraso mental profundo con trastornos de conducta, y que debido a*

*su patología presentaba un cuadro de disfagia importante, con las consiguientes complicaciones de atragantamiento y cuadro de encefalopatía anóxica”.*

**QUINTO.-** Otorgado un nuevo trámite de audiencia al reclamante, presenta escrito de alegaciones el 15 de diciembre de 2009, en el que expone:

*“Que tal y como se manifiesta en la autopsia, y resto de informes y manifestaciones obrantes en el expediente, x. ya ingresó en coma en el hospital, sin que allí se pudiera hacer ya nada por salvar su vida; por lo que el daño que le causó la muerte, provenía del episodio ocurrido en el centro López Ambit.*

*Que pese a la claridad de ese primer informe, en el que no existe ningún género de dudas respecto a la responsabilidad de los facultativos del centro, por omisión de su deber de cuidado y vigilancia, se incorporan en fecha 2 de noviembre al expediente, una declaración de las limpiadoras que la asistieron, y un informe del médico del centro.*

*Esto ocurre tras acudir esta parte a consultar el expediente administrativo, una vez abierto el trámite de audiencia, y observar la clarísima negligencia del personal que se deduce de ese primer informe.*

*Pese a una primera impresión, de que pudiese tratarse de dos documentos elaborados y aportados “ad hoc”, por su fecha de emisión, lo cierto es que, finalmente, no hace sino corroborar la postura de esta parte; ya que el propio médico afirma que este tipo de enfermos, debido al importante cuadro de disfagia que presentan, conlleva complicaciones de atragantamiento.*

*En esto estamos totalmente de acuerdo; es más, se habían producido otros episodios de atragantamiento anteriores, como ya manifestamos en nuestra reclamación previa. Pero es que además, esa misma mañana, otra paciente, x, se atragantó durante la comida, tal y como consta en el libro de incidencias del centro; pero en este segundo caso, el atragantamiento tuvo lugar en el comedor del centro y ante la presencia de personal sanitario, por lo que la rápida intervención de éstos, hizo que expulsara la comida y cesara la crisis, cosa que no ocurrió con x, precisamente por la ausencia de personal sanitario en ese momento.*

*Por lo tanto, y en base a todo esto, era indispensable que hubiese personal sanitario pendiente de estos enfermos en el momento que se encontraban desayunando. De haber*

*sido así, y hubiese habido una rápida reacción tras el atragantamiento inicial, no hubiese llegado a desplomarse por la asfixia, ni se hubiese producido parada cardiorespiratoria, que derivó en su entrada en coma y posterior fallecimiento.*

*En cuanto a lo manifestado por las limpiadoras, tal y como consta en el primer informe remitido por la directora del centro, y reflejado asimismo en el Registro de Incidencias, éstas encontraron a x. desplomada en el suelo; no pudiéndose precisar los minutos que habían transcurrido desde que comenzó el atragantamiento; pese a que en fecha 2 de noviembre, se les hace firmar un documento en el que se dice que se desplomó delante de ellas y la rápida intervención de los enfermeros para mitigar posibles responsabilidades; aunque no obstante, queda claro que no se encontraban presentes en el momento de ocurrir los hechos, ni había nadie en labores de cuidado o vigilancia de la enferma que se encontraba comiendo.*

*Además, es obvio que desde que una persona comienza a atragantarse, hasta que se desploma por la falta de oxígeno, transcurre un periodo de tiempo, incompatible con esa segunda manifestación de las limpiadoras”.*

**SEXTO.-** La propuesta de resolución, de 14 de enero de 2010, desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial por la inexistencia de nexo causal entre el funcionamiento de los servicios públicos y el daño alegado, destacando las siguientes notas del evento luctuoso:

- Su imprevisibilidad y celeridad, sin que se alcance a vislumbrar medida tendente a la evitación del mismo. La disfagia es un problema que afecta a las personas con trastornos neurológicos y puede tener consecuencias gravísimas, la principal es que provoque una broncoaspiración, pudiendo ocasionar la muerte del paciente.
- El personal reaccionó rápidamente, aplicando de manera inmediata la realización de maniobras terapéuticas, así como el aviso a los Servicios de Emergencia del 112.
- El atragantamiento de la víctima se produjo con cuerpo extraño de manera accidental, sin que haya colaborado en el mismo el actuar administrativo, en tanto el centro eliminó los alimentos sólidos de su dieta.

**SÉPTIMO.-** Recabado el Dictamen preceptivo de este Órgano Consultivo, mediante Acuerdo 10/2010 se solicitó una ampliación del informe del Centro Ocupacional, de manera que permita aclarar los siguientes extremos:



“1. Cuando se produjo el atragantamiento de x. por un bolo alimenticio, la residente se encontraba en la rampa de acceso al Centro Ocupacional, según declaran las limpiadoras de servicio. Interesa que se aclare si dicho acceso es necesario para acceder a los comederos (se produjo antes de desayunar, según la propuesta elevada) hacia donde presumiblemente acudía la residente y si dicho itinerario era el que seguía habitualmente.

2. También que las limpiadoras que la encontraron aclaren si se desmayó delante de ellas o encontraron a la residente desmayada y, en este último caso, el tiempo que pudo estar la residente en el suelo, en atención a la organización de las tareas del Centro Ocupacional.

3. Previo al desayuno, a qué hora se solían realizar las labores de aseo a la residente (requería atención en tal sentido, según el informe psicológico) y si tras finalizar las mismas aquélla se dirigía directamente hacia los comederos.

4. Si dentro de la organización interna se separan en los comederos los residentes que precisan comida triturada de los que no y cuál pudo ser el origen del bolo alimenticio con el que se atragantó.

5. Cualquier otra aclaración que permita conocer en mayor detalle los hechos ocurridos, en relación con las medidas de prevención adoptadas por el Centro con la residente fallecida”.

**OCTAVO.-** Con fecha 2 de noviembre de 2010 (registro de entrada), se remite por el órgano consultante el informe aclaratorio solicitado, que es evacuado por la Directora del Centro Ocupacional en el siguiente sentido:

“1º) Mientras esperan para desayunar pasean por el jardín de la puerta de entrada a la Residencia, a la que se accede por la rampa donde ocurren los hechos.

2º) Como ya explican las limpiadoras se desplomó delante de ellas, le ayudan a levantarse pero se vuelve a desplomar justo debajo de la ventana de la enfermería, por lo que la atención fue inmediata.

3º) Está explicado en el punto primero, estaba esperando para desayunar, las limpiadoras que le atendieron venían con el desayuno en ese momento.

4º) *Comen en mesas apartadas de los que comen normal. En cuanto al origen del bolo alimenticio no tenemos exacto conocimiento, se presume que fue algún alimento que le dio otro residente, puesto que los desayunos aún no habían empezado.*

*Nos reiteramos en los informes y declaraciones escritas emitidas en su día tanto por los trabajadores del centro como por esta dirección”.*

Se acompaña una fotografía del lugar, en el que se localiza la rampa de acceso y la ubicación de los servicios sanitarios junto a la puerta de entrada.

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 el reclamante, en su condición de padre de la fallecida, alega un daño como consecuencia de la actuación de los servicios sociales, lo que les confiere la condición de interesado (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 de la residente se produjo el 6 de marzo de 2008 y, aunque la acción se ha ejercitado el 28 de mayo de 2009, fuera del año previsto en el precitado artículo, el plazo quedó interrumpido por el ejercicio de las acciones penales, conforme a la doctrina de este Consejo Jurídico (por todos Dictamen núm. 46/98), que recoge el criterio tradicional recogido por la jurisprudencia de que el proceso penal, por su carácter atrayente y prevalente, interrumpe el plazo de prescripción para ejercitar la acción de responsabilidad administrativa.

Por tanto, la notificación a la parte reclamante del Auto del Juzgado de Instrucción núm. 6 de Murcia, de 9 de julio de 2008, por el que se decreta el sobreseimiento y el archivo de las Diligencias Previas (Procedimiento Abreviado 1110/2008), con reserva de acciones civiles, se convierte en el día inicial del cómputo del plazo para interponer la presente reclamación de responsabilidad patrimonial; de las actuaciones obrantes en el expediente se constata que la acción se ha ejercitado en plazo, teniendo en cuenta la fecha en la que se adoptó el referido Auto, siendo innecesario acudir para su determinación a la fecha posterior de notificación de la resolución judicial.

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 evacuan dos trámites de audiencia al reclamante.

La actuación complementaria acordada por este Consejo Jurídico para aclarar diversos extremos del informe del Centro Ocupacional no ha incorporado nuevos hechos no tenidos en cuenta ya en el expediente, sobre los que ha formulado el reclamante sus alegaciones, por lo que no procede devolver el expediente para otorgar un tercer trámite de audiencia al reclamante.

**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 particulares, éstos tienen el derecho a que aquélla les indemnice, salvo en los casos de fuerza mayor. Además, el daño tiene que ser efectivo, evaluable económicamente con relación a una persona o grupo de

personas, siempre que éstas no tengan el deber jurídico de soportarlo de acuerdo con la Ley. De esta manera, la responsabilidad patrimonial de la Administración se presenta configurada como una responsabilidad objetiva y directa.

Ahora bien, a este respecto el Consejo Jurídico, al igual que lo ha hecho en anteriores Dictámenes emitidos (por todos, el número 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.

El reclamante imputa al IMAS una defectuosa asistencia y vigilancia del centro ocupacional respecto a la residente, que padecía un trastorno de oligofrenia profunda, al morir atragantada por un bolo alimenticio el 6 de marzo de 2006. Sostiene en el escrito de alegaciones que si hubiera habido una reacción rápida tras el atragantamiento no hubiese llegado a desplomarse por la asfixia, ni se hubiera producido parada cardiorespiratoria. Reitera, pese a lo manifestado en sentido contrario por las trabajadoras que la asistieron, que la residente se encontraba ya en el suelo cuando la encontraron, atribuyendo tal declaración a la acción de terceros para mitigar las posibles responsabilidades (folios 128 y 129).

Por el contrario, la propuesta de resolución, que desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial por inexistencia de nexo causal, tras relatar las características de los Centros Ocupacionales y el alcance de los deberes de vigilancia respecto a estos residentes, se fundamenta en el hecho de que no cabe imputar una falta de vigilancia o reacción tardía del personal que procedió de manera inmediata a la realización de maniobras de reanimación, extracción de restos y demás maniobras terapéuticas, así como el aviso a los Servicios de Emergencia del 112. Asimismo destaca que la patología de la paciente conlleva una disfagia importante, que tiene consecuencias graves para las personas con trastornos neurológicos, la principal es que provoque una broncoaspiración que ocurre cuando el alimento ingerido (sea sólido o líquido) pasa al pulmón en lugar de ir al estómago, pudiendo producir la muerte, por lo que en

atención a las circunstancias personales de la residente el centro eliminó los alimentos sólidos de su dieta.

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 el reclamante:

1. Situación basal de la afectada y los servicios que prestaba el Centro Ocupacional “Julio López Ambit” a la misma.

Según expone la instructora, la fallecida se encontraba ingresada en un Centro Ocupacional para discapacitados psíquicos con trastornos mentales. Los Centros Ocupacionales son establecimientos destinados a posibilitar el desarrollo ocupacional, personal y social de las personas atendidas para la superación de los obstáculos que la discapacidad les supone a su integración social y laboral. A tal efecto proporciona a los usuarios unos servicios especializados (ocupacionales, de desarrollo personal y social) y complementarios (comedor, residencia y transporte), 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). Aun reconociendo que la Administración tiene el deber de velar por la vida e integridad de los usuarios de sus Centros Ocupacionales, pero tal obligación no determina una privación total y absoluta de libertad, propia de un establecimiento penitenciario.

El 20 de marzo de 2007 (acababa de ingresar la fallecida, entonces de 41 años de edad, en el Centro Ocupacional “Julio López Ambit” procedente de la Residencia La Arboleda de Archena) se imite un informe por el psicólogo del Centro que la examina (Antecedente Tercero), en el que se recoge que sólo la comida la puede hacer sola y come triturado en prevención de los atragantamientos.

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).

## 2. Medidas de vigilancia y de alimentación adoptadas en relación con el residente.

El reclamante imputa al IMAS falta de vigilancia y asistencia en el Centro donde residía.

Sin embargo, a la residente se le suministraba por el personal la comida triturada y en mesas separadas de los que comen normal, conforme al perfil inicial elaborado por el psicológico del Centro, por lo que en el presente caso el bolo alimenticio no tuvo su origen en la comida suministrada por el Centro, teniendo en cuenta que cuando sucedieron los hechos no habían desayunado aún los residentes, por lo que la Directora presume que pudo dárselo algún otro residente, siendo tal acción de terceros incontrolable e imprevisible si se realiza a escondidas del personal, aún cuando se adopten las medidas preventivas indicadas. En tal sentido, se coincide con la afirmación recogida en la propuesta de resolución de que no se acierta a vislumbrar la forma de haber evitado tal hecho, salvo que la residente se encontrara aislada del resto de los compañeros, lo que no concuerda con un establecimiento de tales características. De otra parte, tampoco un Centro Ocupacional es un centro hospitalario al que pretende equipararlo el reclamante con la aportación de un listado de resoluciones judiciales sobre el deber de vigilancia de determinados pacientes en dichos centros sanitarios, pues uno de los requisitos específicos para el ingreso y permanencia en este tipo de Centros Ocupacionales es que la residente no padezca una enfermedad crónica que requiera atención permanente en un Hospital (artículo 6,b del Decreto 50/1996).

Los hechos que motivan la presente reclamación ocurrieron de forma rápida, considerando este Consejo Jurídico que ha quedado descartado que la residente permaneciera desplomada en el suelo unos minutos sin ayuda del personal, en atención a las siguientes circunstancias:

1ª) El suceso se produjo alrededor de las 9,10 de la mañana, justo antes del desayuno (las limpiadoras de servicio estaban llevando los carritos desde la cocina), mientras los residentes esperan en el jardín delante de la puerta de acceso a la Residencia, a la que se accede por la rampa donde ocurrieron los hechos.

2ª) Aunque se cuestione por el reclamante el testimonio de las tres limpiadoras de servicio, éstas afirman el 2 de noviembre de 2009 que la residente se desplomó delante de ellas, cayendo de rodillas (subiendo la rampa de acceso), junto a la ventana de enfermería.

3ª) Por el lugar de la caída (junto a enfermería) es verosímil lo declarado por las limpiadoras de que los enfermeros acudieron rápidamente a asistir a la residente, que fue trasladada a la zona

de enfermería. A este respecto, basta examinar la fotografía de la fachada del inmueble con las indicaciones de los lugares, para comprobar la proximidad del área de enfermería; así como la inmediatez en la actuación se desprende de la hora que se anota en la hoja de incidencias de enfermería la intervención (las 9,10 horas), trasladándola y realizando las maniobras de reanimación cardio-pulmonar, al mismo tiempo que se avisa a los Servicios de Emergencia Sanitaria 112.

4º) También se recoge la intervención de los enfermeros del Centro en el informe de la autopsia del médico forense (antecedentes), que señala que las maniobras se habían comenzado por el personal del Centro, posteriormente continuadas por el personal del Servicio de Emergencias del 061 que acudió y que extrajeron el bolo alimenticio a nivel de glotis e iniciaron maniobras de soporte.

En suma, se produjo una atención rápida de la residente por parte de los servicios sanitarios primero del Centro y posteriormente del 061.

### 3. Incidencia de las patologías previas de la residente en el suceso luctuoso.

x. (por error, se cita con otro nombre en el folio 11 de la propuesta elevada) se encontraba afectada por un trastorno de oligofrenia profunda y, de acuerdo con el informe médico del Centro, las enfermedades cerebrovasculares y neurodegenerativas (retrasos mentales profundos) constituyen un amplio grupo de enfermedades que tienen en común la importante morbimortalidad.

La residente, debido a su patología, presentaba un cuadro de disfagia importante, que constituye un factor de riesgo de mortalidad precoz, según refiere el facultativo del centro, con las consiguientes complicaciones de atragantamiento y cuadro de encefalopatía anóxica. Según las conclusiones del médico forense, la residente falleció el 6 de marzo de 2008 por anoxia secundaria a atragantamiento por cuerpo extraño.

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 procedió de inmediato a realizar maniobras de reanimación cardiopulmonar.

La misma conclusión se alcanzó por este Consejo Jurídico en sus Dictámenes 17/2003, 49/2006 y 209/2009.

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.**

El reclamante solicita la cantidad de 68.926,70 euros por el fallecimiento de su hija, sin aportar mayor justificación, sin que pueda servir de motivación la referencia genérica al baremo de indemnizaciones por accidentes de tráfico correspondiente al año 2008, que este Consejo Jurídico ha considerado meramente indicativo en la determinación de las indemnizaciones en las reclamaciones de responsabilidad patrimonial. Sin embargo, la cuantía reclamada no es relacionada por el interesado con el daño alegado y con las condiciones personales y familiares de la residente fallecida.

En tal sentido no se ha acreditado por el reclamante que dependiera económicamente de la residente, ingresada en una residencia del IMAS, pues, como señalamos en nuestro Dictamen 17/2003:

*“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)”.*

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 por las razones que se recogen en la Consideración Cuarta.

No obstante, V.E. resolverá.



**DICTAMEN 229/2010**

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

**Consultante** Consejera de Sanidad y Consumo

**Fecha** 22/11/2010

**Extracto de Doctrina**

Los perfiles de la doctrina jurisprudencial sobre el daño desproporcionado y las circunstancias o requisitos que han de darse en orden a su aplicación, han sido sentados por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo en diversas sentencias, según las cuales “el profesional médico debe responder de un resultado desproporcionado del que se desprende la culpabilidad del mismo, (...) si se produce un resultado dañoso que normalmente no se da más que cuando media conducta negligente, responde el que ha ejecutado ésta, a no ser que se pruebe cumplidamente que la causa ha estado fuera de su esfera de actuación” (STS de 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 8 de marzo de 2007, x. presenta reclamación de responsabilidad patrimonial ante el Servicio Murciano de Salud (SMS), por la defectuosa asistencia sanitaria recibida.

Según el reclamante el día 8 de marzo de 2006 se le practicó, en el Hospital Morales Meseguer (HMM), una intervención quirúrgica consistente en la extirpación de un quiste branquial, siendo dado de alta con fecha 10 de marzo de 2006. El interesado narra los hechos del siguiente modo:

1. El 25 de enero de 2006 es diagnosticado en el citado hospital de una tumoración latero-cervical en el lado izquierdo de la mandíbula (quiste branquial).

2. El 3 de febrero ingresó en el HMM tras un aumento del tamaño del quiste debido a la punción-aspiración a la que fue sometido cuatro días antes, siendo dado de alta el siguiente día 9.

3. El día 3 de marzo acudió de nuevo al citado Hospital donde se le solicitó autorización para la intervención quirúrgica de extirpación del quiste branquial, informándole del carácter ordinario de dicha intervención, de la que las únicas posibles secuelas que podrían derivarse, se prolongarían un máximo de unas semanas tras la intervención.

4. Realizada la operación el día 8 de marzo, nadie le informó sobre ninguna complicación, sin embargo al día de la interposición de la reclamación, es decir, un año después, presenta una serie de molestias que llegan incluso a impedirle realizar actividades tan usuales como un afeitado o ducha. Estas molestias consisten en calambres e insensibilización en la zona facial que va desde la oreja hasta el final del cuello del lado izquierdo y que, según le han informado especialistas en la materia, no se trata de secuelas habituales en este tipo de intervenciones, y que, de producirse, están causadas por algún tipo de problema sobrevenido en la propia operación. Así se expresa el Dr. x. en informe que se une a la reclamación en el que hace constar lo siguiente:

*“X. ha sido intervenido hace un año y medio de quiste branquial izquierdo, quedando como secuelas parestesias a nivel de piel de región sub... (ilegible) del mismo lado y lóbulo de la oreja izquierda. Esto es debido a la sección de nervios sensitivos superficiales al realizar la incisión para abordaje de dicho quiste branquial”.*

A lo anterior cabe añadir, según el interesado, una cicatriz de anormal tamaño.

Alega el reclamante que, como consecuencia de la mala praxis médica seguida por los profesionales que le atendieron, ha sufrido el daño consistente en las secuelas antes descritas que no tiene el deber jurídico de soportar, por lo que solicita una indemnización cuya cuantificación considera debe realizarse por un perito especialista en este tipo de intervenciones quirúrgicas designado por la Administración.

Solicita la práctica de los siguientes medios de prueba:

- a) Historia clínica.
- b) Determinación de los profesionales que le atendieron y declaración de los mismos según interrogatorio de preguntas que se formularan en su momento.
- c) Informe de expertos independientes sobre si las secuelas que padece son consecuencia normal de la intervención quirúrgica a la que se sometió o, por el

contrario, pueden haber sido provocadas por no haberse ajustado a aquélla a la *lex artis*.

Al escrito acompaña escritura de poder otorgada a favor del letrado x; informe del Dr. x. (trascrito anteriormente) y documentación sobre las vicisitudes asistenciales e intervención realizada.

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

**TERCERO.-** La Gerencia del HMM remite la historia clínica del paciente, así como informe realizado colegiadamente por los Dres. x. (Jefe de Servicio de Otorrinolaringología) y x, y. (facultativos especialistas del área), en el que, textualmente, manifiestan lo siguiente:

*“1º. El aumento de tamaño del quiste que motivó el ingreso no se produjo como señala el paciente ‘... al ser sometido a una punción-aspiración cuatro días antes, ...’ sino por la reinfección del quiste como constata la propia punción.*

*2º. Como señala el enfermo, para el personal de nuestro servicio la intervención practicada es efectivamente ‘ordinaria’ y ‘sencilla’, tan ordinaria y sencilla como lo es cualquier tarea sumamente compleja para alguien entrenado y habituado a ella.*

*3º. Con respecto a la información suministrada al paciente sobre la intervención quirúrgica:*

*A.- Afirmaciones como ‘... en ningún caso más allá, ...’, ‘... reiterado que la operación a realizar no me supondría ningún tipo de secuela’, ‘...garantía de ausencia de secuelas y con un resultado óptimo en cuanto a nivel estético y funcional’, atribuidas por este señor a los facultativos implicados en el proceso, creo que jamás fueron emitidas. Nosotros acostumbramos a garantizar nuestra disposición al trabajo bien hecho, pero nunca certificamos tan contundentemente su resultado, ya que este no depende exclusivamente de nuestro esfuerzo.*

B.- *El Consentimiento Informado que el propio paciente firmó especifica que ‘... es frecuente la sensación de adormecimiento en las zonas próximas que desaparece en unas semanas’. Y habitualmente, así es. En cualquier caso, dicho Consentimiento Informado también señala que ‘... es posible la lesión de nervios que producirá alguna secuela del tipo de insensibilidad, ...’.*

C.- *Con respecto a la herida y posterior cicatriz, que en el caso en cuestión se realizó en una de las arrugas del cuello para minimizar su efecto, el Consentimiento Informado dice que ‘... la cicatriz, más o menos notoria, no suele ser muy llamativa’. El enfermo hace referencia en su escrito al ‘... anormal tamaño de la cicatriz’. Al margen de una buena técnica quirúrgica, la mayor o menor notoriedad de una cicatriz depende del proceso de cicatrización, que es variable de una persona a otra, y a este señor se le informó específicamente del riesgo de queloide (cicatriz gruesa y sobreelevada). En cualquier caso, la percepción de una cicatriz tiene además un componente muy subjetivo que depende de la valoración que de ella tengan él paciente y/o su entorno.*

4º. *Con respecto a las presuntas secuelas atribuidas a la intervención quirúrgica, el paciente señala ‘... continuas molestias, que llegan incluso a impedirme realizar actividades tan usuales como un afeitado o ducha, que afectan directamente a toda la parte facial que va desde la oreja hasta el final del cuello del lado izquierdo, ya que sufro fuertes calambres y una total insensibilidad en la zona que reitero ...’. En la experiencia de quien informa, basada en cientos de intervenciones propias sobre el cuello y en muchas más referidas por otros compañeros, jamás tuve noticias de una situación clínica como ésta, con molestias tan aparatosas. De hecho no acabo de entender la aparición de ‘fuertes calambres’ ni la ‘total insensibilidad’ en este caso y gustosamente me ofrezco a estudiarlos.*

5º. *El paciente dice además que ‘... he intentado reiteradas veces, que durante este año, fueran revisadas las molestias que sufro por los doctores encargados de mi intervención, encontrándome siempre con el silencio del hospital, a pesar incluso ... de solicitar oficialmente el pasado 24 de abril de 2006, ser revisado y que se emitiese informe por el Dr. ...’. En la Historia Clínica consta que la última revisión practicada al paciente fue precisamente el 24/04/06. Desde entonces, desatendiendo nuestro consejo, no ha vuelto a revisión. Con respecto a su solicitud de informe, no fuimos conscientes de ello, pero en cualquier caso, durante los 3 meses que mantuvo relación con nosotros se realizaron 4 informes y el cuadro clínico del día que lo solicitó no justificaba la emisión de un nuevo informe.*

*En resumen, se trata de un enfermo sobre el que se ha realizado una adecuada práctica clínica, fruto de la cual ha salvado la vida, que reclama, en el mejor de los supuestos, por problemas más relacionadas con su idiosincrasia que con nuestra intervención”.*

Entre la documentación que aparece en la historia clínica, conviene destacar, a los efectos que aquí nos ocupa, el consentimiento informado sobre la intervención a la que iba a someterse, firmado por el reclamante, en el que, entre las complicaciones que pueden producirse como consecuencia de dicha intervención, figuran la presencia de cicatriz, así como la posibilidad de lesión de nervios que produciría algún tipo de secuela como la de insensibilidad (folio 48).

**CUARTO.-** Mediante escrito fechado el 20 de junio de 2007 el órgano instructor notifica al letrado del reclamante la admisión de la prueba propuesta, aunque en relación con la testifical de las personas que intervinieron en la operación quirúrgica, debido a la dificultad de su comparecencia personal por motivos profesionales, se les requiere para que, con indicación del nombre de las que pretende obtener declaración, presente el pliego de preguntas que pretenden efectuarles para que las mismas sean evacuadas por escrito.

Presentado el pliego de preguntas a formular al Dr. x., la prueba se practica con el siguiente resultado:

*“PREGUNTA 1ª LITERALMENTE: ¿La operación a la que fui sometido en fecha 8-03-06, se desarrolló con absoluta normalidad y sin ningún tipo de incidencia?*

*CONTESTACIÓN A LA 1ª PREGUNTA: Efectivamente, la intervención de cervicotomía y exéresis de quiste branquial izquierdo se desarrolló con absoluta normalidad tal y como consta por escrito de mi puño y letra en el Protocolo Quirúrgico (Folio nº 11 del historial médico) donde se puede leer ‘Incisión cervical siguiendo surco de piel (aclaración: con la finalidad de que la cicatriz sea lo más estética posible) Disección de platisma (aclaración: es un músculo superficial del cuello) y retracción de ECM (aclaración: siglas de músculo esternocleidomastoideo). Disección del quiste separándolo del tejido areolar circundante, respetando estructuras nerviosas y vasculares. Redón del nº 14 (aclaración: sistema de aspiración para evitar acumulo de sangre en la herida durante el postoperatorio). Sutura en 2 planos (aclaración: con el fin de cerrar bien la herida sin crear tensión en la sutura cutánea y así facilitar un normal proceso de cicatrización). Aposito’.*

*PREGUNTA 2ª LITERALMENTE: La incisión que me fue hecha para la extirpación del quiste branquial, fue de mayor tamaño, que la que en un principio pensaba realizar, y si es afirmativa, puede indicar el motivo de tener que realizar una incisión de dicho tamaño?*

*CONTESTACIÓN A LA 2ª PREGUNTA: La pregunta tal y como esta formulada es difícil de contestar, ya que la ausencia del signo de interrogación y el uso enrevesado de las comas no permite saber con exactitud que es lo que se pregunta y que es lo que se afirma. No obstante, con el fin de colaborar al máximo en el expediente abierto con el nº 180/07 puedo hacer las siguientes consideraciones. La incisión que se realizó durante la intervención fue la habitual en este tipo de intervenciones y se justifica por el tamaño y, sobre todo, por la localización del quiste. En cuanto al tamaño del quiste, se comprueba que antes de la intervención quirúrgica, éste era de 7 centímetros de diámetro (ver folios nº 8, 45 y 46, del historial médico) y, en el informe de Anatomía Patológica de la pieza extirpada es de 6,5 cms de diámetro y un peso de 52 gramos (folio nº 6 del historial médico). Cualquier pieza extirpada a cualquier persona sufre una reducción del tamaño tras dejar de recibir el aporte sanguíneo de una arteria e introducirse inmediatamente en una solución de formol al 10% que permita su conservación para estudiarla. En cuanto a la situación de los quistes branquiales, éstos se sitúan en contacto con la arteria carótida y la vena yugular interna, así como en la vecindad de nervios importantes para la movilidad del hombro y de la lengua. Por tanto, es muy importante tener siempre un adecuado campo de abordaje quirúrgico que disminuya la incidencia de complicaciones intraoperatorias. En definitiva, la herida del cuello es obligada e inevitable, y como consta en el protocolo quirúrgico (folio nº 11 del historial), se realizó siguiendo un surco de la piel y se cerró sin tensión, empleando 2 planos de sutura (subcutáneo y cutáneo). En ningún momento se realizó una incisión de cervicotomía más grande de lo inicialmente previsto.*

*PREGUNTA 3ª LITERALMENTE: A la vista de la intervención realizada ¿cuáles son las secuelas ordinarias que deben derivarse de la misma, y su duración en el tiempo?*

*CONTESTACIÓN A LA 3ª PREGUNTA: Esta pregunta queda contestada con la documentación del historial médico referida como folios nº 9, 21 y 22. Estas tres hojas contienen la información que recibió el paciente y el consentimiento informado que fue debidamente firmado por el paciente y los médicos que lo trataron.*

*En concreto el folio nº 9 corresponde al CONSENTIMIENTO INFORMADO PARA LA REALIZACIÓN DE UNA PUNCIÓN-ASPIRACIÓN CON AGUJA FINA (PAAF) DE MASAS PALPABLES, firmado el 30 de Enero de 2006 por el paciente y en ella se puede leer textualmente. 'Los riesgos de la técnica son escasos aunque en algunas ocasiones puede producir molestias*

locales, dolor, calambres, hemorragia (más probable en enfermos con coagulopatías), reacción vagal, infección, fístulas, fallo de la técnica y en algún caso extremadamente excepcional se puede llegar a fallo cardiorrespiratorio' ... 'Cuando la punción se realiza en el tiroides o en la parte anterior del cuello, puede producirse en raras ocasiones la parálisis de un nervio recurrente que provoca ronquera pasajera. La punción accidental de la tráquea puede provocar el reflejo de la tos'.

En el folio nº 21 corresponde al CONSENTIMIENTO INFORMADO PARA LA INTERVENCIÓN DE CERVICOTOMÍA EXPLORADORA Y/O VACIAMIENTO CERVICAL, firmado el 3 de marzo de 2006 por el paciente. En él se informa textualmente de que 'La operación, llevada a cabo bajo anestesia general, se realiza a través de una herida en el cuello de ubicación y dimensiones variables según el caso'. Más adelante sigue textualmente 'El postoperatorio suele ser llevadero, aunque con frecuencia aparecen inflamaciones en cuello y parte baja de la cara que desaparecen en unos días. En grandes heridas es frecuente también la sensación de adormecimiento en las zonas próximas que desaparece en unas semanas, La cicatriz, más o menos notoria, no suele ser muy llamativa'. Además se puede leer textualmente 'Durante la intervención es posible que se presenten hemorragias importantes, pero habitualmente son fácilmente controlables. También es posible la lesión de nervios que produciría alguna secuela del tipo de insensibilidad, dolor o imposibilidad para mover una parte de la lengua, dificultad para mover el labio inferior, ronquera y dolores o dificultad en la movilidad del hombro y del brazo'. Finalmente, en el último párrafo dice textualmente 'No existen alternativas eficaces a este tipo de cirugía, aunque en casos especiales pueden considerarse otros tratamientos'. El folio nº 22 hace referencia al CONSENTIMIENTO INFORMADO PARA LA ANESTESIA GENERAL.

Además, he de decir que, tal y como consta por escrito en los folios nº 29 y 30, el día de la firma del Consentimiento informado (03.03.2006), se comprobó que el estudio preoperatorio estaba completo y era normal y además hice una anotación personal de que el paciente firmó el Consentimiento informado y de que lo incluí en la lista de espera con carácter preferente como consta literalmente '...porque tiene frecuente tumefacción y hay que drenar (la última vez fue material serosanguinolento)'. Además realicé una anotación personal textual 'ojo Riesgo de queloide' que suelo hacer cuando he preguntado al paciente si ha tenido problemas con anterioridad en alguna cicatriz y me contesta afirmativamente.

Al mismo tiempo, durante la entrevista personal, toda esta información se da también verbalmente de forma más concisa y matizando los detalles, ya que es también muy importante que el paciente se sienta seguro en nuestras manos y en nuestro hospital, especialmente cuando



*padece una enfermedad potencialmente grave que requiere una cirugía preferente como único procedimiento resolutivo.*

*PREGUNTA 4ª LITERALMENTE: ¿Por qué cuándo se me informó de la operación que me iba a ser realizada, y de las posibles secuelas, sólo se me indicó que las molestias durarían unos quince días después de ser operado?*

*CONTESTACIÓN A LA 4ª PREGUNTA: El paciente x. fue debidamente informado de todo lo que consta en los consentimientos informados correspondientes a los folios nº 9, 21 y 22 del historial médico. Además, no consta en el historial médico del paciente que a dicho paciente se le especificara que las molestias durarían quince días.*

*PREGUNTA 5ª LITERALMENTE: ¿Es habitual en intervenciones como a la que yo me he sometido, y en iguales condiciones, se produzcan unas secuelas, como las que yo padezco, y que se concretan en continuos calambres en todo el lateral de la cara hasta el cuello, al realizar tareas cotidianas, como la ducha, una afeitado o dormir, a pesar de que ya ha transcurrido un año y medio desde la operación, y que por tanto, dichas secuelas son para toda la vida?*

*CONTESTACIÓN A LA 5ª PREGUNTA: La primera consideración que tengo que hacer es que x. es un paciente técnicamente 'PERDIDO EN EL SEGUIMIENTO' como así consta en su historial médico en el folio nº 5, donde con fecha 30.03.2006 hay una anotación personal mía que dice textualmente: 'Herida bien. Refiere adormecimiento en el territorio del nervio auricular. Control tras el verano para comprobar la mejoría'. A partir de ese momento, el paciente, tras haber sido tratado quirúrgicamente con éxito y tras habérsele comunicado la confirmación anatomopatológica del diagnóstico preoperatorio, no acude a más revisiones y por tanto no me atrevo a emitir un juicio sobre las secuelas que pueda padecer en el momento actual.*

*Lo que sí he podido revisar es un informe aportado por el paciente y firmado por el Dr. x., realizado en la Clínica x. con fecha 28.02.2007, donde se certifican secuelas del tipo parestesias y se relacionan con la incisión del abordaje. Con respecto a este informe, no puedo hacer ninguna consideración hasta que no disponga de datos en referencia a las pruebas complementarias que realizó el citado doctor para objetivar unas molestias puramente subjetivas y para establecer una clara relación causa-efecto con la intervención ignorando que el paciente padeció infecciones del quiste branquial antes de ser intervenido y que por dicho motivo fue cometido a punciones de dicho quiste a través de la piel.*

*PREGUNTA 6ª LITERALMENTE: ¿Cuántas intervenciones para extirpación de quiste branquial similar y del mismo tamaño y naturaleza que el mío, realiza como media al cabo de un año?*

*CONTESTACIÓN A LA 6ª PREGUNTA. Las cervicotomías realizadas por mí como primer cirujano han sido un total de 19 en el periodo entre el 1 de octubre de 2006 y el 30 de Septiembre de 2007, ambos inclusive (no están incluidas las intervenciones realizadas como segundo cirujano, ni las realizadas en quirófano de urgencias ni las realizadas en mi actividad como otorrinolaringólogo privado).*

*En general, este tipo de procedimientos y otros de mayor significación patológica los vengo realizando cada 10-20 días desde el año 1987 donde empecé mi formación como cirujano de cabeza y cuello en el Hospital Virgen de la Arrixaca (Profesor x.) completada en prestigiosos centros como el Hospital de la Universidad de Bochum, Alemania (Profesor x) y el Hospital de Pittsburg, Estados Unidos de América (Profesor x). Además, asisto regularmente a cursos de formación y, en particular, he sido seleccionado como profesor invitado a mesas redondas específicas de cirugía de cabeza y cuello en los dos últimos Congresos Nacionales de la Sociedad Española de Otorrinolaringólogos a criterio del Comité Científico de los mismos. Todos estos detalles, entre otros, están debidamente reflejados en mi Expediente Académico y Profesional.*

*PREGUNTA 7ª LITERALMENTE: ¿Cuántos de dichos pacientes de dichas intervenciones, sufren las mismas secuelas, de la intensidad y con el carácter perpetuo, que las que se han producido en mi caso?*

*CONTESTACIÓN A LA 7ª PREGUNTA. Esta pregunta estaré en condiciones de contestar cuando pueda valorar personalmente al paciente o un informe médico emitido por otro experto cirujano de cabeza y cuello donde se detalle con objetividad la supuesta secuela (incluyendo las pertinentes pruebas complementarias), el grado de la misma y la relación que pueda tener con la cirugía realizada y no con cualquier otro procedimiento invasivo llevado a cabo en el periodo de tiempo entre la fecha de la primera consulta y la de la intervención quirúrgica realizada el día 8 de marzo de 2006".*

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

“1. El reclamante fue atendido en Consultas Externas de forma adecuada el 25/01/2006, donde se le realizó una adecuada anamnesis, exploración, planteamiento de diagnóstico de presunción y solicitud de pruebas complementarias adecuadas para la confirmación de dicho diagnóstico.

2. Dichas pruebas, a pesar de no tratarse de pruebas básicas, se le realizaron en el plazo de 5 días y a los 8, el paciente ya contaba con un diagnóstico de confirmación, que además coincidía con el de presunción.

3. Para la realización de dichas pruebas el paciente firmó los correspondientes Consentimientos Informados.

4. En dichas pruebas (Ecografía y PAAF e informe Anatomopatológico), queda perfectamente establecido el tamaño del tumor, que coincidía con el que había explorado unos días antes la Dra. en la consulta y con el que tuvo finalmente (informe de Anatomía Patológica de 8/03/2006, nódulo blanco grisáceo de morfología ovalada y 6'5 cms de diámetro máximo). Por tanto, el tamaño del tumor ha sido el mismo en todo momento desde que llegó el paciente a la consulta hasta que se le extirpó, es decir, ya llegó a la consulta alegando que el tumor había crecido rápidamente en el mes anterior a su consulta y no como asegura el paciente, afirmando que creciera tras la realización del PAAF cuatro días antes.

5. Además en este primer PAAF, se encuentran numerosas células inflamatorias (polimorfonucleares fundamentalmente) y por tanto infección aguda del mismo (que produce inflamación, aumento de vascularización y aumento de tamaño). En este informe recordamos que queda reflejado que el paciente refiere febrícula de un mes de evolución y astenia (ambos síntomas característicos de infección aguda).

6. De los dos puntos anteriores se desprende que el paciente llegó a la consulta con un nódulo de 6,5-7 cm de diámetro máximo, de un año de evolución, que había crecido mucho en el último mes como consecuencia de una infección del mismo y que ésta le producía aumento de tamaño y sintomatología de infección y no como afirma fuera como consecuencia de la realización del PAAF.

7. Una vez realizado el diagnóstico de confirmación se le informó que no tenía alternativa a la intervención y que ésta debía realizarse de forma preferente, realizándose la misma a los 5 días de la inclusión en lista de espera y al mes y medio de su primer contacto con el sistema sanitario.

8. *El protocolo quirúrgico y el postoperatorio se realizó con absoluta meticulosidad y basado en la evidencia científica.*

9. *Las secuelas que refiere el paciente son, como ha quedado demostrado inherentes a cualquier intervención quirúrgica e imposibles de evitar si son leves y si son graves mayoritariamente se producen más basado en la idiosincrasia del paciente que en una mala técnica, (en este caso se identificaría en el acto).*

10. *El paciente incumplió las indicaciones de revisión que le hicieron en el servicio y por tanto no han sido evaluados los problemas que plantea, tampoco aporta pruebas realizadas por otros facultativos.*

11. *En palabras del Tribunal Superior de Justicia de la Región de Murcia: 'Estas conclusiones cobran gran trascendencia no sólo a efectos de determinar la posible existencia de la relación de causalidad que, de acuerdo con los citados informes, no puede quedar establecida, sino también en relación con el requisito de la antijuridicidad del daño, cuya existencia habría que negar teniendo en cuenta que la intervención quirúrgica a la que se imputan los daños se presentaba como medida necesaria para preservar el derecho a la salud y, por lo tanto, el paciente tiene el deber jurídico de soportar los riesgos inherentes a aquélla'.*

*Por último hacer referencia a la información que según manifiesta el paciente, recibió del Servicio de Otorrinolaringología: '...intervención ordinaria y sencilla..', obviamente este comentario solo puede realizarlo quién está muy formado y entrenado en la misma, se entiende que forma parte de la alta especialización y así viene reflejado en la literatura: Para el diagnóstico de estas enfermedades debe tenerse un alto índice de sospecha y a esto debe asociarse una correcta exploración y el uso de unas pruebas complementarias adecuadas. En cuanto al tratamiento, es imprescindible un buen conocimiento de la anatomía regional (sic) así como unas nociones básicas de embriología".*

Termina afirmando la Inspectora actuante que *"la actuación de los profesionales en la atención al reclamante x., ha sido adecuada, diligente y ajustada a la más disciplinada evidencia científica. Las lesiones subjetivas que plantea en su reclamación, son inherentes a cualquier intervención quirúrgica. Al no asistir el paciente a las revisiones recomendadas, resulta difícil valorar la trascendencia de los síntomas que alega".*

**SEXTO.-** Por su parte la compañía aseguradora del SMS aporta Dictamen médico que, tras valorar la documentación obrante en el expediente, concluye:

*“1. El paciente fue correctamente estudiado y diagnosticado en el Servicio de ORL.*

*2. Se le indicó el tratamiento quirúrgico que se describe como adecuado en casos como el suyo y sin que existiera otra alternativa terapéutica válida.*

*3. Se le informó del tratamiento quirúrgico que se iba a emprender y el paciente aceptó la indicación y firmó un consentimiento informado con información completa de las posibles consecuencias.*

*4. El tratamiento quirúrgico fue llevado a cabo de forma correcta, por parte de facultativos con sobrada experiencia, tomando las precauciones adecuadas y sin que haya ninguna evidencia de error o negligencia.*

*5. La lesión nerviosa sensitiva que surgió después de la cirugía no obedece a ningún tipo de negligencia o error en la intervención quirúrgica, sino al proceso normal de la técnica quirúrgica y cicatrización posterior.*

*6. La cicatriz que refiere el paciente no está documentada.*

*7. Tras las primeras visitas del postoperatorio el paciente no acudió de nuevo a revisión, haciendo imposible la evaluación real de su sintomatología.*

*8. Las secuelas que refiere el paciente son subjetivas y muy inverosímiles.*

*9. En ningún punto del diagnóstico y tratamiento instaurado se observa vulneración de la lex artis ad hoc”.*

**SÉPTIMO.-** Conferido trámite de audiencia al interesado, el letrado del reclamante solicita y obtiene ampliación del plazo para formular alegaciones que, finalmente, presenta el día 23 de noviembre de 2009, manifestando, en síntesis, lo siguiente:

1. Que ha quedado acreditada la relación de causalidad entre la actuación de los servicios sanitarios regionales y las secuelas que padece.

2. Que la determinación y evaluación económica de las secuelas que padece debe ser llevada a cabo por un médico especialista en otorrinolaringología designado por la Administración, al considerar que se trata de un acto de trámite que viene obligado a realizar el instructor del expediente.

Termina solicitando la designación de dicho especialista, el reconocimiento de su representado, la evaluación de las secuelas que padece y, finalmente, la estimación de la reclamación deducida en su día.

**OCTAVO.-** La instructora, mediante escrito de 1 de diciembre de 2009, se dirige al interesado haciéndole saber que la valoración mediante perito de las secuelas que padece corresponde a la parte que reclama, por ello, a pesar de no encontrarse el expediente en el momento procedimental adecuado para ello, se le otorga un plazo de 30 días para que presente un informe pericial en aquel sentido.

Transcurrido el plazo otorgado para ello el reclamante no formula alegación ni presenta documento alguno.

**NOVENO.-** El 10 de febrero de 2010 se formula propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación, al entender que en ella no concurren los elementos generadores de la responsabilidad patrimonial, en especial el nexo causal entre el daño alegado y el funcionamiento de los servicios públicos sanitarios.

En tal estado de tramitación y tras unir los preceptivos extracto de secretaría e índice de documentos, se remitió el expediente en solicitud de Dictamen, mediante escrito que tuvo entrada en el Consejo Jurídico el pasado 23 de febrero de 2010.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

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

El Consejo Jurídico ha de ser consultado preceptivamente en las reclamaciones que, en concepto de responsabilidad patrimonial, se formulen ante la Administración regional, de acuerdo

con lo establecido en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia.

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

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

La reclamación fue interpuesta por el propia paciente, es decir por quien sufrió el daño que se imputa al funcionamiento del servicio público, lo que le otorga legitimación activa para reclamar, en virtud del artículo 139.1 en relación con el 31, ambos de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC).

En cuanto a la legitimación pasiva, tampoco suscita duda que la actuación a la que el reclamante imputa el daño que dice haber sufrido acontece en el marco del servicio público prestado por la Administración sanitaria regional

La reclamación fue interpuesta dentro del plazo de un año que el artículo 142.5 LPAC establece para la prescripción del derecho a reclamar.

Por último, el procedimiento seguido por la Administración instructora se ha acomodado, en términos generales, a las normas jurídicas aplicables a las reclamaciones por responsabilidad patrimonial de la LPAC y del RRP.

### **TERCERA.- Inexistencia de responsabilidad patrimonial.**

Antes de examinar la reclamación planteada hemos de advertir, como lo hace el Consejo de Estado en varios de sus Dictámenes (por todos, el número 961/2001) y este Consejo Jurídico (entre otros, Dictámenes núms. 49/2001, 97/2003 y 41/2005), que el hecho de que la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria sea objetiva no implica que, en cualquier caso, deba responder de todos los daños que se produzcan en los centros sanitarios públicos, sino únicamente de aquellos que se hayan producido a consecuencia de una vulneración de la *lex artis*.

Otra interpretación supondría desnaturalizar el instituto de la responsabilidad patrimonial, concibiéndola como un seguro a todo riesgo, lo que resulta más desaconsejable, si cabe, en un sector de la acción administrativa como el sanitario, ya que la medicina no es una ciencia exacta que asegure un resultado concreto, sino que únicamente puede exigirse la prestación de una adecuada asistencia sanitaria, de acuerdo con el nivel científico y técnico existente en ese momento.

Alega el interesado que las secuelas que dice padecer se produjeron a consecuencia de una mala praxis en la intervención quirúrgica a la que fue sometido, porque no es normal, ni se ajusta a lo que le informaron, que una operación en principio sencilla le haya ocasionado una cicatriz tan inestética y unas molestias tan grandes como las que padece. Sin embargo, de la historia clínica y de los informes médicos que obran en el expediente se infiere que tal negligencia no tuvo lugar. En efecto, consta acreditado que el paciente fue correctamente diagnosticado y la intervención quirúrgica se llevó a cabo sin ningún contratiempo y ajustándose al protocolo correcto. En el informe médico de la compañía aseguradora se afirma que el tratamiento quirúrgico se llevó a cabo de forma correcta, por parte de facultativos con sobrada experiencia, tomando las precauciones adecuadas, sin que haya ninguna evidencia de error o negligencia. Por su lado la Inspección Médica afirma que *“el protocolo quirúrgico y el postoperatorio se realizó con absoluta meticulosidad y basado en la evidencia científica”*.

Conviene aquí recordar la constante doctrina de este Consejo Jurídico mediante la cual se viene manteniendo que la ciencia médica no es exacta, por lo que los facultativos tienen una obligación de medios usando todas las técnicas al alcance de la ciencia médica y del sistema sanitario, pero no viene obligada a obtener un resultado carente de complicaciones o de secuelas o a responder de los resultados adversos impuestos por la enfermedad y su tratamiento. Pues bien, en el supuesto que se analiza, la totalidad de informes médicos que obran en el expediente coinciden al señalar la lesión nerviosa sensitiva y la cicatriz como consecuencias que pueden producirse en una cervicotomía y exéresis de quiste branquial, y ante estos informes evacuados por quienes tienen los conocimientos técnicos y científicos adecuados para ello, las manifestaciones vertidas por el interesado tendentes a establecer una relación directa entre una falta de diligencia médica y la lesión sufrida carecen de eficacia enervante por constituir meras afirmaciones de parte no avaladas por dictamen médico alguno, y es que la valoración de la intervención quirúrgica en orden a determinar su adecuación a normopraxis, exige un juicio técnico que únicamente puede ser realizado por los profesionales de la medicina. Siendo necesarios, por tanto, conocimientos científicos para valorar hechos o circunstancias relevantes en el asunto - artículo 335 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC)-, resulta trascendental



la aportación de informe pericial -el especial valor probatorio de los informes médicos en los procedimientos de responsabilidad patrimonial por asistencia sanitaria es puesto de relieve por el Tribunal Supremo en sentencia de su Sala de lo Contencioso Administrativo de 1 de marzo de 1999-, que no ha sido aportado al procedimiento por el actor, a quien corresponde la carga de la prueba, según la distribución que de ella hace la LEC (artículo 217). Ante la ausencia en el procedimiento de informes periciales médicos, no existe, siquiera sea indiciariamente, elemento probatorio alguno que acredite una infracción de la *lex artis* durante la intervención y el postoperatorio. En este sentido se puede añadir que el informe del Dr. x. que se acompaña al escrito de reclamación, se limita a describir las secuelas que presenta el paciente, señalando que se deben a la intervención quirúrgica, pero sin indicar en ningún caso que las mismas obedezcan a una mala praxis en la intervención quirúrgica.

Aunque la anterior conclusión haría innecesario abordar otras cuestiones que se han suscitado en el expediente, el Consejo Jurídico considera conveniente analizar los siguientes aspectos:

1) Sobre la alusión que el reclamante hace del daño sufrido como desproporcionado.

Los perfiles de la doctrina jurisprudencial sobre el daño desproporcionado y las circunstancias o requisitos que han de darse en orden a su aplicación, han sido sentados por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo en diversas sentencias, según las cuales *“el profesional médico debe responder de un resultado desproporcionado del que se desprende la culpabilidad del mismo, (...) si se produce un resultado dañoso que normalmente no se da más que cuando media conducta negligente, responde el que ha ejecutado ésta, a no ser que se pruebe cumplidamente que la causa ha estado fuera de su esfera de actuación”* (STS de 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 éste no sería desproporcionado en el sentido técnico-jurídico expuesto, desde el momento en que el reclamante no ha acreditado que se den las circunstancias exigidas por la jurisprudencia para la aplicación de la doctrina

descrita. No se prueba, por tanto, que el riesgo (cicatriz y falta de sensibilidad) que se materializó en la generación del daño tuviera la consideración de atípico. Por el contrario, los dictámenes médicos que obran en el expediente sí que admiten que este tipo de complicación se produzca. Así, la Inspección Médica afirma que dichas lesiones son inherentes a la intervención quirúrgica. En el mismo sentido se manifiesta el informe pericial de la aseguradora del ente público al afirmar que *“cuando se realizan incisiones en la piel es inevitable el seccionar las terminaciones nerviosas adyacentes, forma parte de la técnica habitual en todas las cirugías de abordaje transcutáneo. La sección de estas terminaciones nerviosas superficiales origina la anestesia de un área cutánea adyacente, las parestesias que también ocurren son percepciones de ligeros calambres por irritación de estas terminaciones nerviosas seccionadas”* (folio 123). No puede considerarse que la intervención quirúrgica a la que se sometió el paciente sea una intervención sin riesgo, como él afirma, pues son varias las complicaciones que pueden surgir y, entre ellas, están las que x. alega sufrir como secuelas.

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.

## 2) Sobre la existencia de consentimiento informado.

Los riesgos de la intervención fueron trasladados al paciente tal como se desprende del consentimiento informado firmado por él, mediante el que se describen los riesgos típicos de la solución curativa adoptada (cervicotomía), entre las que figuraba la de cicatriz e insensibilidad por lesión de nervios, a lo que el interesado prestó su conformidad; y si bien es cierto que dicho consentimiento informado no puede amparar una actuación negligente del cirujano, tal conducta, de existir, debe ser probada por quien la alega, circunstancia que, como se señalaba anteriormente, no ha sido acreditada, de modo que si tal como se desprende de la prueba desplegada por la Administración (informes de la Inspección Médica y de los peritos de la aseguradora del SMS), la intervención médica se ajustó, en lo técnico, a la *lex artis*, aunque se produjese un resultado de los tenidos como de riesgo inherente o previsible conocido y conformado por el paciente, resulta imposible trasladar al facultativo el resultado dañoso sufrido por aquél, que al carecer del necesario elemento de antijuridicidad, tiene el deber de soportar, no concurriendo, pues, los presupuestos necesarios para declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria.

## 3) Sobre el abandono por parte del paciente del seguimiento médico.

Por último no se puede obviar que en las secuelas alegadas ha influido la intervención del paciente, en cuanto queda documentado el abandono del tratamiento al incumplir las indicaciones de revisión que le hizo su médico.

Todo lo anterior nos conduce a afirmar que no se ha acreditado la existencia de responsabilidad patrimonial sanitaria, pues el reclamante no ha probado que las secuelas derivadas de la intervención quirúrgica sean consecuencia de una mala *praxis* médica; por el contrario, la lesión nerviosa sensitiva y la cicatriz son un riesgo inherente a la intervención practicada (STS, Sala 3ª, de 20 de diciembre de 2007), constando el consentimiento escrito del reclamante a dicha intervención y a sus riesgos, sin que, por tanto, quepa calificar el daño alegado de antijurídico. Además, la intervención del paciente (abandono del tratamiento tras las primeras revisiones postoperatorias) implicaría una ruptura del nexo causal sostenido por la parte reclamante, en caso de haberse apreciado.

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

### **CONCLUSIÓN**

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

No obstante, V.E. resolverá.



**DICTAMEN 230/2010**

**Asunto** Responsabilidad patrimonial instada por X, en nombre y representación de su hijo, debida a accidente escolar

**Consultante** Consejero de Educación, Formación y Empleo

**Fecha** 22/11/2010

**Extracto de Doctrina**

Nota: igual doctrina que la expresada en el Dictamen 1.



**DICTAMEN 231/2010**

**Asunto** Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hijo, debida a accidente escolar.

**Consultante** Consejero de Educación, Formación y Empleo

**Fecha** 22/11/2010

**Extracto de Doctrina**

Nota: igual doctrina que la expresada en el Dictamen 1.



**DICTAMEN 232/2010**

**Asunto** Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hija, debida a accidente escolar.

**Consultante** Consejero de Educación, Formación y Empleo

**Fecha** 24/11/2010

**Extracto de Doctrina**

El Consejo Jurídico, en un caso muy parecido al presente, en el que los hechos ocurrieron fuera de las horas lectivas y del recinto escolar (en el presente caso, ni siquiera a las puertas del centro, según informa su Director, sin prueba alguna en contrario), ha expresado (Dictamen 14/02) que “en el caso que nos ocupa podemos afirmar que no concurre tal relación de causalidad por lo que a continuación se expone:

En primer lugar, es necesario señalar que la responsabilidad patrimonial sólo es posible imputarla a la Administración si los alumnos causantes de los hechos estuvieran bajo la responsabilidad el colegio, ya fuera por deber de vigilancia de los profesores o, indirectamente, de la concesionaria del servicio de comedor...

Se trata de determinar si existió alguna clase de responsabilidad, patrimonial de los chicos que pueda ser imputable al profesorado... tampoco pudo existir culpa "in vigilando" del profesorado en la medida en que el suceso se produjo fuera del recinto escolar y a una hora en la que todavía los chicos no tenían que entrar a clase...Y como dice la STS de la Sala 1" , de 3 de diciembre de 1991 ...una vez acabada la jornada se extingue el deber de vigilancia de los profesores que, además no puede alcanzar más allá del recinto colegial, siendo así que el suceso se produjo fuera del mismo, en una vía pública...

Quiere decirse, pues, que no existe relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público educativo y el daño, ya que no existía un deber de vigilancia...del profesorado del colegio, al acaecer el suceso fuera de la hora lectiva y fuera del recinto docente, siendo imputable la responsabilidad a las personas que tuvieran entonces legalmente encomendada la guarda y custodia de los menores".

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** Mediante escrito de 30 de junio de 2009, x. formuló solicitud de reclamación de daños y perjuicios dirigida a esta Administración regional como consecuencia de la rotura de las

gafas de su hija el 4 de mayo de 2009 por dos alumnos del C.P. "Ntra. Sra. de la Salud", de Alcantarilla. En su escrito, la interesada expone que *"Dos alumnos del centro insultaron, agredieron y tiraron piedras a mis hijas, x, y., en horario escolar, rompiéndole las gafas a x"*. Reclama una indemnización de 110 euros en concepto de gastos de reposición de dichas gafas, según presupuesto que aporta, junto al Libro de Familia.

En el expediente remitido obra asimismo un informe de 2 de julio de 2009, del Director del centro, en el que se indica que *"los padres pusieron en nuestro conocimiento los hechos ocurridos tal y como los cuentan en su escrito."* A tal efecto, obra en el expediente un escrito del padre de la niña, x, dirigido al Director del centro, en el que se expone que, el citado día, *"...Dicha agresión fue a la salida del centro, en horario escolar. Dos alumnos del centro las insultaron, les pusieron una bolsa de basura en la cabeza, les tiraron piedras y las golpearon. Debido a dicha, agresión, les rompieron las gafas a x"*.

**SEGUNDO.-** Con fecha 1 de diciembre de 2009 la interesada presenta fotocopia compulsada del Libro de Familia y original de la factura de la óptica, por importe de 114,40 euros.

**TERCERO.-** El 10 de diciembre de 2009, el Secretario General de la Consejería de Educación, Formación y Empleo resuelve admitir a trámite la reclamación de responsabilidad patrimonial y nombrar instructora del expediente, lo que fue notificado a la reclamante.

**CUARTO.-** Con fecha 7 de enero de 2010 se solicita al Director del centro la emisión del preceptivo informe, para que se pronuncie sobre determinados extremos relacionados con el accidente, emitiéndolo el 22 de enero de 2010, manifestando lo siguiente:

*"1. Los hechos acaecieron a la salida del Centro, una vez finalizadas las clases, en la calle, no en la puerta del Centro.*

*2. No nos consta la presencia de ningún adulto durante los actos o al finalizar los mismos. Las mismas niñas, x, y, solucionaron el problema (excepto obviamente, la rotura de las gafas).*

*3. Los alumnos que participaron fueron x, y, (...).*

*4. Cuando tuvimos conocimiento de los hechos, al día siguiente por boca de la familia, se encuestaron a los niños y las niñas, sin que se apreciara ningún tipo de actuación que precisara la*

*apertura de un expediente disciplinario. Se consideró una actuación puntual que se encuadraría dentro de las relaciones normales entre compañeros.*

*5. La bolsa de basura fue encontrada en el suelo y, aparentemente, fue una idea que surgió en el mismo momento con la intención de gastar una broma que, a la vista de los hechos, terminó mal.*

*6. En ningún caso puede hablarse de enemistad manifiesta entre los alumnos.*

*7. Durante los días que restaban del curso anterior y los que llevamos del actual, x. se comporta con normalidad".*

**QUINTO.-** Con fecha 26 de enero de 2010, en contestación a la comunicación interior solicitando antecedentes del caso, la Inspección de Educación informa que *"En relación con la Comunicación Interior de fecha 8 de enero, sobre Responsabilidad Patrimonial relativa a la agresión sufrida por dos alumnos en el CEIP Ntra. Sra de la Salud, de Alcantarilla, se informa que en esta Inspección de Educación no constan antecedentes del mismo".*

**SEXTO.-** Acordado un trámite de audiencia y vista del expediente, al objeto de que la interesada pudiera examinarlo, formular alegaciones y presentar cuantos documentos y justificaciones estimase pertinentes, no consta que haya hecho uso de este derecho.

**SÉPTIMO.-** El 22 de marzo de 2010 se formula propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación; en síntesis, por no existir la necesaria y adecuada relación de causalidad entre el servicio público educativo y los daños por los que se reclama indemnización.

**OCTAVO.-** En la fecha y por el órgano indicados en el encabezamiento del presente se solicitó de este Consejo Jurídico la emisión de su preceptivo Dictamen, acompañando el expediente y su extracto e índice reglamentarios.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

**PRIMERA.-** Carácter del Dictamen.



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

La reclamación ha sido formulada por persona legitimada y dentro del plazo de un año establecido por 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).

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 Centro en el que ocurrieron los hechos.

A la vista del expediente remitido, se han cumplido las formalidades esenciales exigibles en 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.

El Consejo Jurídico ha de destacar, al igual que lo ha hecho en anteriores Dictámenes emitidos en supuestos similares al presente que, si bien es cierto que nuestro ordenamiento jurídico configura un régimen de responsabilidad patrimonial de carácter marcadamente objetivo, éste no convierte a la Administración en una aseguradora que deba responder automáticamente por el solo hecho de que el evento dañoso se haya producido como consecuencia de la utilización de bienes o servicios públicos con independencia del actuar administrativo, porque, de aceptar esta tesis, el régimen de responsabilidad patrimonial se transformaría en un sistema providencialista no

contemplado en nuestro ordenamiento jurídico (sentencias del Tribunal Supremo de 5 de junio de 1998 y de 27 de mayo de 1999). El Tribunal Supremo, en sentencia de 26 de febrero de 1998, indicó que *“durante el desarrollo de las actividades escolares, extraescolares y complementarias el profesorado tiene el deber de observar la diligencia propia de los padres de familia”*, estándar éste que resulta modulable según las circunstancias de cada caso (Dictamen del Consejo Jurídico 58/2006).

II. A su vez, el Consejo Jurídico, en un caso muy parecido al presente, en el que los hechos ocurrieron fuera de las horas lectivas y del recinto escolar (en el presente caso, ni siquiera a las puertas del centro, según informa su Director, sin prueba alguna en contrario), ha expresado (Dictamen 14/02) que *“...en el caso que nos ocupa podemos afirmar que no concurre tal relación de causalidad por lo que a continuación se expone:*

*En primer lugar, es necesario señalar que la responsabilidad patrimonial sólo es posible imputarla a la Administración si los alumnos causantes de los hechos estuvieran bajo la responsabilidad del colegio, ya fuera por deber de vigilancia de los profesores o, indirectamente, de la concesionaria del servicio de comedor...*

*...Se trata de determinar si existió alguna clase de responsabilidad, patrimonial de los chicos que pueda ser imputable al profesorado... tampoco pudo existir culpa "in vigilando" del profesorado en la medida en que el suceso se produjo fuera del recinto escolar y a una hora en la que todavía los chicos no tenían que entrar a clase...Y como dice la STS de la Sala 1" , de 3 de diciembre de 1991 ...una vez acabada la jornada se extingue el deber de vigilancia de los profesores que, además no puede alcanzar más allá del recinto colegial, siendo así que el suceso se produjo fuera del mismo, en una vía pública...*

*Quiere decirse, pues, que no existe relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público educativo y el daño, ya que no existía un deber de vigilancia...del profesorado del colegio, al acaecer el suceso fuera de la hora lectiva y fuera del recinto docente, siendo imputable la responsabilidad a las personas que tuvieran entonces legalmente encomendada la guarda y custodia de los menores".*

III. Por otra parte, y abundando en las razones de la desestimación de la pretensión indemnizatoria, según se desprende del informe del Director del centro, se trató de un hecho aislado que no trajo causa de una actitud o relación diaria que pudiera sufrir la agredida en el colegio y que fuera posible calificarla de acoso escolar, del que pudiera derivarse alguna

responsabilidad del profesorado por *“culpa in vigilando”* (*“...se consideró una actuación-puntual que se encuadraría dentro las relaciones normales entre los compañeros, ...fue una idea que surgió en el mismo momento con la intención de gastar una broma, ...en ningún caso puede hablarse de enemistad manifiesta entre los alumnos”*), ni consta que se volviera a repetir tal conducta por los mismos u otros alumnos, ni dentro ni fuera del colegio.

IV. En consecuencia, al no existir la necesaria y adecuada relación de causalidad entre el funcionamiento de los servicios públicos educativos y los daños por los que se solicita indemnización, procede desestimar la reclamación de referencia.

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

### **CONCLUSIÓN**

**ÚNICA**.- 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, a los efectos de determinar la responsabilidad patrimonial de la Administración regional, por las razones expresadas en la Consideración Tercera de este Dictamen. En consecuencia, la propuesta de resolución objeto de Dictamen, desestimatoria de la reclamación, se informa favorablemente.

No obstante, V.E. resolverá.



**DICTAMEN 233/2010**

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

**Consultante** Consejera de Sanidad y Consumo

**Fecha** 24/11/2010

**Extracto de Doctrina**

Dando el paciente su consentimiento a ser ingresado en la clínica privada, por su voluntad, el traslado no puede achacarse al servicio público.

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** Con fecha 19 de enero de 2009 (según la propuesta elevada, pues no es visible el registro de entrada), x. presenta reclamación de responsabilidad patrimonial ante el Servicio Murciano de Salud, al que achaca un error administrativo por haberle derivado a un centro médico privado para realizarle una intervención, cuando correspondía la asistencia sanitaria al citado Servicio.

Según describe, el 19 de enero de 2008 tuvo un accidente laboral por una caída desde una altura de 2 metros, sufriendo una fractura de calcáneo, siendo trasladado al Hospital Virgen de la Arrixaca. Fue atendido en el Servicio de Urgencias del citado Hospital, informándole allí que la cobertura de la asistencia sanitaria en dichas circunstancias debía de prestarla la mutua x. (con la que el reclamante tenía la cobertura de la incapacidad temporal por contingencias comunes), por lo que fue trasladado a la Clínica Virgen de la Vega para ser intervenido, pese a que reiteró, según refiere, que le correspondía la asistencia al Servicio Murciano de Salud.

Ingresado en la Clínica Virgen de la Vega, fue intervenido quirúrgicamente el mismo día y después de ser dado de alta, tanto por la citada clínica como por el anestesista que participó en su intervención, le reclamaron las facturas de sus servicios; incluso la empresa de anestesia --, S.L. interpuso demanda contra el reclamante (juicio verbal núm. 1147/08), que finalizó con una transacción judicial (Auto núm. 1069/2008, de 3 de diciembre).

El reclamante imputa al funcionamiento del servicio público sanitario el error del personal de admisión del Hospital Virgen de la Arrixaca, que informado por él mismo de su situación laboral y

coberturas concertadas y debiendo prestarle la asistencia sanitaria, decidió remitirlo a la Clínica Virgen de la Vega, al considerar equivocadamente que la asistencia debe prestarla la Mutua de trabajo.

Por ello, solicita la indemnización de 6.834'54 euros en concepto de los daños producidos, cantidad coincidente con los costes de la intervención efectuada en la Clínica Virgen de la Vega.

Por último, propone como medios probatorios los documentos que acompaña y la declaración como testigos de la persona que le acompañaba y de los representantes de la Clínica Virgen de la Vega y de la empresa anestésista, designando a la letrada x. como su representante.

**SEGUNDO.-** Desde el Servicio Murciano de Salud se solicitó informe al Hospital Virgen de la Arrixaca sobre los hechos descritos por el reclamante, informándose por la facultativa de admisión:

*"Consultada nuestra base de datos le comunicamos que x. tiene un proceso de urgencias con fecha de inicio y fin de 19/01/2008, revisada su Alta de Urgencias consta como accidente laboral así como su traslado al Hospital Virgen de la Vega.*

*Consultado al Jefe de grupo de Admisión de Urgencias no le consta ninguna incidencia referida al día 19/01/2008".*

**TERCERO.-** Con fecha 4 de marzo de 2009 se dicta por el Director Gerente del Servicio Murciano de Salud resolución de admisión a trámite, la cual es notificada a las partes interesadas, solicitándose el historial a la Gerencia de Atención Primaria de Murcia, que remite la evolución clínica del paciente en el Centro de Salud de El Palmar, así como un informe médico valorativo (folio 62).

El día 22 de enero de 2008 aparece reseñado por el médico de cabecera (folio 68):

*"Ha tenido accidente laboral por caída de un andamio, es autónomo y me asegura que la contingencia profesional la cubre la SS (consultado con su asesoría).*

**CUARTO.-** Desde la Tesorería General de la Seguridad Social se informa al Servicio Murciano de Salud lo siguiente:

*"En contestación a su escrito de 8 de Mayo de 2009, referente a x., con D.N.I "—", le comunicamos que el período 1.4.2005 a 30.6.2008 no estaba acogido a la opción de Accidentes de Trabajo".*

**QUINTO.-** Por el órgano instructor se solicitó al Hospital Virgen de la Arrixaca la identificación del personal del Servicio de admisión el día 19 de enero de 2008, en horario de mañana, a los que se requirió información sobre los hechos descritos.

Asimismo, se solicitó informe al facultativo que atendió al paciente.

**SEXTO.-** Por el personal del Servicio de admisión del Hospital Virgen de la Arrixaca se remitió informe en el que se expresa:

*"El Servicio de admisión sólo recoge los datos del paciente y en ningún caso califica el accidente como laboral o común, salvo que el propio paciente así lo indique, y si el paciente es autónomo y no dice nada, la asistencia se asigna a la Seguridad Social, como ocurre en el presente caso, lo cual se puede comprobar en los datos que constan en la pegatina de la Hoja de informe de alta de urgencias de fecha 19-1-08, y por tanto, en ningún caso, por el servicio de admisión de urgencias se deriva al enfermo a un centro privado. En todo caso, esa derivación se puede haber acordado por el facultativo que le atendió, y aún así éste actúa según la información que le sea facilitada por el paciente y/o familiares. A mayor abundamiento, manifestar que el traslado de un paciente desde el HUVA a otro privado no se efectúa por el servicio público de ambulancias, sino que se hace por un servicio privado y para que este se efectúe es preciso que la Compañía aseguradora privada haya aceptado previamente el siniestro y por tanto el traslado".*

**SÉPTIMO.-** Por el facultativo especialista que atendió al reclamante en el Servicio de Urgencias del Hospital Virgen de la Arrixaca se señala lo siguiente (folio 85):

*"Como especialista adjunto de Traumatología fui llamado para atender en Urgencias al reclamante para valoración de fractura de calcáneo; si en el Informe de Alta hice constar la circunstancias de "accidente laboral y Mutua x" es porque el paciente así lo transmitió, como consta en el Informe de Urgencias; en otro caso, y de no haber hecho mención alguna, no se hubiera ordenado ni formalizado el traslado.*

*En el Hospital Virgen de la Vega tampoco se denegó telefónicamente el ingreso, confirmando el traslado, con carácter previo y a posteriori de ser efectuado; el paciente tuvo*

*necesariamente que dar el consentimiento para ser allí ingresado para tratamiento y, en su caso, el Hospital Virgen de la Vega- Mutua x, conocedora de su cobertura de asistencia, debería haberle informado que no correspondía allí su ingreso. En todo caso, el mismo, sus familiares o compañeros de trabajo, etc. previo al traslado, o a posteriori, podían haberse informado si le correspondía o no la cobertura asistencial en Virgen de la Vega-Mutua x.*

*El traslado se realizó con consentimiento del paciente, como todos los traslados que se efectúan, y el ingreso también fue consentido por él en el Hospital Virgen de La Vega; es el paciente el que tiene que ser consciente de la cobertura de asistencia sanitaria derivada de la contingencia de accidente laboral en ese momento, y no después; los médicos obramos respecto a los traslados en función de protocolos (mutuas laborales) según lo que nos informa el paciente, y en urgencias la información, dadas las circunstancias, es siempre verbal por el propio asistido o por un familiar. El paciente no fue devuelto a este Centro y resultó allí intervenido, lo que demuestra que desconocía la cobertura real o no fue informado o no se informó suficientemente en ese momento.*

*En conclusión, el paciente informó de su pertenencia a la MUTUA x, como Mutua de accidente laboral, lo que consta en el Informe de Urgencias; se trasladó según protocolo del servicio de traumatología, dónde fue admitido y prestada su asistencia quirúrgica, requiriendo todo ello consentimiento y conformidad del paciente. Si el paciente hubiera estado informado de su no pertenencia, o no cobertura de accidente laboral por parte de su MUTUA, no habría sido trasladado desde nuestro Centro y la clínica VIRGEN DE LA VEGA-MUTUA x. le habría informado de las correspondientes coberturas, con las cuales, si no hubiera estado de acuerdo o hubiera existido algún disentimiento, hubiera sido devuelto a nuestro Centro para continuar el tratamiento, como en otras ocasiones así ha ocurrido”.*

**OCTAVO.-** En relación con la práctica de la prueba testifical propuesta por el reclamante, el órgano instructor la desestima por las razones que seguidamente se exponen (folio 90):

*“- Se desestima la prueba testifical de x., por considerar que va a declarar lo mismo que esa parte declara en su escrito de reclamación, lo cual queda desvirtuado por la prueba documental que consta en la Historia Clínica, que constituye el conjunto de documentos que contienen los datos, valoraciones e informaciones de cualquier índole sobre la situación y la evolución clínica del paciente a lo largo del proceso asistencial, por lo que dicha práctica no va a aportar dato nuevo alguno.*

- *Se desestima la testifical de x., representante de --, S.L., porque la prestación de los servicios de anestesia en la intervención practicada en la Clínica Virgen de la Vega, y la reclamación judicial efectuada por dicha empresa por el importe de los citados servicios, están debidamente acreditadas en el expediente.*

- *Se desestima la declaración de x. porque la realización de la intervención quirúrgica en la Clínica Virgen de la Vega y la cuantía económica de los servicios prestados ya queda acreditada documentalmente en el expediente”.*

**NOVENO.-** Otorgado un trámite de audiencia al interesado, la letrada actuante presenta escrito de alegaciones el 23 de febrero de 2010 (certificación en la Oficina de Correos), ratificándose en que el Servicio de Urgencias del Hospital Virgen de la Arrixaca incurrió en un error al considerar que la contingencia como accidente de trabajo estaba cubierta por Mutua x, trasladando al paciente para su operación y tratamiento a la Clínica Virgen de la Vega.

**DÉCIMO.-** La propuesta de resolución, de 4 de marzo de 2010, desestima la reclamación presentada al considerar que el Hospital Virgen de la Arrixaca se valió de la información suministrada por el paciente, que si la Clínica Virgen de la Vega aceptó al paciente fue porque no tenía dudas de su cobertura por la Mutua x. y que no es admisible que el reclamante, en pleno uso de sus facultades, aceptara ser intervenido por un centro privado si no estaba de acuerdo, cuando dicha intervención no revestía el carácter de urgencia vital.

**UNDÉCIMO.-** Con fecha 12 de marzo de 2010 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 la actuación a la que se imputa el daño, en este caso la fecha en la que el reclamante acudió al Hospital Virgen de la Arrixaca después de un accidente laboral y fue trasladado a un centro privado para ser intervenido (el 19 de enero de 2008).

2. El reclamante, al sufrir los perjuicios imputados a la actuación administrativa consistente en la existencia de un error administrativo que le ha originado unos gastos sanitarios, ostenta la condición de interesado para ejercitar la acción de reclamación, a tenor de lo dispuesto por el artículo 139.1 LPAC, en relación con el 4.1 RRP.

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 al que se atribuye el error.

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 el reclamante no imputa el daño a la actuación médica de los servicios sanitarios, sino a sus elementos personales (Servicio de admisión del Hospital Virgen de la Arrixaca), que le informaron, según su versión, que la intervención quirúrgica por el accidente laboral debía ser cubierta por la Mutua x. con la que el paciente tenía suscrito una determinada cobertura, trasladándole a la Clínica Virgen de la Vega, en su condición de colaboradora con dicha Mutua, que le practicó la intervención el mismo día. Dichos gastos sanitarios (6.834,54 euros) son los que reclama.

Sin embargo, conforme a la propuesta elevada, este Órgano Consultivo considera que no resulta acreditada la imputación del daño reclamado (cuantía de los gastos sanitarios en una clínica privada) al funcionamiento del servicio público sanitario, puesto que, aún en la hipótesis de que el citado error se hubiera cometido por el Servicio de admisión del Hospital Virgen de la Arrixaca (lo que tampoco resulta acreditado, como seguidamente se expondrá), si el paciente no tenía derecho a tal cobertura de la Mutua para la intervención derivada del accidente laboral en la Clínica Virgen de la Vega, no se explica por qué no se opuso a dicha intervención cuando manifiesta que era conocedor de tal circunstancia; además, tuvo que contar con la autorización del centro sanitario privado y la aseguradora para su práctica (en la hoja de ingreso en la citada Clínica, entre los datos de afiliación, figura "x"). Téngase en cuenta que el traslado del paciente desde el Hospital Virgen de la Arrixaca a la Clínica Virgen de la Vega no fue efectuado por el servicio público de ambulancias, sino que se hizo por un servicio privado y para que éste se realice es preciso que la compañía aseguradora privada haya aceptado previamente el siniestro y, por tanto, el traslado (folio 84 del expediente).

Pero, como se ha advertido, tampoco resulta acreditado en el presente procedimiento que el error en el traslado del paciente a la Clínica Virgen de la Vega sea imputable al Servicio de admisión del Hospital Virgen de la Arrixaca y, por tanto, el nexo causal con el daño alegado, en atención a las siguientes circunstancias:

1ª) Corresponde a los usuarios especificar si disponen de cualquier cobertura de asistencia privada, pues el Servicio de admisión del Hospital público sólo recoge los datos que suministra el afectado. Si se consignó en el informe de Alta del Servicio de Urgencias del Hospital Universitario Virgen de la Arrixaca el accidente laboral y la Mutua x, así como su traslado a la Clínica Virgen de la Vega, se actuó conforme a la información verbal transmitida por el interesado y a los protocolos

suscritos con la Mutuas, como destaca el informe del facultativo que le atendió en la sanidad pública.

2ª) El centro sanitario público confirmó telefónicamente con la Clínica Virgen de la Vega su traslado a dicho centro sanitario, según se infiere del informe del facultativo que le atendió (folio 85), sin que en ningún momento denegara el ingreso por no cubrir la asistencia, dando el paciente su consentimiento a ser ingresado en la misma. Un dato importante a reseñar es que en otras ocasiones, cuando la Clínica Virgen de la Vega-Mutua x. no cubre tales contingencias, se devuelve al paciente al Hospital público para continuar el tratamiento (folio 86).

3ª) El hecho de que el médico de cabecera consignara en la visita correspondiente al día 22 de enero de 2008 (tres días después de la intervención quirúrgica) que el paciente le ha manifestado que la contingencia profesional la cubre la Seguridad Social (consultado con su asesoría), evidencia, pese a la interpretación distinta que realiza la letrada actuante, que dicha consulta a la asesoría pudo ser realizada *a posteriori*, pues en caso contrario no se entiende que el reclamante aceptara la intervención quirúrgica en un centro privado, si sostenía que le correspondía a la sanidad pública.

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

### **CONCLUSIÓN**

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

No obstante, V.E. resolverá.



**DICTAMEN 234/2010**

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

**Consultante** Consejera de Sanidad y Consumo

**Fecha** 24/11/2010

**Extracto de Doctrina**

Nota: igual doctrina que la expresada en el Dictamen 2.



**DICTAMEN 235/2010**

**Asunto** Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.

**Consultante** Consejero de Educación, Formación y Empleo

**Fecha** 24/11/2010

**Extracto de Doctrina**

Nota: igual doctrina que en el Dictamen 29.



**DICTAMEN 236/2010**

**Asunto** Proyecto de Orden por el que se establece el currículo del ciclo formativo de grado medio correspondiente al título de Técnico en Soldadura y Calderería en el ámbito de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.

**Consultante** Consejero de Educación, Formación y Empleo

**Fecha** 29/11/2010

**Extracto de Doctrina**

Nota: igual doctrina que la expresada en el Dictamen 157/2010.



**DICTAMEN 237/2010**

**Asunto** Proyecto de Orden por el que se establece el currículo del ciclo formativo de grado superior correspondiente al título de Técnico Superior en Gestión de Alojamientos Turísticos en el ámbito de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.

**Consultante** Consejero de Educación, Formación y Empleo

**Fecha** 29/11/2010

**Extracto de Doctrina**

Nota: igual doctrina que la expresada en el Dictamen 157/2010.



**DICTAMEN 238/2010**

**Asunto** Proyecto de Decreto por el que se modifica el Decreto nº 284/2008, de 19 de septiembre, que regula la competencia para resolver los expedientes sancionadores sobre infracciones en el orden social en el ámbito de la CARM.

**Consultante** Consejero de Educación, Formación y Empleo

**Fecha** 29/11/2010

**Extracto de Doctrina**

Nota: igual doctrina que la expresada en el Dictamen 157/2010.





**DICTAMEN 239/2010**

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

**Consultante** Consejera de Sanidad y Consumo

**Fecha** 29/11/2010

**Extracto de Doctrina**

Nota: igual doctrina que la expresada en el Dictamen 2.



**DICTAMEN 240/2010**

**Asunto** 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

**Fecha** 29/11/2010

**Extracto de Doctrina**

Nota: igual doctrina que la expresada en el Dictamen 53.



**DICTAMEN 241/2010**

**Asunto** Revisión de oficio instada por x, contra la Resolución de 29 de enero de 2008 del Director Gerente del Servicio Murciano de Salud, recaída en el expediente disciplinario 1/2007.

**Consultante** Consejera de Sanidad y Consumo

**Fecha** 01/12/2010

**Extracto de Doctrina**

El Tribunal Constitucional ha entendido que la imposición de penas o sanciones disciplinarias no vulnera el derecho al honor ni a la intimidad (STC 50/1983 o STC 227/1992), sin perjuicio de que tales derechos puedan resultar afectados por la publicidad que pueda tener un caso concreto (ATC 150/1984). Por su parte, el artículo 8.1 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección del Honor, la Intimidad Personal y la Propia Imagen dispone que “no se reputarán, con carácter general, intromisiones ilegítimas las actuaciones autorizadas o acordadas por la autoridad competente de acuerdo con la ley...”, precepto éste que ha permitido al Tribunal Constitucional considerar en alguna ocasión que no vulnera el artículo 18 CE la publicación del acuerdo por el que se impone una sanción disciplinaria (STC 165/1995).

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** X. es Facultativo Especialista de Área de Medicina Interna, en el Hospital Universitario “Virgen de la Arrixaca” (HUVA) de Murcia.

**SEGUNDO.-** Mediante resolución de 1 de marzo de 2007 el Director Gerente del Hospital acordó la realización de una información reservada para esclarecer los hechos que habían sido objeto de varias reclamaciones en relación con la actuación de x. y, en su caso, abrir un expediente disciplinario para determinar si los mismos pudieran ser constitutivos de una falta disciplinaria. Tal información reservada se identificó con el número 3/2007. Los hechos denunciados, tanto por familiares de pacientes atendidos por la Dra. x. como por trabajadores del mismo hospital, se sintetizan en:

- Incompleta e indebida cumplimentación de parte de defunción de un paciente, con el consiguiente retraso en la puesta a disposición de la familia del cadáver, y negativa a obedecer las

órdenes impartidas por su superior jerárquico de volver al Hospital a completar el indicado parte y subsanar los errores de que adolecía.

- No visitar a un paciente a su cargo y no consignar en la hoja de evolución diaria datos que alertaran sobre la gravedad del paciente, quien fallece esa misma tarde.

- No atender el requerimiento efectuado por una enfermera para atender a un paciente terminal y agonizante, hablar con la familia y ajustar analgesia.

- Siendo internista de guardia, resistirse a atender a una paciente de cirugía cardiovascular, a requerimiento de una enfermera de dicho servicio, efectuado ante las molestias que decía sentir la paciente y la imposibilidad de localizar al cirujano de guardia. También en relación con este mismo incidente, hacer constar en la historia clínica datos ajenos a la evolución clínica de la paciente, relativos a las obligaciones de las enfermeras y los médicos.

- Diferir sin justificación el alta hospitalaria durante tres días a una paciente a la que ya le había anunciado dicho alta.

- Trato desconsiderado hacia los familiares de los pacientes.

Las referidas diligencias informativas concluyeron con un informe propuesta, de 4 de julio de 2007, de apertura de expediente disciplinario por existir indicios de que la indicada facultativa podría haber cometido una falta disciplinaria muy grave, ocho faltas disciplinarias graves y cuatro faltas disciplinarias leves.

**TERCERO.-** Mediante resolución de la Dirección Gerencia del HUVA, de 9 de julio de 2007, se acuerda incoar expediente disciplinario (número 1/2007) a la Dra. x. e incorporar al mismo las diligencias informativas de carácter reservado que sirvieron de base para decidir sobre la citada incoación.

- El 11 de julio de 2007 se notifica personalmente a la interesada el acuerdo de iniciación del expediente disciplinario, dándole traslado de una copia de los 297 folios de las citadas diligencias informativas 3/2007, y se le cita para prestar declaración el 20 de agosto siguiente. Entre ambas fechas la expedientada presenta diversos escritos los días 13 y 23 de julio y 13 de agosto, en descargo de las acusaciones que pesan sobre ella. En los dos últimos escritos recusa a instructor y secretario, invocando la causa contemplada en el artículo 28,

letra d) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC). Ambos niegan que concurra en ellos causa de abstención alguna.

El 20 de agosto, la interesada manifiesta no poder acudir a declarar por encontrarse en situación de baja laboral por lumbago, afirmando haber declarado sobre esos mismos hechos el 25 de junio anterior, y manifestando que no está obligada a comparecer ante la Administración. El instructor estima, en consecuencia, que la interesada se remite a su declaración efectuada en las diligencias informativas 3/2007.

También se cita a las personas que ya habían prestado declaración en las diligencias informativas, a quienes se requiere para que ratifiquen lo entonces declarado, haciéndolo todos ellos.

- El 27 de agosto de 2007 se formula Pliego de Cargos. Intentada la notificación por correo certificado de forma infructuosa, al dejar caducar la interesada el envío postal en dos ocasiones, se acuerda anunciar la existencia del Pliego de Cargos a través del BORM, donde se publicó el 3 de noviembre de 2007, y mediante edictos.

- Antes de esa fecha, el 1 de octubre de 2007, la x. comparece voluntariamente ante el secretario del expediente disciplinario y en ese momento se le notifica personalmente resolución de inadmisión de la recusación formulada contra aquél y contra el instructor, así como el Pliego de Cargos.

Con esta misma fecha de 1 de octubre se acuerda pieza separada de medidas cautelares de suspensión provisional de funciones, pasando la interesada a esa situación desde el 6 de octubre de 2007. Recurrida en alzada la resolución que acuerda la medida provisional, es desestimada por Orden de 20 de diciembre de 2007, de la Consejería de Sanidad.

- El 11 de octubre de 2007 la interesada presenta Pliego de Descargos, cuyas alegaciones cabe sintetizar como sigue:

a) Nulidad del acto administrativo por considerarlo de contenido imposible, al habersele notificado dos pliegos de cargos distintos por los mismos hechos.

b) Caducidad del procedimiento sancionador, considerando que el *dies a quo* para el cómputo del plazo de duración de aquél coincide con el acuerdo de apertura de las diligencias informativas

c) Prescripción de algunas de las faltas leves imputadas.

d) Inexistencia de faltas disciplinarias, justificando su actuación en cada uno de los hechos en los que se basa el Pliego de Cargos, proponiendo prueba documental en relación con sólo uno de los asuntos objeto de expediente.

e) Discriminación, pues considera que no se le da un trato igualitario cuando se tramita el procedimiento disciplinario contra ella y, sin embargo, no se han resuelto las denuncias por acoso laboral que ella ha interpuesto respecto a su trabajo en Medicina Interna, tanto en el HUVA como anteriormente, en el Hospital "Santa María del Rosell" de Cartagena.

- El 23 de octubre el instructor dicta resolución motivada admitiendo e inadmitiendo las pruebas propuestas por la interesada, no sólo en el Pliego de Descargos, sino también en los escritos de 13 y 23 de julio y 13 de agosto. Esta resolución fue notificada a la x. el 24 de octubre de 2007, sin alegación o protesta alguna por la interesada.

- Practicadas las pruebas admitidas, el 6 de noviembre se da vista del expediente y copia completa del mismo a la x., quien presenta alegaciones, insistiendo en las del Pliego de Descargos, y señalando ahora la aportación incompleta de la documental pedida, solicitando que se complete el expediente con la hoja de tratamiento de uno de los pacientes para poder efectuar nuevas alegaciones, a lo que se accede por el instructor.

- El 10 de octubre de 2007 el Instructor, tras rebatir las alegaciones tanto de forma como de fondo de la interesada y motivar sus conclusiones, formuló propuesta de resolución, en los siguientes términos:

*"Primera.- Se considera probado que x., Facultativo Especialista en Medicina Interna del Hospital Universitario "Virgen de la Arrixaca" cometió las siguientes faltas disciplinarias:*

*1. Respecto al incidente a propósito del fallecimiento del paciente x. ocurrido el 30 de agosto de 2006:*

a) *Una falta, muy grave, tipificada en el artículo 72.2 g) del Estatuto Marco, al desobedecer, de forma notoria y manifiesta, la orden o instrucción de su superior directo e inmediato, el Dr. x. (y de la propia Dirección Médica del Hospital), en el ejercicio de sus funciones, para que regresase al Hospital a cumplimentar correctamente el parte de defunción.*

b) *Una falta, grave, tipificada en el artículo 72.3 c) del Estatuto Marco al cumplimentar de manera incorrecta el parte de defunción, pues ello supone un incumplimiento de sus funciones como facultativo del Hospital que se encontraba de guardia, y que había comenzado a rellenar el parte.*

c) *Una falta, grave, tipificada en el artículo 72.3 d) del Estatuto Marco por la evidente desconsideración hacia los familiares del fallecido, haciéndoles esperar innecesariamente el traslado del cadáver hasta el tanatorio.*

2. *Respecto al incidente ocurrido en relación a la atención sanitaria prestada al paciente x. el 1 de diciembre de 2006.*

a) *Una falta, grave, tipificada en el artículo 72.3 c) del Estatuto Marco al no pasar visita ni cumplimentar la hoja de evolución clínica en la mañana del 1 de diciembre de 2006 (este último hecho reconocido por la propia Dra. x), a pesar de considerar probado que prescribió a requerimiento de personal de enfermería, pues ello supone un incumplimiento de las funciones como facultativo del Hospital que impide a otro facultativo posterior valorar adecuadamente al paciente, mucho más en un enfermo muy grave, próximo a fallecer.*

b) *Una falta, grave, tipificada en el artículo 72.3 d) del Estatuto Marco por la evidente desconsideración hacia los familiares del fallecido, que como consecuencia de la falta de visita, no son informados del posible e inmediato fatal desenlace, ni de la situación de gravedad, con el consiguiente desamparo de éstos.*

3. *Respecto al incidente ocurrido en relación a la atención sanitaria prestada al paciente terminal x. el 7 de enero de 2007.*

a) *Una falta, grave, tipificada en el artículo 72.3 c) del Estatuto Marco al no acudir tras la llamada de la enfermera para valorar al paciente terminal y ajustar el tratamiento, derivando la información y la responsabilidad hacia el personal de enfermería, pues ello supone un incumplimiento de las funciones como facultativo del Hospital.*

b) *Una falta, grave, tipificada en el artículo 72.3 d) del Estatuto Marco por la evidente desconsideración hacia los familiares del fallecido, que como consecuencia de la falta de asistencia no son ni informados ni tranquilizados del posible e inmediato fatal desenlace, con el consiguiente desamparo de éstos.*

4. *Presunto incidente ocurrido en relación a la atención sanitaria prestada a la paciente x. durante los días 16 a 18 de febrero de 2007.*

a) *Una falta, grave, tipificada en el artículo 72.3 c) del Estatuto Marco al no dar el alta a un paciente a quien se le había anunciado no quedando acreditado que su estado evolutivo hubiese cambiado ni existiesen nuevas razones para demorar el alta, pues ello supone un incumplimiento de las funciones como facultativo del Hospital.*

b) *Una falta, grave, tipificada en el artículo 72.3 d) del Estatuto Marco por la evidente desconsideración hacia los familiares de la paciente (hijo y nuera) por la espera innecesaria durante los días 17 y 18 de febrero de 2006, por haber telefoneado a casa de estos dirigiéndoles expresiones como que "que a causa de la reclamación, la habían puesto de limpiadora en x." y que "podía haberse llevado a su suegra cuando le diera la gana" y por las expresiones irónicas e hirientes empleadas en su carta de contestación y a las que hemos hecho referencia anteriormente.*

5. *Presunto incidente ocurrido en relación a la atención sanitaria prestada al paciente x. el 19 de febrero de 2007.*

a) *Una falta, leve, tipificada en el artículo 72.4 c) del Estatuto Marco al dirigirse a los familiares de los pacientes incorrectamente con una expresión tal y como la reconocida ("si estaría justificado que le pidiese que en lugar de agredirme allí, me agrediera en otro sitio").*

b) *Una falta, leve, tipificada, en el artículo 72.4 d) del Estatuto Marco por el descuido o negligencia que suponen las continuas referencias inapropiadas que se hacen en la Historia Clínica en relación a la información a los familiares.*

6. *Presunto incidente ocurrido en relación a la atención sanitaria prestada a la paciente x. el 20 de marzo de 2007.*



a) *Una falta, leve, tipificada en el artículo 72.4 c) del Estatuto Marco al resistirse innecesariamente a acudir a valorar a la paciente x. el 20 de marzo de 2007, pues ello supone un descuido o negligencia en el cumplimiento de sus funciones, que afortunadamente no tuvo mayores consecuencias.*

b) *Una falta, leve, tipificada en el artículo 72.4 d) del Estatuto Marco por el descuido o negligencia que suponen hacer constar en la hoja de evolución clínica continuas referencias inapropiadas en relación a las obligaciones del médico internista, del cirujano cardiovascular o del personal de enfermería”.*

(...)

*Atendiendo a las alegaciones, prueba practicada, en su caso, y los antecedentes, el grado de intencionalidad, descuido o negligencia que se revela en la conducta, el daño al interés público y la reiteración o reincidencia, así como las normas del concurso ideal, se propone corregir dichas infracciones, con arreglo al artículo 73 de la Ley 55/2003, de Estatuto marco de Personal Estatutario de los Servicios de Salud, y arts. 93 y siguientes de la Ley 7/2007, Estatuto Básico del Empleado Público, con las siguientes SANCIONES:*

1. *Respecto al incidente a propósito del fallecimiento del paciente x. ocurrido el 30 de agosto de 2006:*

*Tres años de suspensión de funciones, por las tres faltas cometidas, una muy grave y dos graves.*

2. *Respecto al incidente ocurrido en relación a la atención sanitaria prestada al paciente x. el 1 de diciembre de 2006:*

*Un año de suspensión de funciones, por las dos faltas graves cometidas.*

3. *Respecto al incidente ocurrido en relación a la atención sanitaria prestada al paciente terminal x. el 7 de enero de 2007.*

*Un año de suspensión de funciones, por las dos faltas graves cometidas.*

4. *Presunto incidente ocurrido en relación a la atención sanitaria prestada a la paciente x. durante los días 16 a 18 de febrero de 2007.*

*Un año de suspensión de funciones, por las dos faltas graves cometidas.*

5. *Presunto incidente ocurrido en relación a la atención sanitaria prestada al paciente x. el 19 de febrero de 2007.*

*Apercibimiento por escrito por las dos faltas leves cometidas.*

6. *Presunto incidente ocurrido en relación a la atención sanitaria prestada a la paciente x. el 20 de marzo de 2007:*

*Apercibimiento por escrito por las dos faltas leves cometidas".*

La incorporación de la hoja de tratamiento pedida como prueba y la anterior propuesta fue notificada a la x. el 18 de diciembre de 2007, emplazándola a formular alegaciones, lo cual llevó a cabo el 28 de diciembre, ratificándose en las vertidas en el Pliego de Descargos y en los restantes escritos de alegaciones presentados durante la tramitación del procedimiento, añadiendo ahora que se habrían infringido los artículos 129 y 131 LPAC, relativos a los principios de tipicidad y proporcionalidad en el orden sancionador, ya que se le imponen sanciones por la comisión de unos hechos que no aparecen previstos como infracciones en el Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud, y tampoco han sido aplicados correctamente los criterios previstos para graduar la sanción a aplicar.

**CUARTO.-** Con fecha 29 de enero de 2008, el Director Gerente del SMS resuelve el expediente disciplinario asumiendo la descripción de los hechos, la tipificación de las infracciones y las sanciones propuestas por el instructor. En total se imponen sanciones que suponen seis años de suspensión de funciones más dos apercibimientos por escrito. La resolución es notificada a la interesada el 20 de febrero de 2008.

**QUINTO.-** El 24 de marzo de 2008 presenta la interesada recurso de alzada frente a la indicada resolución, en el que, sustancialmente, manifestaba lo siguiente:

1. Que las diligencias informativas se iniciaron el 1 de marzo de 2007 y aunque no tienen carácter de expediente disciplinario es innegable que transcurrieron más de seis

meses desde que se inició el expediente disciplinario el 9 de julio de 2007 por lo que la resolución recurrida, firmada el 29 de enero de 2008, se dictó transcurrido el plazo máximo de 6 meses fijado para la resolución y notificación por el Decreto 17/2004, de 27 de febrero, resultando inaceptables los argumentos de la resolución en los que se desestima la caducidad, por lo que procede declararla y archivar el expediente sin más trámites.

2. Subsidiariamente se alega la discriminación de la recurrente por vulneración del artículo 14 de la Constitución, ya que ella denunció a algunas de las personas que la denuncian a ella y ni siquiera ha tenido conocimiento del resultado de esas denuncias. También se han infringido los principios de tipicidad y proporcionalidad por las razones que ya expuso en sus alegaciones presentadas con anterioridad y que da por reproducidas, haciendo frontal oposición a la interpretación que la resolución impugnada hace respecto a la graduación concreta de la sanción, máxime cuando en absoluto sería de tener en cuenta la reiteración y reincidencia a las que se hace mención en el primer párrafo de la página 15 de la resolución, ya que con anterioridad no ha sido sancionada.

3. En cuanto a las cuestiones de fondo, considera que su competencia profesional es lo que ha hecho que se la persiga por simple envidia, sufriendo una persecución que es de apreciar objetivamente en los seis cargos que se le imputan y por la que se le condena.

4. En cuanto al cargo sobre el certificado de defunción de x. considera que la orden cuya desobediencia se le imputa le fue dada en un día de descanso, encontrándose en La Manga, fuera de servicio, alegándose que el certificado de defunción estaba incorrectamente confeccionado, pretendiendo que certificara el óbito una hora antes de lo sucedido, lo que era una falsedad a lo que se negó, pero que al parecer certificó el Dr. x., que había recibido la orden de confeccionar esa certificación a las 9 de la mañana por lo que si no hubiera esperado hasta las 14 horas para hacerlo los familiares no habrían reclamado. Además en el momento del fallecimiento no se disponía del DNI del fallecido, documento imprescindible para extender el certificado, que fue expedido correctamente una vez que fue acreditada la identidad, no existiendo negligencia alguna en su actuación, y en todo caso se trataría de un supuesto de descuido o negligencia en el cumplimiento de sus funciones, lo que constituiría falta leve que, a mayor abundamiento, habría prescrito al haber transcurrido más de 6 meses.

5. Respecto a la atención prestada al paciente x. indica que a su cuidado estuvo el 30 de noviembre de 2006 (había ingresado el día antes) y se puede comprobar por su historia clínica que fue atendido por ella 2 veces en ese día, habiéndose indicado esa mañana sonda

nasogástrica, falleciendo después de que ella saliera de su trabajo, por la tarde, enterándose ella el día siguiente, informándole la enfermera x. que en lugar de meterle la sonda nasogástrica recetada vía esófago, se le aplicó por vía respiratoria, asfixiándose el paciente. Por el contrario al haber sido la causa de ingreso sepsis urinaria el certificado de defunción indica esa como causa de la muerte. Esa errónea aplicación aconteció en su ausencia pero al parecer el Dr. x. extiende un informe de la muerte aduciendo (no es verdad) que el enfermo se encontraba al borde de la muerte.

6. Sobre la atención sanitaria a x. resalta que el instructor calificó como innecesaria la declaración de los familiares que ella propuso, y que se debería haber practicado, pues cuando ella acudió los familiares estaban allí y lo vieron y habría quedado acreditado que la enfermera falta a la verdad cuando asegura que fue llamada y no acudió, demostrando la historia clínica que no hubo negligencia alguna, encontrándose ella atendiendo un status epiléptico cuando fue llamada y acudió, hablando con los familiares, observando que no necesitaba más morfina y que incluso era peligroso administrarle una dosis mayor y se marchó. Cumplió por tanto con sus obligaciones y no tuvo en absoluto desconsideración con los familiares, pues por mucho que la enfermera dijera que no acudió ahí estaban los familiares que podían haber testificado lo contrario, a los que por cierto dijo que más dosis de morfina podría matarle. Ella se negó a que se cambiara el tratamiento por una perfusión continua de morfina, ante lo que la enfermera llamó a otro médico que lo prescribió, olvidando anular la aplicación del cloruro mórfico en bolos y la enfermera añade a la perfusión continua otro bolo de morfina, falleciendo poco después, todo ello consta en la hoja de evolución última que el Instructor considera innecesaria y no aporta al expediente.

7. Sobre la asistencia prestada a x. simplemente el Dr. x. habla con el hijo de la paciente para aducir cargos contra ella, negándose previamente a hacerle el parte de alta alegando que era la Dra. x. la que debía confeccionarlo, aunque estaba saliente de guardia y no se había pasado por la planta desde el viernes 16 hasta el domingo 18 de febrero de 2007, por ello se podrá poner en tela de juicio la actuación de otros doctores, pero no la suya puesto que no estaba de guardia para dar el alta ni, por tanto, cometió falta alguna.

8. En cuanto a la atención prestada al paciente x., todo se deriva de que el enfermo era del Dr. x. y lo había pasado a ella. Las cinco hijas que preguntaban cada una por su lado, no confiaban en las informaciones que ella les proporcionaba, siendo inducidas a denunciarla por el Dr. x., por lo que ella se acogió a los derechos que le otorga el artículo 5 de la Ley de Ordenación de Prestaciones y que el enfermo lo llevase otro médico.

9. Respecto a la atención prestada a la paciente x., conforme a su historial fue operada a corazón abierto el 17 de marzo de 2007, pero ni el 18 ni el 19 el médico que la atendía y operó paso a ver a la paciente. El día 20, comentada la negligencia, la enfermera había llamado ocho veces al cardiovascular, que, según declara, se negó a acudir, siendo entonces cuando la avisaron a ella que acude y comprueba que el problema es quirúrgico y hay que avisar al cardiovascular. El Dr. x., denunciado por ella, aduce que es obligación del internista de guardia acudir a valorar a la paciente, que es lo que ella hizo aunque el problema no era urgente y, por la hora, su médico estaba a punto de llegar. Ella no cometió ninguna falta aunque se quejara y así lo hizo constar en el historial clínico, de que el problema era quirúrgico y no de medicina interna.

**SEXTO.-** Con fecha 11 de junio de 2008 se inadmite el recurso por extemporáneo, si bien se entra a analizar también el fondo del asunto, rechazando las alegaciones formuladas por la x. y confirmando las sanciones impuestas.

Estas resoluciones, la disciplinaria y la Orden que inadmitió la alzada, fueron impugnadas judicialmente por la demandante dando lugar al Procedimiento Abreviado 863/2008 ante el Juzgado Contencioso Administrativo núm. 2 de los de Murcia, cuya vista estaba señalada para el 12 de abril de 2010, pero del que la demandante desistió cuatro días antes, el 8 de abril.

**SÉPTIMO.-** La interesada permanece en situación de suspensión de funciones desde el 6 de octubre de 2007, constando en el expediente los reiterados recursos en vía administrativa y jurisdiccional que han pretendido combatir esta situación y que no han merecido resoluciones favorables a la interesada en ninguna de tales vías, quedando pendientes de resolución diversos recursos de apelación.

**OCTAVO.-** Con fecha 12 de mayo de 2009, la x. solicita la revisión de oficio de actos nulos de pleno derecho del expediente disciplinario 1/2007 (sic), con resolución sancionadora de 29 de enero de 2008, del Director Gerente del SMS.

Según la interesada, en dichos actos concurren las siguientes causas de nulidad:

a) Lesionar derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional, que identifica con el derecho a la intimidad, que considera vulnerado cuando en la tramitación del procedimiento y para la adopción de las medidas cautelares, se comunica a diversas unidades administrativas, médicos, órganos públicos y reclamantes las actuaciones que se desarrollan; se publica en el

BORM y en la web el Pliego de Cargos y se ceden al instructor datos personales sobre una baja laboral que no tiene nada que ver con el expediente.

Se alega asimismo, la violación del derecho a la objeción de conciencia sanitaria, que dice vulnerado por recibir orden de una enfermera para acortar la agonía de un enfermo sedado, practicándole eutanasia, a lo que se niega.

Se dicen vulnerados, además, el derecho fundamental a ser informada de la acusación, porque el Pliego de Cargos no contiene los hechos de los que se le acusa; el derecho a la tutela judicial efectiva por falta de motivación de la resolución sancionadora tanto en referencia a los elementos del tipo infractor como a la modulación de las sanciones impuestas y por denegación de la práctica de pruebas solicitadas, lo que genera indefensión.

b) Ser dictados por órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia o del territorio, al versar sobre hechos no realizados por la interesada en el ejercicio de sus funciones, unos, y por ser el Director Gerente competente para resolver sobre faltas leves, no sobre las graves y muy graves ni para acordar la ejecución de las sanciones.

c) Ser actos constitutivos de infracción penal o dictados como consecuencia de ésta. Se refiere al cuarto cargo, que identifica con no haber acudido a efectuar eutanasia, que califica como delito.

También afirma que existen falsedades y coacciones en el desarrollo del expediente; que se ha omitido el deber de perseguir delitos (eutanasia y la muerte de otro paciente a manos de otra doctora, que le administró un medicamento contraindicado); prevaricación, como ha denunciado en la vía penal; discriminación y maltrato en el entorno laboral; delitos contra los trabajadores por haberle dado de baja indebidamente en la Seguridad Social; e injurias.

d) Ser dictados prescindiendo de las normas que contienen las reglas esenciales para la voluntad de los órganos colegiados (sic). Se afirma que los actos impugnados contienen los siguientes vicios:

- Medidas cautelares prorrogadas por más de seis meses. Considera que la Administración le incoó un nuevo expediente disciplinario, el 1/2008, como una mera patraña para poder prolongar la suspensión provisional.

- Aplicación incorrecta de las normas del concurso ideal de delitos en la determinación de la sanción a imponer.

- Instrucción realizada por funcionario incurso en causa de abstención.

- Que la corrección disciplinaria pretende extenderse a actuaciones realizadas fuera de su trabajo, cuando ya no estaba en el ejercicio de sus funciones.

- No permitirle actuar asistida de Letrado y desarrollarse las diligencias informativas a sus espaldas, sin poder actuar en ellas y defenderse.

- Omisión de relato de hechos en el Pliego de Cargos que, al no contener los elementos esenciales del hecho sancionable y su calificación jurídica, le origina indefensión.

- Vulneración del principio “sin dolo no hay sanción”.

- Vulneración del principio de legalidad y tipicidad, considerando que no existe infracción administrativa alguna en su actuación. Así:

\* En relación con la acusación de desobediencia, considera que no hubo tal, pues no debía obedecer una orden que constituye una infracción manifiesta del ordenamiento jurídico al impedirle disfrutar de su derecho al descanso laboral.

\* En relación con la acusación de cumplimentar indebidamente un parte de defunción, afirma que si el parte se ha cumplimentado no existe infracción y que entre sus funciones no se encuentra la de cumplimentar partes.

\* En relación a la acusación de no pasar visita ni cumplimentar la hoja de evolución del enfermo, se afirma que sus funciones son asistencial, docente, investigadora, preventiva, por lo que no pasar visita no conlleva incumplimiento de sus funciones.

\* En relación con la acusación de desconsideración a los pacientes y familiares por no informar, considera que *“si no informé es porque no hablé, sin hablar no existe desconsideración”*.

\* En relación con la acusación de no obedecer a la enfermera (sic), su función es mandar a la enfermera y someterla a su obediencia.

\* En relación con la acusación de desconsideración hacia los familiares por no acudir a informar, considera que si no acudió no es posible desconsiderar.

\*En relación con la acusación de no dar el alta, afirma que su obligación es dar el alta cuando lo cree conveniente.

- Vulneración del derecho a la presunción de inocencia que se produce ante la falta de motivación de porqué una determinada conducta realiza el tipo, lo que es especialmente exigible en tipos infractores definidos por conceptos jurídicos indeterminados como el de la grave desconsideración.

- Vulneración del principio de culpabilidad, pues las pruebas de cargo son declaraciones de personas con intereses personales en el asunto y tomadas sin conocimiento ni intervención de la expedientada.

- Improporcionalidad (sic) manifiesta.

Finaliza suplicando la declaración de nulidad del expediente 1/2007 (sic) y la suspensión de la ejecución de la sanción impuesta, una indemnización que no cuantifica y que se depositen en el juzgado cuantas cantidades debían haberle sido abonadas.

**NOVENO.-** Con fecha 7 de septiembre de 2009, el Servicio Jurídico de la Consejería de Sanidad y Consumo formula propuesta de inadmisión de la revisión de oficio instada por la interesada sobre la base de la existencia de un proceso contencioso-administrativo sobre los mismos actos objeto de impugnación y que la revisión no se basa en ninguna causa de nulidad, procediendo a rebatir las alegadas vulneraciones del ordenamiento jurídico que la interesada califica como tales.

Con base en el indicado informe y en la misma fecha, se elabora propuesta de Orden que firma la Consejera de Sanidad, inadmitiendo la solicitud de revisión de oficio.

**DÉCIMO.-** Recabado el preceptivo informe de la Dirección de los Servicios Jurídicos, se reciben diversos escritos de la interesada. En el primero, pretende extender la revisión de oficio a una supuesta “información reservada de 1 de septiembre de 2006”, de la que no hay constancia en el expediente (de esa fecha es una de las reclamaciones presentadas por el familiar de un paciente



y que forman parte de los antecedentes en que se basó la decisión de incoar la información reservada de 1 de marzo de 2007), y alega falta de motivación en la decisión de abrir la información reservada de 1 de marzo de 2007, de la que deriva el expediente disciplinario.

El segundo de los escritos, registrado de entrada el 13 de agosto de 2009, se califica como recurso extraordinario de revisión dirigido frente a una diligencia del Director Gerente del HUVA, de 3 de junio de 2009, que niega irregularidades en el procedimiento disciplinario. Pone de manifiesto la existencia de lo que la interesada califica como errores de hecho en la fecha de inicio de la información reservada, que determinaría la caducidad del procedimiento disciplinario; error de hecho en no apreciar irregularidades cuando el expediente 1/2007 no está motivado; error aritmético al sumar el tiempo total de la medida cautelar de suspensión provisional, que es de un total de nueve meses, cuando debería ser de un máximo de seis; error de hecho de no ingresar las percepciones económicas que considera adeudadas, de amenazar de embargo; error de hecho en el Pliego de Cargos por no contener relato de hechos y asignar las sanciones en abstracto; y error aritmético en la suma de las sanciones.

Emitidos sendos informes por el Servicio Jurídico de la Consejería de Sanidad y Consumo en los que se rebaten los argumentos de la interesada, se remiten a la Dirección de los Servicios Jurídicos.

El 30 de marzo de 2010 se recibe un nuevo escrito de la interesada en el que recuerda la obligación de resolver que pesa sobre la Administración, considerando que todavía no se ha producido resolución del procedimiento sancionador, pues la que recayó fue del Director Gerente del SMS, no la que debería haberse dictado del Director de Recursos Humanos por delegación del Director Gerente del SMS y que, por tanto, existe caducidad del procedimiento sancionador.

**UNDÉCIMO.-** El 28 de abril de 2010, la Dirección de los Servicios Jurídicos evacua el informe solicitado, que tras un minucioso y extenso análisis de las alegaciones invocadas por la interesada, concluye afirmando la improcedencia de la revisión instada.

**DUODÉCIMO.-** Con fecha 18 de mayo el Servicio Jurídico de la Consejería de Sanidad y Consumo elabora propuesta de Orden desestimatoria de la revisión de oficio, con base en los argumentos expuestos por la Dirección de los Servicios Jurídicos, que reproduce en su mayoría.

En tal estado de tramitación y una vez incorporados los preceptivos índice de documentos y extracto de secretaría, se remitió el expediente en solicitud de Dictamen, mediante escrito recibido en el Consejo Jurídico el pasado 28 de mayo de 2010.

Con posterioridad, la Consejería consultante remite copia de sentencia núm. 425/10 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, de 14 de mayo, por la que se desestima el recurso de apelación interpuesto frente a sentencia que inadmitió el recurso contencioso-administrativo planteado por la interesada contra la resolución de 9 de julio de 2008, por la que se ejecuta la resolución que puso fin al expediente disciplinario.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

#### **PRIMERA.- Carácter y alcance 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.

Este Dictamen se contrae de forma estricta al análisis de las causas de nulidad invocadas por la actora en su solicitud de revisión de oficio, sin entrar a conocer de las alegaciones vertidas en un procedimiento diferente, el iniciado por la interesada el 13 de agosto de 2010, mediante la interposición de recurso extraordinario de revisión contra un acto distinto a aquél cuya nulidad se solicita en el procedimiento de revisión de oficio, considerando, además, que nuestro Dictamen no es preceptivo en la resolución del recurso extraordinario de revisión y que la consulta efectuada por la Consejería se contrae al procedimiento de revisión de oficio.

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

El artículo 102.1 LPAC establece que las Administraciones Públicas, en cualquier momento, por iniciativa propia o a solicitud de interesado (circunstancia que concurre en el presente supuesto), y previo Dictamen favorable del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma, declararán de oficio la nulidad de los actos administrativos que hayan

puesto fin a la vía administrativa, o que no hayan sido recurridos en plazo, en los supuestos previstos en su artículo 62.1.

#### 1. Requisito temporal.

Los actos administrativos impugnados por la interesada mediante la acción de nulidad que da lugar al presente procedimiento de revisión de oficio son los integrantes del expediente disciplinario 1/2007. Comoquiera que los actos relativos a la imposición de la medida cautelar de suspensión provisional de funciones ya han sido objeto de un pronunciamiento judicial que los declara ajustados a derecho (sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 6 de Murcia, de fecha 16 de diciembre de 2008, página 908 del expediente), cuyo efecto de cosa juzgada veda nuestra intervención, ésta habrá de centrarse, de forma congruente con las restantes alegaciones de la interesada, en la Resolución de 29 de enero de 2008, del Director Gerente del SMS, que pone fin al procedimiento disciplinario e impone a la expedientada diversas sanciones.

De apreciarse motivo de nulidad, no existe límite temporal para la resolución del procedimiento, ya que la declaración de oficio de aquella puede efectuarse en cualquier momento (artículo 102.1 LPAC), siendo imprescriptible el ejercicio de la acción.

#### 2. Procedimiento y órgano competente para la declaración de nulidad.

a) Respecto al procedimiento de revisión seguido, cabe afirmar que, en general, se ha ajustado a lo dispuesto en el artículo 102.2 LPAC, pues consta la audiencia a la interesada, la solicitud y emisión del preceptivo informe de la Dirección de los Servicios Jurídicos, habiéndose formulado propuesta de resolución y solicitado la emisión del presente Dictamen.

b) La Consejera de Sanidad y Consumo es competente para resolver el procedimiento iniciado por la acción de nulidad ejercitada por la interesada, conforme a lo establecido en los artículos 16.2, letra g) y 33.1, letra b) de la Ley 7/2004, de 28 de diciembre, de Organización y Régimen Jurídico de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.

**TERCERA.- De las causas de invalidez alegadas: depuración de las determinantes de nulidad de los actos administrativos.**

El carácter extraordinario ("*cauce de utilización excepcional y de carácter limitado*"), según el Dictamen del Consejo de Estado núm. 3.380/98, de 8 de octubre) que es propio de los

procedimientos de revisión de oficio que, en franca pugna con el principio de seguridad jurídica, deriva de su virtualidad para dejar sin efecto actos administrativos que han devenido firmes, impone una interpretación estricta de las normas reguladoras de esta vía impugnatoria y de las causas de nulidad que habilitan su uso, pues en definitiva se trata de abrir un nuevo debate fuera de los plazos preclusivos normales, sobre actos administrativos firmes y que, en el supuesto sometido a consulta han sido objeto, incluso, de impugnación ante los órganos jurisdiccionales, como ha ocurrido respecto de la medida de suspensión provisional de funciones impuesta a la interesada e, incluso, respecto de la propia resolución sancionadora, la cual sin embargo, no llegó a ser objeto de análisis por el órgano judicial dado el desistimiento de la actora, el 8 de abril de 2010, cuatro días antes de la fecha señalada para la vista. Esta actitud procesal y la ausencia de actuación alguna de la interesada en la vía administrativa con posterioridad a dicha fecha, podrían hacer dudar del mantenimiento de la pretensión impugnatoria de la resolución sancionadora, si bien, no habiéndose producido el oportuno desistimiento respecto de la revisión de oficio por ella instada, procede continuar el procedimiento hasta su resolución.

En cualquier caso, y atendido el extraordinario carácter de la revisión de oficio, este Dictamen se contrae de forma estricta a la determinación de si en el supuesto sometido a consulta concurren las concretas causas de nulidad alegadas, por contraste con los recursos que permiten una plena cognición de cualesquiera argumentaciones para apoyar las pretensiones de la recurrente. En consecuencia, no se efectúa una valoración de la actuación administrativa desarrollada, más allá de lo que sea estrictamente necesario para determinar si se dan las circunstancias legales habilitantes para declarar la nulidad de los actos administrativos impugnados.

Comoquiera que la interesada esgrime causas de invalidez de diversa índole entre las que incluye algunas que, de existir, no darían lugar a la nulidad de los actos impugnados, sino, a lo sumo, a su anulabilidad ex artículo 63.1 LPAC, el análisis de aquéllas únicamente será preciso en la medida en que pudiera integrar alguna de las causas de nulidad invocadas, por lo que procede efectuar una depuración de los motivos de invalidez para centrar el objeto del Dictamen, labor ésta especialmente recomendable ante la asistemática argumentación del escrito de impugnación.

Así, son causas de anulabilidad que no habilitan a la Administración para proceder a la revisión de oficio solicitada, las siguientes:

- a) Desviación de poder.

Según la interesada, la Consejería de Sanidad la expedienta como medida coactiva para amedrentarla y que no siga reclamando el pago de diversas cantidades que la Administración le adeuda como consecuencia de una sentencia judicial previa. Asimismo, considera que la incoación de un segundo expediente disciplinario, el 1/2008, se hizo únicamente para posibilitar mantenerla en suspensión provisional de funciones, dado el agotamiento de plazo máximo de tal suspensión, que era de seis meses.

Sin perjuicio de lo ya indicado en anteriores consideraciones acerca de la imposibilidad de entrar a conocer sobre las medidas provisionales cuya adecuación a derecho ha sido ya declarada por un órgano judicial, cabe recordar que el ejercicio de las potestades administrativas para fines distintos a aquellos para los que se conceden constituye la denominada desviación de poder, infracción del ordenamiento jurídico a la que el artículo 63.1 LPAC anuda como consecuencia la anulabilidad del acto dictado, no la nulidad.

b) La falta de competencia del Gerente del Hospital para dictar Acuerdo de ejecución, pues sus competencias sancionadoras se limitan a las faltas leves.

La incompetencia que puede determinar la nulidad del acto administrativo es la manifiesta por razón de la materia o del territorio, nunca la jerárquica, que en definitiva es la que podría llegar a concurrir en el supuesto indicado si se acogiera la interpretación de la interesada, para quien la competencia correspondería a órganos superiores del indicado, como el Director Gerente del SMS o su Director de Recursos Humanos.

c) La errónea aplicación de las normas del concurso ideal de delitos para la fijación de la sanción.

Se refiere la interesada a la aplicación que el instructor hace de las normas para la fijación de la sanción correspondiente a cada infracción, trasladando al ámbito sancionador administrativo reglas de cómputo propias del Derecho Penal, cuando un mismo hecho de la expedientada ha dado lugar a la comisión de varias faltas disciplinarias. Comoquiera que la alegación se limita a señalar que el instructor comete un error al aplicar las normas sobre el cómputo de la sanción, y que, si se hubiera aplicado correctamente, conforme a la interpretación que de dichas normas realiza la interesada, el resultado habría sido otro, no es posible incardinar tal pretendida infracción del ordenamiento jurídico entre las causas de nulidad enumeradas por el artículo 62.1 LPAC, lo que determina que, de existir el alegado error en la aplicación de la norma, que no se aprecia, no sería causante de nulidad sino meramente de anulabilidad.

d) La actuación del instructor, incurriendo en causa de abstención, por ser asesor del mandatario (sic).

Para la actora, al ser el instructor asesor del Director Gerente del SMS, incurriría en causa de abstención, lo cual fue rechazado en el incidente de recusación instruido al efecto. La mera alegación de esta causa de abstención no puede dar lugar a la declaración de nulidad pretendida, a menos que se acreditara que la actuación de instructor incurrido en causa de abstención generó a la interesada un déficit de sus posibilidades de defensa, afectando así a las garantías propias del procedimiento disciplinario, cuya vulneración, como más adelante se indicará sí puede ser merecedora del recurso de amparo constitucional. En el supuesto sometido a consulta, sin embargo, la actora no efectúa esta conexión entre deber de abstención y lesión de derecho fundamental, sino que se limita a alegar la mera vulneración del artículo 28 LPAC, lo que no puede interpretarse como incardinable en ninguna de las tasadas causas de nulidad del artículo 62.1 LPAC, máxime porque el Tribunal Constitucional (STC 74/2004) niega que la vulneración del régimen administrativo de abstención y recusación pueda ser objeto de recurso de amparo.

**CUARTA.- De las causas de nulidad alegadas (I): actos que lesionan derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional.**

Para la interesada la resolución sancionadora lesiona los siguientes derechos:

1. Derecho a la intimidad.

En el supuesto sometido a consulta, y al margen de las alegaciones que se refieren a las medidas cautelares, ámbito vedado a la cognición de este Consejo Jurídico dada la cosa juzgada que sobre tales medidas opera, la actuación que se dice vulneradora consiste en dar a conocer a una compañera de la expedientada el Pliego de Descargos de ésta, lo que determina la incoación de un nuevo expediente disciplinario como consecuencia de las consideraciones allí vertidas por la Dra. x. No obstante, en tal caso, la hipotética vulneración del derecho a la intimidad podría determinar la nulidad de las actuaciones en ese nuevo expediente disciplinario, pero no en el sometido a revisión, el 1/2007, en cuya resolución no tiene trascendencia alguna la revelación a otra Doctora del contenido del indicado documento.

Del mismo modo, la actora lo considera vulnerado cuando en la tramitación del procedimiento y para la adopción de las medidas cautelares, se comunica a diversas unidades

administrativas, médicos, órganos públicos y reclamantes las actuaciones que se desarrollan; se publica en el BORM y en la web el Pliego de Cargos y se ceden al instructor datos personales sobre una baja laboral que no tiene nada que ver con el expediente.

Frente a esta alegación, cabe recordar que, como se indica en la STSJ de Valencia, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 8 de julio de 2009, con carácter general, el Tribunal Constitucional ha entendido que la imposición de penas o sanciones disciplinarias no vulnera el derecho al honor ni a la intimidad (STC 50/1983 o STC 227/1992), sin perjuicio de que tales derechos puedan resultar afectados por la publicidad que pueda tener un caso concreto (ATC 150/1984). Por su parte, el artículo 8.1 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección del Honor, la Intimidad Personal y la Propia Imagen dispone que “no se reputarán, con carácter general, intromisiones ilegítimas las actuaciones autorizadas o acordadas por la autoridad competente de acuerdo con la ley...”, precepto éste que ha permitido al Tribunal Constitucional considerar en alguna ocasión que no vulnera el artículo 18 CE la publicación del acuerdo por el que se impone una sanción disciplinaria (STC 165/1995).

En el supuesto sometido a consulta, la alegación de ilegítima intromisión en el derecho a la intimidad de la encartada se produce con ocasión del intento de notificación edictal a la misma de las actuaciones (Pliego de Cargos) derivadas del expediente disciplinario, en cumplimiento de las normas reglamentarias que lo rigen y por parte de quien tiene encomendada la función instructora del mismo y ante las dificultades para proceder a la notificación personal de la interesada, por lo que no se advierte vulneración del derecho a la intimidad.

Tampoco puede calificarse como tal vulneración con eficacia revisora de las actuaciones disciplinarias, la incorporación al expediente del documento de alta tras la baja laboral padecida por la interesada entre el 16 de agosto y el 30 de septiembre de 2007, el cual, en contra de lo afirmado por la Dra. x., sí tiene relación con el procedimiento disciplinario, desde el momento en que esgrime su situación de baja laboral para excusar su declaración ante el instructor, tras ser citada al efecto para el 20 de agosto (folio 392 del expediente). La incorporación del citado documento al procedimiento disciplinario se enmarca entre las diligencias de averiguación que son propias de la instrucción y, en consecuencia, no cabe calificarla de intromisión ilegítima en la intimidad de la interesada.

En cualquier caso, la expedientada tiene abiertos los cauces legales que considere oportunos, pero ello no es un elemento que invalide las actuaciones practicadas.

## 2. Derecho a la objeción de conciencia sanitaria, al amparo del artículo 16 CE.

La Dra. x. considera que la vulneración deriva de recibir una orden de una enfermera para acortar la agonía de un enfermo sedado, practicándole eutanasia, a lo que se niega.

En los términos en los que se expresa la interesada, parece referirse al incidente ocurrido en relación con el aviso de enfermería que se cursó para la asistencia al paciente terminal x. el 7 de enero de 2007, dado que en el resto de eventos a que se contrae el expediente disciplinario no se adivinan actuaciones acordes con la situación que plantea la Dra. x.

De la lectura de la resolución sancionadora se desprende que las infracciones que se le imputan son el incumplimiento de sus funciones o de las normas reguladoras del funcionamiento de los servicios (art. 72.3, letra c), del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud (EMPESS), aprobado por Ley 55/2003, de 16 de diciembre), por no acudir al aviso de la enfermera para valorar al paciente terminal y ajustar el tratamiento, derivando la información y la responsabilidad hacia el personal de enfermería, cuando la responsabilidad era suya como internista de guardia; y la grave desconsideración con los usuarios (art. 72.3, letra d, EMPESS), por la cometida hacia los familiares del paciente que, ante la falta de asistencia, no son informados ni tranquilizados del posible e inmediato desenlace.

De los hechos que se describen en la resolución sancionadora respecto de este incidente, se desprende que la Dra. x. no es sancionada por negarse a anticipar la muerte al paciente, como ella misma parece interpretar, sino que la conducta infractora se circunscribe a la falta de la asistencia debida al paciente (valoración del mismo, comprobación del tratamiento pautado y ajuste de analgesia, en su caso, cabe añadir que no necesariamente en dosis fatal) y a sus familiares (información sobre la situación clínica).

No se advierte, en consecuencia, vulneración alguna del derecho a la libertad ideológica o de conciencia, en su variante de objeción de conciencia, pues la interpretación de los hechos que realiza la interesada y que fundamentan dicha alegación no resulta acreditada por las pruebas obrantes en el expediente.

## 3. Derecho fundamental a ser informada de la acusación.

Afirma la interesada que la lesión de este derecho se produce porque el Pliego de Cargos no contiene los hechos de los que se le acusa.



El derecho invocado, cuya consagración constitucional se efectúa en el artículo 24.2 CE, entre otras garantías procesales, implica la necesidad de dar a conocer al sometido a procedimiento la imputación formulada de forma expresa y en términos que no sean absolutamente vagos o indeterminados, con el fin de posibilitar el ejercicio del derecho de defensa, pues mal puede defenderse de algo quien no sabe qué hechos en concreto se le imputan (por todas, STC 299/2006, de 23 de octubre, FJ 2).

Con independencia de la cuestión de si es aplicable, y en qué medida, esta específica garantía del proceso penal al ámbito sancionador-disciplinario (al respecto, STC 129/2006, de 24 de abril, FJ 7), dado que las garantías del proceso penal sólo se proyectan sobre el procedimiento administrativo sancionador *“en la medida en que sea necesaria para preservar los valores esenciales que se encuentran en la base del precepto (art. 25.1 CE), y con el alcance que requiere la finalidad que justifica la previsión constitucional”* (SSTC 18/1981, de 8 de junio, FJ 2, y 14/1999, de 22 de febrero, FJ 3), se ha destacado que este derecho, en su proyección en el ámbito administrativo sancionador, no implica que en la fase de inicio del procedimiento disciplinario exista obligación de precisar de forma absoluta los hechos y la calificación jurídica correspondiente, sino que la imputación puede ir precisándose de forma gradual al desarrollo del procedimiento siempre que se dé *“ocasión de defenderse de la acusación de forma plena desde el momento en que la conoce de forma plena”* (por todas, STC 129/2006, de 24 de abril, FJ 7).

En el supuesto sometido a consulta, el Pliego de Cargos contiene una expresa y concreta imputación de las infracciones cometidas y una sucinta exposición de los hechos que constituyen el elemento fáctico del tipo infractor, con su correspondiente calificación jurídica. Además, al inicio del expediente disciplinario se facilita a la interesada una copia completa de las diligencias realizadas con ocasión de la información reservada que antecede al expediente disciplinario (folio 305 del remitido a este Consejo Jurídico), constanding en ellas el informe-propuesta de incoación de dicho expediente en el que se realiza una minuciosa y detallada exposición de los hechos que se imputan a la interesada. Del mismo modo, en la propuesta de resolución que pone a fin a la fase de instrucción del procedimiento sancionador (folios 589 y siguientes del expediente), una vez más, se concretan y relatan de forma extensa y detallada los hechos de los que se acusa a la interesada, lo que para la STC de 21 de mayo de 2007 excluye que se haya vulnerado el derecho de la interesada a ser informada de la acusación.

Cabe recordar, además, con la STSJ Baleares, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 18 de junio de 2004, que *“al igual que sucede en el campo del Derecho penal -que por su naturaleza reclama aún más garantías que el campo sancionador administrativo- a los efectos de*

*satisfacer las exigencias del derecho a ser informado y conocer la acusación como instrumento para poder ejercer de forma efectiva el derecho de defensa, la STC de 1 de diciembre de 2003 recuerda que no se exige detallar de forma exhaustiva los hechos, sino que resulta suficiente con que la acusación contenga los hechos relevantes y esenciales para efectuar una calificación jurídica e integrar un determinado delito (STC 87/2001, de 2 de abril)".*

En este sentido, analizando ya el procedimiento disciplinario regulado en el Real Decreto 33/1986, de 10 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Régimen Disciplinario de los Funcionarios de la Administración del Estado (en adelante RD 33/1986), que es aplicable con carácter supletorio en ausencia de normativa específica (art. 3), ha de destacarse que, en el supuesto sometido a consulta, se han cumplimentado los siguientes trámites esenciales que tienen que ver con el derecho a ser informado de la acusación: a) notificación a la funcionaria de la incoación del procedimiento con el nombramiento de instructor y secretario y toma de declaración de la misma (arts. 31 y 34.2); b) notificación del pliego de cargos, en el que consten los hechos imputados, con expresión de la falta cometida y de las sanciones que puedan ser de aplicación (arts. 35.1 y 36); c) vista de las diligencias practicadas antes de redactar la propuesta de resolución (art. 41); d) notificación de la propuesta de resolución, que fijará con precisión los hechos, motivando, en su caso, la denegación de las pruebas propuestas por la inculpada, conteniendo además la valoración jurídica de los mismos para determinar la falta que se estime cometida y señalando la responsabilidad de la funcionaria así como la sanción a imponer (arts. 42 y 43); y e) resolución motivada que ponga fin al procedimiento disciplinario, en la que no se contienen hechos distintos de los que sirvieron de base al pliego de cargos y a la propuesta de resolución (art. 45.2).

4. Derecho a la tutela judicial efectiva por falta de motivación de la resolución sancionadora y por denegación de la práctica de pruebas solicitadas, lo que genera indefensión.

El derecho fundamental susceptible de amparo constitucional que se cita como vulnerado es la tutela judicial efectiva del artículo 24 CE. Como su propio nombre indica, este derecho tiene su ámbito propio de ejercicio ante los órganos judiciales, no ante la Administración (Dictamen del Consejo de Estado 498/2010), si bien las garantías procesales que a ella se anudan (derecho de defensa, a ser informado de la acusación, a utilizar los medios de prueba pertinentes, a la presunción de inocencia, etc.) pueden ser extendidas, con los matices antes expuestos, al ámbito sancionador-disciplinario y considerar que su infracción puede conllevar una vulneración de un derecho fundamental susceptible de amparo constitucional.

a) La ausencia de motivación de la resolución sancionadora: inexistencia.

Para la interesada, la resolución sancionadora carece de motivación propia pues se limita a reproducir la propuesta de resolución, lo que le genera indefensión, al impedirle alegar frente a la misma.

Olvida la actora que, de conformidad con el artículo 89.5 LPAC, la aceptación de informes o dictámenes servirá de motivación a la resolución cuando se incorporen al texto de la misma.

En relación con procedimientos sancionadores, el Consejo de Estado ha aceptado expresamente esta forma de motivar las resoluciones sancionadoras, incluso por simple remisión (motivación "in aliunde"), en Dictamen 1699/2001, cuando señala *"en segundo lugar debe examinarse la alegación de haber sido lesionado el contenido esencial del derecho del interesado a su defensa y a la tutela judicial efectiva, por falta de motivación suficiente de la resolución sancionadora. A juicio de este Consejo de Estado esta alegación carece de fundamento en este expediente (de forma similar a lo estimado en otros dictámenes, como el número 273/98), por cuanto la resolución contiene remisiones a diversos informes y a la propuesta del instructor, cuya fundamentación debe considerarse incorporada a la resolución que se remite a ellos"*.

En el supuesto sometido a consulta, los términos en los que se expresa la resolución sancionadora, que recoge textualmente la propuesta de resolución, en la que se hace una detallada y extensa exposición de los hechos que se imputan a la actora, así como de su calificación jurídica y de determinados elementos que son tenidos en consideración para la concreta graduación de las sanciones, hacía perfectamente viable la defensa de la interesada y la tutela judicial efectiva de sus derechos e intereses legítimos, como demuestra la profusa actividad impugnatoria desarrollada tanto en vía administrativa, mediante la interposición del oportuno recurso de alzada frente a la resolución sancionadora, como los diferentes recursos contencioso-administrativos presentados frente a diversas actuaciones del expediente sancionador y contra la resolución que les ponía fin, la cual, si no ha sido objeto de pronunciamiento judicial, lo ha sido por el libre y expreso desistimiento de la interesada, no por una eventual e inexistente ausencia de motivación del acto ahora impugnado en revisión.

En íntima relación con esta alegación se encuentra la formulada en escrito de 8 de septiembre de 2009, posterior a la solicitud de revisión de oficio, en el que la actora aduce la nulidad de la información reservada por falta de motivación de la misma. Un somero análisis de la documentación de dichas diligencias informativas permite rechazar la alegación de falta de motivación, toda vez que tanto el acuerdo de iniciación como la propuesta de resolución que le

pone fin muestran las razones que llevan al órgano instructor a tomar cada una de dichas decisiones, siendo la motivación de cada uno de tales actos acorde con su naturaleza y cumpliendo con las exigencias del artículo 54 LPAC, en tanto que ambos contienen una sucinta referencia a los hechos y fundamentos de derecho en que se basa.

Por otra parte, en la medida en que la falta de motivación se pretende conectar a una supuesta vulneración del derecho de defensa de la actora, ha de recordarse que viene referida a la fase de información previa, la cual no finaliza mediante un acto capaz de afectar a los derechos e intereses de la actora, sino que únicamente persigue la finalidad de determinar la conveniencia o no de incoar un expediente disciplinario, lo que relativiza de forma sustancial la exigencia en el desarrollo de dichas actuaciones de las garantías constitucionales propias del derecho punitivo, que serán exigibles de forma mucho más intensa en el seno del expediente disciplinario, no durante la información reservada, como en consideraciones sucesivas se indica.

b) Indebida denegación de práctica de prueba testifical propuesta.

Para la interesada, la denegación por el instructor de la prueba consistente en el testimonio de los familiares del enfermo terminal x. le genera indefensión, al privarle de un elemento esencial para su defensa.

El derecho a proponer prueba es instrumental respecto del de defensa, de tal forma que sólo podrá dar lugar a la nulidad del acto administrativo cuando se produzca real indefensión, en los términos en que ha sido entendida por la jurisprudencia, esto es, cuando la infracción denunciada se traduce en un impedimento o limitación improcedente del derecho de alegar en el proceso los propios derechos o intereses, de oponerse y replicar dialécticamente las posiciones contrarias, en el ejercicio del indispensable derecho de contradicción, o de acreditar en el proceso hechos relevantes para su resolución o sentido de la decisión (SSTS de 7 de marzo de 2006 y 29 de junio de 1999, y STC 51/1985, de 10 de abril, entre otras muchas). De este modo la denegación de prueba o la falta de su práctica, en determinadas circunstancias, puede provocar indefensión.

El derecho a la utilización de los medios de prueba pertinentes para la defensa, que consagra el artículo 24.2 de la Constitución, según refiere el Tribunal Constitucional en sentencias 74/2004, 165/2004, 3/2005 y 244/2005, entre otras muchas, tiene el siguiente significado y contenido constitucionales:

- Este derecho fundamental, que opera en cualquier tipo de proceso en que el ciudadano se vea involucrado, no comprende un hipotético derecho a llevar a cabo una actividad probatoria ilimitada en virtud de la cual las partes estén facultadas para exigir cualesquiera pruebas que tengan a bien proponer, sino que atribuye solo el derecho a la recepción y práctica de las que sean pertinentes (STC 168/1991).

- Puesto que se trata de un derecho de configuración legal, es preciso que la prueba se haya solicitado en la forma y momento legalmente establecidos (STC 149/1987).

- Corresponde a los Jueces y Tribunales el examen sobre la legalidad y pertinencia de las pruebas, no pudiendo el Tribunal Constitucional sustituir o corregir la actividad desarrollada por los órganos judiciales, como si de una nueva instancia se tratase. El juicio de constitucionalidad se limita a controlar las decisiones judiciales dictadas en ejercicio de dicha función, cuando se hubieran inadmitido pruebas relevantes para la decisión final sin motivación alguna o mediante una interpretación y aplicación de la legalidad arbitraria o irrazonable o cuando la falta de práctica de la prueba sea imputable al órgano judicial.

- Es necesario asimismo que la falta de actividad probatoria se haya traducido en una efectiva indefensión del recurrente, o lo que es lo mismo, que la prueba sea “decisiva en términos de defensa”. La anterior exigencia impone al recurrente la carga de razonar la relación entre los hechos que se quisieron y no se pudieron probar y las pruebas inadmitidas (STC 149/1987).

A la luz de esta doctrina no puede afirmarse que la denegación de la práctica de la prueba constituya una vulneración del derecho de defensa de la interesada. En efecto, la proposición de la testifical se realiza en un momento inidóneo para ello, pues la interesada la solicita en escrito de 23 de julio de 2007, tras recibir la notificación del acuerdo de iniciación del expediente disciplinario. El pliego de cargos es de fecha 27 de agosto de 2007 y fue notificado a la interesada el 1 de octubre de ese mismo año. Frente a él presenta la expedientada pliego de descargos. Este es el momento procedimental oportuno para proponer prueba, de conformidad con lo establecido en el artículo 36 RD 33/1986, y así lo hace la interesada, quien en relación con el incidente de referencia, únicamente solicita que se incorpore la historia clínica del paciente, sin reiterar la testifical anteriormente solicitada.

El marcado carácter preclusivo de la proposición de pruebas en el procedimiento administrativo sancionador ha sido puesto de manifiesto por la jurisprudencia, al indicar que *“si bien es cierto que de conformidad con los artículos 79 de la Ley 30/1992 y 3.2 del Real Decreto*

1398/1993, los interesados pueden, en cualquier momento del procedimiento anterior al trámite de audiencia, aducir alegaciones y aportar documentos u otros elementos de juicio, no es menos cierto que la proposición de prueba es un trámite preclusivo, por lo que no procede la admisión de la prueba propuesta fuera de plazo" (STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 1 de marzo de 2010). En atención a la doctrina expuesta, la inadmisión de la prueba testifical propuesta en un momento procedimental inidóneo no daría lugar a la nulidad del acto impugnado.

En cualquier caso, el instructor del procedimiento disciplinario inadmite la prueba calificándola de innecesaria, al considerar que no aportará información adicional a la que ya consta en el expediente ni servirá para desvirtuar los hechos denunciados.

Este razonamiento, que *a priori* podría ser tachado de arbitrario y meramente especulativo en la medida en que el instructor anticipa el resultado de la prueba, en el contexto del expediente y atendidas las alegaciones que la interesada pretende sustentar en la prueba propuesta, no puede calificarse de absolutamente irrazonable o arbitrario. En efecto, al margen de las diferentes versiones ofrecidas por la expedientada acerca del incidente en las sucesivas ocasiones en las que lo ha descrito -manifestando inicialmente no recordar nada (folio 255 del expediente), negando los hechos, después, e interpretando que se trataba de un caso de eutanasia en el que no quería participar (folio 360 del expediente), y finalmente acusando a la enfermera de mentir, afirmando que sí acudió a valorar el enfermo (recurso de alzada)-, lo cierto es que la documentación clínica incorporada al expediente a petición de la propia interesada muestra que ésta no acudió a visitar al enfermo, pues en la hoja de evolución clínica, en relación al día de los hechos, el 7 de enero de 2007, únicamente consta la anotación efectuada por el Jefe de la Guardia, que hubo de acudir ante la negativa de la expedientada a hacerlo, sin que obre nota alguna de ésta (folio 458 del expediente). Del mismo modo, en las hojas de observaciones de enfermería (folio 465 del expediente) se hace constar que tras avisar al Médico Internista de Guardia (Dra. x) para que suba a hablar con la familia, se niega, avisando al Jefe de la Guardia de Médicos que acude enseguida. Del mismo modo, las declaraciones tanto del Jefe de la Guardia de ese día como de la enfermera que requirió la presencia de los médicos corroboran la negativa de la internista de guardia a acudir a valorar el enfermo y a informar a los familiares.

En definitiva, la motivación que determina la denegación de la prueba propuesta no puede ser tachada de arbitraria o irrazonable, no advirtiéndose en el indicado rechazo causa de nulidad alguna, toda vez que la prueba no llegaría a ser necesariamente exculpatoria o, lo que es lo mismo, decisiva en términos de defensa.

c) Vulneración de los derechos a actuar asistida de Letrado y a intervenir en las diligencias informativas previas.

Afirma la interesada que no se le ha permitido actuar asistida de Letrado y que no se le permitió intervenir en las diligencias informativas previas, que fueron realizadas completamente a sus espaldas.

En relación con la primera de las alegaciones, consta en el expediente la Resolución del Director Gerente del HUVA de 1 de marzo de 2007, por el que acuerda iniciar la fase de información reservada que derivará en el expediente disciplinario contra cuya resolución actúa la interesada en este procedimiento revisor. Ya en ese acuerdo de incoación se reconoce expresamente a la interesada el derecho a actuar asistida de letrado, a formular alegaciones y a proponer pruebas, derechos que se reiteran en el acuerdo de incoación del procedimiento disciplinario, sin que conste actuación alguna en el expediente remitido a este Consejo Jurídico de la que pueda desprenderse que se ha lesionado el derecho alegado.

En relación con la no intervención de la interesada en el desarrollo de la fase de información reservada, cabe recordar que el Tribunal Supremo sostiene que *"En cuanto a la información reservada no es posible pretender que se oyera al Sr. D., pues la misma supone una actividad depuradora o de tamiz en los órganos colegiados para evitar la decisión de abrir o no un expediente, pero no puede pretender equipararse esta actividad a la puramente disciplinaria con un expediente (...) pero ya ha quedado expuesto que la propia naturaleza de la "información reservada" hace no sólo innecesario, en cuanto no se trata de un expediente disciplinario, sino hasta conveniente no dar participación al interesado"* (STS, de 5 de octubre de 1992).

De hecho, incluso ya dentro del procedimiento disciplinario propiamente dicho, tampoco es obligatoria la presencia del expedientado en la toma de declaraciones testificales previas a la formulación del pliego de cargos, como recuerda el Tribunal Constitucional, en Sentencia 14/1999, de 22 de febrero, al señalar que *"con relación a la supuesta lesión del derecho de defensa que se imputa a la toma de declaraciones testificales por el Instructor, llevada a cabo sin la asistencia del recurrente, antes de formular el pliego de cargos, ha manifestado no poder compartir la tesis expuesta, pues, "... equivocadamente parte de la mimética aplicación en la fase de investigación de las garantías de contradicción exigibles en el acto del juicio oral, para después trasladar esta errónea conclusión al procedimiento administrativo sancionador. (...) Mas no cabe olvidar que las declaraciones testificales de que aquí se habla se produjeron en la fase previa a la formulación del pliego de cargos, cuando aún no estaba ni tan siquiera concretada la imputación inicial. No*

*estamos, por ello, ni ante pruebas que hayan servido para fundar la decisión sancionadora, por cuanto hubo después plena posibilidad de contradecirlas y aún de reiterarlas, ni ante un proceso penal en el que, "ex lege", se exige la comunicación de la imputación tan pronto como ésta se formule. (...) Pero la materialidad de esa indefensión, que constituye el objeto de nuestro análisis, exige una relevante y definitiva privación de las facultades de alegación, prueba y contradicción que desequilibre la posición del imputado, lo que en este caso no se ha producido. Pues aun si admitiéramos, a efectos puramente dialécticos, que hubo retraso en dar entrada en el procedimiento al recurrente, se constata que en este caso no se realizó la instrucción a espaldas del investigado, sino que desde que sea ella intervino, y lo hizo plenamente a partir de la notificación del pliego de cargos, lo hizo con plenas facultades de defensa, pudiendo proponer, practicar y asistir a cuantas diligencias quiso".*

Al margen de lo expuesto, lo cierto es que la actora ha tenido en su mano, por la vía de la oportuna prueba, proponer nuevamente la testifical de las mismas personas cuya declaración fue tomada en la fase de información previa, si estimaba que en algún extremo faltaban a la verdad o si consideraba que alguno de sus testimonios requería de aclaración. Nada de ello ha sido hecho por la interesada, quien ha acompañado con su omisión aquella posible primera infracción; de modo que la no intervención de la encartada en las diligencias informativas previas, al no afectar final y materialmente a la contradicción ni al derecho de defensa, no puede llevar a declarar como producida infracción de derecho alguno.

**QUINTA.- De las causas de nulidad alegadas (II): actos constitutivos de infracción penal o dictados como consecuencia de ésta.**

Afirma la interesada que el cuarto cargo se le imputa por no haber acudido a efectuar eutanasia, que califica como delito.

También manifiesta que existen falsedades y coacciones en el desarrollo del expediente; que se ha omitido el deber de perseguir delitos (eutanasia y la muerte de otro paciente a manos de otra doctora, que le administró un medicamento contraindicado); prevaricación, como ha denunciado en la vía penal; discriminación y maltrato en el entorno laboral; delitos contra los trabajadores por haberle dado de baja indebidamente en la Seguridad Social; e injurias.

El artículo 62.1 LPAC establece que son nulos de pleno derecho los actos de las Administraciones Públicas que "*sean constitutivos de infracción penal o se dicten como consecuencia de ésta*" (art. 62.1, letra d).



La dicción legal de esta causa de nulidad consistente en que el acto sea constitutivo de infracción penal o se dicte como consecuencia de ésta no genera grandes problemas interpretativos en cuanto a su contenido, pero sí respecto a la forma o mecanismo como ha de aplicarse.

En efecto, para que se dé esta causa de nulidad, el acto administrativo bien ha de ser en sí mismo constitutivo de infracción penal o bien su dictado ha de derivar de la comisión de un ilícito penal, que antecede al propio acto administrativo, insertándose en su procedimiento de elaboración e influyendo decisivamente en su contenido. En este supuesto, para poder declarar la nulidad del acto, la previa infracción penal ha de encontrarse en una relación de causalidad clara respecto de aquél, siendo determinante del mismo.

En cualquier caso, para que pueda estimarse que concurre esta causa de nulidad es preciso que previamente el órgano de la jurisdicción penal competente lo haya así declarado (Dictámenes 69/2002 y 147/2010 de este Consejo Jurídico, STSJ Castilla y León 2418/2000, de 29 de diciembre, y SAN de 26 de noviembre de 2003, entre otras), lo que no sucede en este caso, de lo que sólo cabe concluir que no se aprecia la causa de nulidad invocada.

**SEXTA.- De las causas de nulidad alegadas (III): actos dictados prescindiendo de las normas que contienen las reglas esenciales para la voluntad de los órganos colegiados (sic).**

Siendo la resolución sancionadora impugnada el producto del ejercicio de las potestades administrativas de un órgano unipersonal como es el Director Gerente del SMS y no constando que en la tramitación de aquélla haya intervenido órgano colegiado alguno, la invocación de esta causa de nulidad únicamente puede entenderse como un error de la interesada, quien lo que realmente pretende es alegar que el acto cuya revisión solicita está incurso en la causa de nulidad establecida por el artículo 62.1, letra e) LPAC, esto es, haber sido dictado prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido.

En esta causa de nulidad pretende la actora incardinar diversas infracciones del ordenamiento jurídico, muchas de las cuales se han analizado ya en consideraciones anteriores en su vertiente de garantía procesal del procedimiento sancionador-disciplinario, por lo que no son objeto de nueva consideración.

I. La existencia de un doble pliego de cargos, modificándose en el segundo uno de los hechos contenidos en el primero.

Según la interesada, el 26 de junio de 2007 se le notifica el pliego de cargos y, tras su pliego de descargos, el 1 de octubre de 2007 se le entrega otro pliego de cargos en el que la paciente x., que en el primer pliego aparecía como fallecida, en el segundo consta como viva.

Como ya se dijo con anterioridad, la alteración de los hechos en que se basa la imputación puede dar lugar a una vulneración del derecho de defensa. Sin embargo, en el supuesto sometido a consulta, la variación a que alude la interesada resulta irrelevante en términos de defensa.

En efecto, el 25 (no el 26) de junio de 2007, lo que se notifica a la interesada es la citación para declarar en el seno de las diligencias informativas que constituyen la información reservada. El 11 de julio de 2007, según consta mediante providencia del instructor al folio 306 del expediente, por error se le notifica pliego de cargos, que de conformidad con dicha providencia se deja sin efecto y se procede, como primera actuación instructora a citar a la encartada para toma de declaración, lo que se le notifica ese mismo día 11 de julio. No hay constancia en el expediente del contenido de ese primer pliego de cargos que por error se comunicó a la hoy actora, pero dados los términos en los que se expresa su alegación, debía responder a la descripción de los hechos contenida en la propuesta de resolución que pone fin a la fase de información reservada, en la que se refiere a la “desconsideración hacia los familiares del fallecido”, por la innecesaria espera hasta el alta y por haberles llamado por teléfono con posterioridad, dirigiéndoles determinadas expresiones desconsideradas.

El pliego de cargos notificado a la interesada el 1 de octubre de 2007 sigue aludiendo a los familiares del fallecido, error éste que advierte la interesada en su pliego de descargos y que corrige finalmente la propuesta de resolución que, al describir los hechos por los que se sanciona, ya alude a la desconsideración hacia los familiares de la paciente por la innecesaria espera hasta el alta y por haberles llamado por teléfono con posterioridad, dirigiéndoles determinadas expresiones desconsideradas.

Como se advierte con facilidad, la alteración de la descripción de los hechos responde a la corrección de un error puesto de manifiesto por la propia interesada, el cual carece de relevancia en la descripción del tipo infractor, pues la desconsideración lo es hacia los mismos familiares de la paciente y por los mismos hechos, a saber, dilación innecesaria en la concesión del alta y llamada telefónica, siendo intrascendente que en las primeras actuaciones se calificara a dichos familiares

como de un fallecido y posteriormente como de una paciente viva, pues dicha circunstancia ni afecta al elemento objetivo del tipo infractor ni a la graduación de la sanción impuesta.

De donde resulta que ninguna lesión del derecho a la defensa puede apreciarse, ni supone una infracción procedimental tan esencial que pueda dar lugar a la nulidad de lo actuado por aplicación de las causas previstas en el artículo 62.1 LPAC.

## II. Infracción de los principios por los que se rige la potestad disciplinaria.

Para la interesada, la causa de nulidad invocada se desprende de la vulneración de los principios rectores de la potestad disciplinaria establecidos por el artículo 94.2 EBEP. Con este único fundamento normativo no sería posible incardinar la alegada infracción en ninguna de las causas de nulidad del artículo 62.1 LPAC, por lo que procedería su desestimación sin ulteriores consideraciones.

No obstante, al desarrollar este genérico alegato la interesada introduce elementos que permiten reconducir la infracción del ordenamiento a la vulneración de derechos fundamentales, en la interpretación que la jurisprudencia ha venido haciendo de los principios inspiradores del procedimiento sancionador como tales derechos fundamentales susceptibles de amparo constitucional. Así, la STS de 9 de noviembre de 1993, dictada en procedimiento especial de protección de los derechos fundamentales, califica como derecho fundamental el de no ser sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan infracción administrativa, siendo su vulneración contraria al principio de legalidad, y en consecuencia, susceptible de amparo constitucional.

Es desde esta perspectiva, desde la que se analizan las alegaciones relativas a la infracción de los principios de legalidad y tipicidad de las infracciones y de falta de proporcionalidad de las sanciones impuestas.

### 1. Principios de legalidad y tipicidad.

El principio de legalidad determina que únicamente pueden considerarse como infracciones aquellas vulneraciones del ordenamiento jurídico que sean calificadas como tales por una norma con rango de ley, rango que asimismo exige la determinación de las sanciones con las que castigar las conductas infractoras.

Ninguna vulneración del principio de legalidad puede observarse en el acto administrativo sometido a revisión cuando pune a la interesada por infracciones establecidas como falta en una norma con rango de Ley (EMPESS) y con sanciones asimismo definidas como tales en dicha Ley.

Antes bien, las alegaciones de la interesada se ciñen a la falta de tipicidad de las conductas por las que se le sanciona, al considerar que la labor de subsunción jurídica de los hechos en los tipos infractores no ha sido correctamente realizada, pues estima que su actuación no era constitutiva de las faltas que se le imputan.

El principio de tipicidad supone la necesidad de que, para que un comportamiento determinado pueda ser sancionado, la conducta realizada pueda integrarse o subsumirse, sin analogía *"in malam partem"* alguna, en un tipo previamente descrito y en que se cumplan, por otra parte, todos los elementos constitutivos del mismo. En otras palabras, la exigencia de la salvaguarda del principio de tipicidad supone tanto como desplazar del ámbito sancionador todas aquellas conductas que no sean incardinables en la previsión de la norma y aun a pesar de su aparente antijuridicidad en relación con los propios límites del tipo (STSJ Madrid, de 3 de febrero de 2001). La tipicidad requiere, como medio de garantizar el principio de seguridad jurídica, la precisa definición de la conducta que la Ley considera sancionable (STS de 26 de junio de 2001), *lex certa*, si bien ha de precisarse que la *"tipificación como exigencia de seguridad jurídica se concreta no en la certeza absoluta, sino en la predicción razonable de las consecuencias jurídicas de la conducta"* (STS de 28 de febrero de 2005).

Por ello, la vulneración de este principio contemplado en el artículo 25 CE puede producirse tanto en el momento de la definición del tipo por el legislador, como en su aplicación por la Administración, si efectúa una indebida interpretación y aplicación extensiva o analógica *"in malam partem"*, *"lo que ocurrirá cuando dicha aplicación resulte imprevisible para sus destinatarios, sea por apartamiento del tenor literal del precepto, sea por la utilización de pautas valorativas extravagantes en relación con el ordenamiento constitucional, sea por el empleo de modelos de interpretación no aceptados por la comunidad jurídica, comprobado todo ello a partir de la motivación de las resoluciones recurridas"* (STC 38/2003, de 27 de febrero).

Así pues, la previsibilidad de la resolución sancionadora, en cuanto razonable, se convierte en el canon de control de su constitucionalidad y, por extensión, del que se ha de realizar en el procedimiento extraordinario y excepcional que constituye la revisión de oficio instada, pues sólo podrá considerarse nula la resolución sancionadora por lesión del derecho fundamental a que se equipara la infracción del principio de tipicidad, cuando resultara imprevisible para la interesada,

por apartarse la resolución del tenor literal de los preceptos aplicados, o por utilizar pautas valorativas o modelos de interpretación extravagantes o no aceptados por la comunidad jurídica.

Aplicada la doctrina al supuesto sometido a consulta, no puede considerarse irrazonable la resolución sancionadora, que califica como faltas disciplinarias diversas conductas que pueden ser reconducidas a los tipos infractores aplicados, sin realizar una interpretación extensiva o analógica de los preceptos que los describen. Y ello a pesar de la distinta valoración o interpretación que de los hechos realiza la interesada. Veamos cada una de ellas:

a) En relación con la falta muy grave de desobediencia a la orden dictada por su superior jerárquico para que volviera al Hospital a cumplimentar correctamente el parte de defunción, la interesada alega que existe falta de tipicidad porque no se tiene en cuenta que el cumplimiento de dicha orden constituiría una infracción manifiesta y clara del derecho a descansar tras la jornada laboral, establecido por el artículo 52.1 EMPESSE.

En efecto, uno de los elementos del tipo infractor es que la orden desobedecida no constituya una infracción manifiesta, clara y terminante de un precepto legal o de una disposición de carácter general, como establece de forma expresa el artículo 72.2, letra g) EMPESSE, y también es cierto que el artículo 51.2 del mismo texto legal establece el derecho a un período mínimo de descanso ininterrumpido entre el fin de una jornada y el comienzo de la siguiente. Sin embargo, tal circunstancia no permite, en caso de infracción de este precepto, proceder a lo que podríamos calificar como una “autotutela privada”. Y es que *“incluso en caso de recibir una orden que infringiese este precepto (relativo a jornada laboral de un médico), todo administrado tiene que acatarla y, si así lo considera, impugnarla, incluso solicitando la medida cautelar oportuna, pero nunca unilateralmente, desobedecerla (...) El recurrente, antepuso su derecho individual al descanso necesario mediante la limitación de la jornada a sus deberes de respetar el ordenamiento jurídico, a ejercer la profesión con lealtad, a cumplir con diligencia las instrucciones recibidas de sus superiores jerárquicos en relación con las funciones propias de su nombramiento, y colaborar leal y activamente en el trabajo en equipo, a participar y colaborar eficazmente, en el nivel que corresponda en función de su categoría profesional, en la fijación y consecución de los objetivos cuantitativos y cualitativos asignados a la institución, centro o unidad en la que preste servicios (...) Y ello al margen de las consecuencias que su comportamiento ha tenido para con los derechos de los usuarios de los servicios de salud (STSJ Castilla y León, de 16 de mayo de 2006).*

En sentido similar, la STSJ Valencia, de 6 de julio de 2007, cuando razona que *“de prosperar la argumentación del actor cualquier servidor público y por su propio capricho podría*

*paralizar la prestación del servicio ante cualquier duda aún mínima del rigor jurídico, no ya de la actividad encomendada sino de las motivaciones de sus superiores para la encomienda de tal orden, sin que en modo alguno resulte necesario que la Sala se adentre en la legalidad o ilegalidad de la orden impartida, pues al demandante sólo le competía el cumplimiento de la orden en particular en la medida en que la misma fue reiterada y expresamente formulada por escrito y, en modo alguno, resulta manifiestamente ilegal ni por su contenido ni por su forma. La obediencia exigible superó con mucho el hecho de la duda en el demandante de una diferente interpretación jurídica como la que se menciona en sus escritos. La posición del funcionario o servidor público obviamente es la del seguimiento de la legalidad en su actuación pero ello no le erige en intérprete máximo y a su libre entendimiento de dicha legalidad por encima y en contra de sus superiores y sobre todo que, como en el presente caso, no le permite velar por la legalidad más allá de lo que a él compete. La orden dada al actor es presuntamente formal y materialmente legal ya por su contenido como por su origen ante una orden clara y expresa consistente en la realización de una actividad que cuanto menos aparentemente tenía todos los visos de legalidad no cabe oponerse a su cumplimiento. El actor si tenía dudas debió de acatar la orden recibida y posteriormente proceder a la impugnación de la misma”.*

En el supuesto sometido a consulta, la orden impartida por el superior jerárquico inmediato de la Dra. x. era clara y terminante, siendo reiterada en diversas ocasiones durante la mañana de los hechos. La interesada debió obedecer dicha orden, la cual en absoluto cabe considerar como manifiestamente ilegal o abusiva, máxime porque nada habría impedido que, tras cumplir la orden, la actora solicitara la compensación posterior del descanso que se había visto interrumpido, retrasando su incorporación en la jornada siguiente. Del mismo modo, el acatamiento de la orden recibida no implicaba su aceptación incondicional, pudiendo haber actuado la interesada conforme prevé el artículo 54.3 EBEP, comunicando la orden que consideraba ilegal a los servicios de inspección competentes, lo que no consta que hiciera. Antes al contrario, la expedientada antepuso su derecho individual al descanso a cualquier otra consideración, con desprecio del principio jerárquico que rige la organización administrativa y cuya salvaguarda pretende la tipificación de la desobediencia, siendo su actitud incardinable en el tipo infractor.

b) En relación con el incumplimiento de sus funciones por la incorrecta cumplimentación del parte de defunción, la interesada alega que si cumplimentó el parte no existe incumplimiento de sus funciones y que entre sus funciones no está la de cumplimentar un parte.

Yerra la interesada cuando indica que entre sus funciones no se encuentra la de realizar el parte de defunción, toda vez que conforme al artículo 274 del Reglamento de la Ley del Registro

Civil, aprobado por Decreto de 14 de noviembre de 1958, el parte de defunción habrá de ser cumplimentado por el facultativo que haya asistido al difunto en su última enfermedad o por cualquier otro que reconozca el cadáver y, de hecho, la Dra. x. lo cumplimentó, de donde se infiere que sí era función suya la de extender el indicado certificado, independientemente de que la norma admita la expedición del documento por otro médico.

La elaboración del parte de defunción, sin embargo, no fue correcta, pues omitió consignar su nombre, apellidos y número de colegiado, según se acredita por la declaración de dos testigos (encargado de celadores y Jefe de Sección de Medicina Interna). Dichos extremos han de constar necesariamente en el parte de defunción por exigencia del artículo 274 del Reglamento de la Ley del Registro Civil. Este indebido cumplimiento de sus funciones tuvo como efecto que el parte hubiera de ser rellenado por otro facultativo y que se retrasara durante horas la recepción del cuerpo del difunto por sus familiares, toda vez que dicho documento correctamente cumplimentado es imprescindible para que se expida la llamada licencia de enterramiento, documento que permite la inhumación y el traslado hasta el tanatorio o el cementerio (artículos 83 y 85 de la Ley de 8 de junio de 1957, del Registro Civil).

En consecuencia, la conducta de la interesada puede ser encuadrada en el tipo infractor definido por el artículo 72.3, letra c) EMPES, consistente en el incumplimiento de sus funciones o de las normas reguladoras del funcionamiento de los servicios, cuando no constituya falta muy grave.

c) En relación con la desconsideración hacia los familiares del fallecido, consistente en hacerles esperar innecesariamente el traslado del cadáver hasta el tanatorio, la interesada no formula alegación alguna.

d) En relación con la falta consistente en no realizar la preceptiva visita al paciente x. y no cumplimentar la hoja de evolución durante la mañana del día 1 de diciembre de 2006, considera la encartada que no pasar visita no implica incumplimiento de funciones.

Sin embargo, de las declaraciones de los compañeros y superiores de la expedientada obrantes en el expediente se desprende que se encontraba entre sus funciones la de pasar visita todas las mañanas, excepto domingos, a los enfermos a su cargo, valorarlos y anotar en la hoja de evolución los comentarios sobre la evolución diaria. No habiendo actuado de dicho modo la interesada, no puede calificarse de irrazonable o arbitraria la calificación de su conducta como

incumplimiento de sus funciones, subsumible en el tipo establecido por el artículo 72.3, letra c) EMPES.

e) Sobre la falta de consideración hacia los familiares del paciente, derivada de la omisión de información acerca de la gravedad de la situación de aquél y del próximo y fatal desenlace, la Dra. X. se limita a señalar que si no informó, no habló y si no lo hizo no existe desconsideración.

El tipo infractor aparece definido por el artículo 72.3, letra d) EMPES como la grave desconsideración con los superiores, compañeros, subordinados o usuarios. Esta desconsideración o falta de respeto se ubica en el terreno de la urbanidad, la cortesía y los buenos modales; es decir, se trata de una conducta irregular que es contraria a la cortesía exigible en la actuación pública y, más concretamente, en la relación médico-paciente. La apreciación de la falta o déficit del mismo es eminentemente circunstancial en función de la condición de las personas, del lugar, tiempo y ocasión (STS de 15 de diciembre de 1989). Por otra parte, si bien la doctrina jurisprudencial (de la que es muestra la indicada sentencia) venía exigiendo la existencia de un animus iniurandi como específico ánimo o intención de minusvaloración personal, hoy ya cabe encontrar pronunciamientos judiciales que no contemplan tal exigencia como elemento del tipo, bastando, por el contrario, con la voluntariedad con la que se realiza la conducta (STS de 25 de junio de 2010).

Ello permite, a su vez, considerar la posibilidad de la comisión de la infracción por omisión, de forma que no sólo cabe apreciar desconsideración en las expresiones o actuaciones dirigidas hacia una determinada persona, sino también en la no realización de aquello que el respeto a la condición o circunstancias de las personas exige en cada momento. Desde esta perspectiva, no puede aceptarse la alegación de la interesada relativa a que si no informó no pudo haber desconsideración, pues los familiares del paciente a su cargo eran deudores (artículos 4 y 5 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) de una información que se hacía, si cabe, más necesaria todavía en las dolorosas circunstancias en que se encontraba aquél.

Por ello, y aunque también podría haberse considerado la omisión de la información como un nuevo incumplimiento de las funciones asistenciales de la hoy actora, lo cierto es que la falta de información a los familiares del paciente, en las especiales circunstancias en que aquél se encontraba, cumplen razonablemente con las exigencias del tipo por el que se le sanciona, sin que sus alegaciones desvirtúen tal apreciación.



f) En relación con el incidente relativo a la asistencia prestada al paciente x. y la infracción de incumplimiento de sus funciones por no acudir a valorar a un paciente terminal, derivando la información a los familiares y la responsabilidad hacia el personal de enfermería, la interesada considera que se le sanciona por desobedecer a la enfermera que requiere su presencia, afirmando que su función es mandar a la enfermera y someterla a su obediencia.

Considera la doctora que se le sanciona por desobediencia a la enfermera, lo que no se ajusta a la realidad. La infracción que se le imputa es el incumplimiento de sus funciones como facultativo del Hospital, entre las que se encuentra, de conformidad con la prueba obrante en las actuaciones, la de valorar a los enfermos, ajustar el tratamiento en caso de que así proceda e informar a los familiares del paciente. Todas las declaraciones de los facultativos de Medicina Interna, salvo la de la propia interesada, confirman que es obligación del médico de guardia acudir a requerimiento del personal no facultativo para efectuar una valoración del enfermo, siendo obligación del médico, nunca del personal de enfermería, informar al paciente o a sus familiares.

En consecuencia, acreditado el incumplimiento de sus funciones como internista de guardia, no puede afirmarse que exista atipicidad en la conducta sancionada.

g) En relación con la infracción consistente en el incumplimiento de sus funciones por el innecesario retraso en dar el alta hospitalaria a una paciente, afirma la interesada que su función es dar el alta cuando lo cree conveniente. Del material probatorio existente en las actuaciones se desprende, sin embargo, que la propia expedientada reconoce haber ofrecido el alta a la paciente el sábado 17 de febrero de 2007, pero olvidó darle el informe de alta provisional, de donde se infiere que la facultativa consideraba que la paciente podía ser dada de alta y, si no lo fue, se debió al descuido u olvido de la doctora, no a que la situación de la enferma desaconsejara su salida del hospital. Ciertamente, la intensidad de la conducta infractora quizás fuera merecedora de una calificación como falta leve de descuido o negligencia en el cumplimiento de sus funciones del artículo 72.4, letra d) EMPES, si no fuera porque su actitud produjo un efecto perjudicial en la paciente, que permaneció ingresada durante todo el fin de semana. Ello impide subsumir la conducta infractora en el tipo leve, que sólo procede cuando el descuido o negligencia no afecte a los servicios de salud, Administración o usuarios, siendo procedente su encuadramiento en el tipo agravado de incumplimiento de funciones del artículo 72.3, letra c) EMPES.

No cabe, en consecuencia apreciar ausencia de tipicidad de la actuación de la interesada.

h) En relación con este mismo incidente, se sanciona también por la desconsideración hacia los familiares de la paciente, no sólo por la espera innecesaria durante dos días para obtener el alta, único aspecto respecto del que la interesada afirma no estar tipificado, sino también por llamar a casa de aquéllos dirigiéndoles expresiones como que *“a causa de la reclamación, la habían puesto de limpiadora en x.”* y que *“podía haberse llevado a su suegra cuando le diera la gana”*. También se integran en este tipo las expresiones irónicas e hirientes vertidas en su carta de contestación a la queja formulada en su día por el hijo de la paciente por los mismos hechos, extremos éstos sobre los que la interesada nada alega en su solicitud de revisión de oficio, por lo que huelga aquí efectuar consideración alguna.

En relación con la espera innecesaria para obtener el alta, único extremo sometido a revisión, no parece que la intensidad de la conducta ni las circunstancias de la paciente y sus familiares revista la gravedad que exige el tipo aplicado, si bien la existencia de los otros dos episodios (llamada telefónica y carta), por la reiteración que suponen en el trato desconsiderado con los familiares de la paciente, sí permiten mantener razonablemente la gravedad de la conducta y su subsunción en el tipo agravado.

2. Vulneración del principio de presunción de inocencia por falta de motivación de la resolución sancionadora.

En el ámbito sancionador rige plenamente el principio de la presunción de inocencia de toda persona acusada de una infracción hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada, según la definición ofrecida por el artículo 6.2 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales. Incorporado a nuestro ordenamiento por el artículo 24 CE, produce una inmediata consecuencia procesal que consiste en desplazar la carga de la prueba al acusador, posición que, en el ejercicio de la potestad sancionadora, corresponde a la Administración Pública. Es ella la que en un procedimiento contradictorio, con participación y audiencia del interesado inculcado, debe suministrar, recoger y aportar los elementos probatorios, a través de los medios comunes, que sirvan de soporte al supuesto de hecho cuya clasificación como falta administrativa se pretende.

En el caso de que tal actividad probatoria no se haya producido, sea irregular o, en fin, se estime insuficiente, habrá de darse un pronunciamiento exculpatario. No puede olvidarse, empero, que, y como también tiene reiteradamente declarado la jurisprudencia, la presunción de inocencia puede ser desvirtuada desde el momento en que se disponga de una mínima actividad probatoria de signo inculpatario, de suficiente entidad, obtenida regularmente, pudiéndose formar la

convicción del órgano sancionador, incluso, sobre la base de una prueba indiciaria (STS de 25 de junio de 2010, y STC de 21 de mayo de 2007) o por la declaración de un sólo testigo (STS de 27 de mayo de 1.988).

Que el derecho a la presunción de inocencia puede verse lesionado por una falta de motivación de la resolución sancionadora es evidente, desde el momento en que ésta habrá de reflejar, de forma necesaria, en qué medida las pruebas practicadas permiten alcanzar al órgano sancionador el juicio de certeza acerca de los hechos, de su autoría y de las circunstancias que permiten tanto la subsunción de aquéllos en el tipo infractor como la graduación de la sanción a imponer.

Afirma la interesada que todo el expediente se basa en declaraciones inconsistentes efectuadas por quienes tienen interés en exculparse, en unas diligencias informativas en las que no se le ha dado participación ni se le ha permitido actuar asistida de letrado. Sobre la ausencia de participación de la interesada en la práctica de las declaraciones tomadas durante la información reservada, así como sobre su derecho a asistencia letrada, sólo cabe remitirse a lo ya expuesto en Consideraciones anteriores de este Dictamen.

Respecto a las declaraciones de “interesados en exculparse”, cabe inferir que la actora alude a las relativas a episodios en los que su versión de los hechos difiere radicalmente de la que aportan tales testimonios y que, según la interesada, habrían dado lugar a la muerte de dos pacientes, uno por eutanasia activa (que ya ha sido objeto de análisis en consideraciones anteriores) y otro por sobredosificación de un medicamento contraindicado y error en la colocación de una sonda nasogástrica por la enfermera, que produjo la muerte del paciente.

Independientemente de las responsabilidades de todo orden que pudieran derivarse de la versión de los hechos relatados por la doctora, lo cierto es que no ha quedado acreditada su realidad en el expediente, déficit de prueba que impide asimismo calificar de parciales o interesadas a aquellas declaraciones. Por otra parte, las infracciones por las que se sanciona a la hoy actora no se sostienen únicamente sobre los testimonios aludidos, sino también sobre la documental (historia clínica) obrante en el expediente, que resulta coherente con lo afirmado por los testigos en relación a los cargos que se le imputan.

Sobre la enemistad que dice sentir hacia ella el Jefe de Servicio, el expediente refleja, en efecto, la tensión y difíciles relaciones que en el seno del Servicio mantienen ambos facultativos. No obstante, debe recordarse que en las actuaciones obran otras muchas declaraciones de

pacientes, compañeros facultativos, enfermeras, encargados, e incluso del Director Médico, que permiten considerar acreditados los hechos por los que se sanciona a la hoy actora, aun cuando se prescindiera de las declaraciones del indicado Jefe de Servicio.

Otro tanto puede afirmarse respecto del incidente relativo al parte de defunción, respecto del que la interesada afirma que el Jefe de Sección, que declara contra ella, es el responsable del retraso en la expedición del certificado, pues aun prescindiendo de su testimonio, existen otros (del encargado de turno y del Director Médico del Hospital) que corroboran lo afirmado por aquél.

### 3. Improportionalidad manifiesta.

La nota de generalidad que caracteriza esta alegación por la actora, que se limita a la sucesiva trascripción de los fundamentos jurídicos de diversas resoluciones jurisprudenciales (e incluso a la referencia de alguna noticia periodística), sin acompañarla de una adecuada proyección de dicha doctrina al caso planteado, carece de la más mínima precisión y fundamento, por lo que resulta inviable, debiendo ser desestimada la alegación, pues atendido el carácter extraordinario del procedimiento en el que aquélla se esgrime y la ya indicada necesaria interpretación estricta de las causas de nulidad, cabe exigir de quien la invoca que traiga al procedimiento los elementos de juicio necesarios para poder apreciar de forma clara y ostensible la falta de proporcionalidad que se imputa a la resolución impugnada y que ello constituye una vulneración del ordenamiento subsumible en alguna de las causas de nulidad del artículo 62.1 LPAC.

Así, frente a la genérica alegación de desproporción manifiesta, baste con señalar ahora que, de conformidad con el Tribunal Supremo, no cabe *“deducir del artículo 25 de la Constitución un derecho fundamental a la proporcionalidad abstracta, de modo que si la (sanción) impuesta está prevista, como aquí sucede, y si, por otra parte, como también aquí ocurre, no vulnera valores de justicia o de dignidad de la persona humana en términos de desproporción de grave entidad, patente es que tal «principio» no puede entenderse quebrantado”* (STS de 17 de julio de 2001).

En el supuesto sometido a consulta, las sanciones están previstas en el EMPES para las infracciones que se imputan a la actora y, en ningún caso, se le han impuesto en el grado máximo, por lo que, a falta de una mayor argumentación impugnatoria, no cabe apreciar en la resolución sancionadora la causa de nulidad alegada.

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

## **CONCLUSIÓN**

**ÚNICA**.- Se dictamina favorablemente la propuesta de resolución desestimatoria de la solicitud de revisión de oficio, al no apreciarse en el acto disciplinario impugnado la concurrencia de ninguna de las causas de nulidad alegadas por la actora.

No obstante, V.E. resolverá.



## DICTAMEN 242/2010

**Asunto** Responsabilidad Patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por la cabra montés en fincas de almendros de su propiedad.

**Consultante** Consejero de Agricultura y Agua

**Fecha** 01/12/2010

### Extracto de Doctrina

Conforme con la doctrina del Consejo de Estado en la materia, contenida en los Dictámenes nº 945/97 y 2657/01, “la prohibición general de caza de una o varias especies, la veda, aun cuando produzca daños en los cultivos o en las ganaderías, no genera responsabilidad patrimonial de la Administración”.

### ANTECEDENTES

**PRIMERO.-** Mediante escrito presentado el 17 de abril de 2009, x., en representación de x, y., presentó reclamación de responsabilidad patrimonial, dirigida a la Consejería de Agricultura y Agua, por una cantidad de 10.238,60 euros, para resarcirse de los daños causados a cultivos de su propiedad por cabras montesas, en el término municipal de Ricote.

En síntesis, alega que desde el año 2005 se observa la existencia de daños producidos por cabras montesas en almendros de su propiedad, pues dichos animales han llegado al paraje de Ricote donde se ubican sus fincas a causa de los incendios acaecidos en los hábitats naturales de aquéllos, como el de Moratalla en 1994. Por ello, el 17 de noviembre de 2006 solicitó de la Consejería autorización para el control de piezas de caza por daños a la agricultura originados por dichos animales, siéndole otorgada el 28 de mayo de 2007 para el período comprendido entre el 1 de junio al 30 de septiembre de 2007, con ciertas limitaciones, si bien en ese período no se avistó ejemplar alguno en sus fincas. Añade que en junio de 2008 solicitó a la Consejería que adoptara las soluciones oportunas para evitar los daños, contestándole ésta con un escrito en el que se le informaba de la ausencia de responsabilidad de la Administración regional y de las posibles vías de reclamación de dichos daños.

Continúa señalando que de abril a agosto de 2008 dichos animales le ocasionaron importantes daños en sus almendros, además de trastornos personales, motivo por el cual ahora reclama indemnización, lo que estima procedente por diversas razones:

- La cabra montés (*capra pyrenaica*) es una especie protegida incluida en el Catálogo de Especies Amenazadas del Anexo I de la Ley regional 7/1995, de 21 de abril, de la Fauna Silvestre, Caza y Pesca Fluvial (en adelante, Ley 7/95), lo que impide que los afectados puedan cazarlas para evitar los daños que puedan causar, por lo que aquéllos no tienen el deber de soportar tales daños.

-El artículo 30 de dicha Ley 7/95 establece la obligación de indemnizar los daños producidos por las especies protegidas, y que determinados autores consideran que ello debería ser así con carácter general cuando se trate de especies no cinegéticas, pues se trata de un sacrificio individual en beneficio del interés general de la protección de dichas especies.

- Desde 1994 a 2005, la Administración ha incumplido su obligación de restaurar con prontitud los hábitats naturales de la indicada especie, alterados por los incendios ya reseñados, resultando que, al ser protegida la especie, sus hábitats también lo son, según la Ley 7/95. Con dicha restauración se conseguiría que estos animales regresasen a las zonas de dichos hábitats (Sierra de Moratalla, Sierra Espuña y espacios naturales similares) y que no tuviesen que llegar a zonas de cultivo como las de los reclamantes, que no son su hábitat natural. También alega que la Administración podía haber adoptado otras medidas, como costear el vallado de sus terrenos.

A su escrito adjunta un informe pericial, de 12 de noviembre de 2008, de un Ingeniero Técnico Agrícola, en el que se analizan los daños causados a los almendros existentes en las fincas de los reclamantes, valorándolos en 10.238,60 euros, así como copia de los escritos antes reseñados, junto a documentación acreditativa de su titularidad de las fincas de que se trata.

**SEGUNDO.-** El 25 de mayo de 2009 el Jefe de la Oficina Regional de Caza y Pesca Fluvial emite informe sobre la reclamación. En síntesis, señala que la Ley 10/2002, de 12 de noviembre, de modificación de la Ley 7/1995 (Anexo IV), ya incluyó entre las especies cazables a la Cabra Montés (*Capra pyrenaica*) y hoy la Ley 7/2003, de 12 de noviembre, de Caza y Pesca Fluvial de la Región de Murcia (en adelante LCPMU) excluye a dicha especie del Catálogo de Especies Amenazadas de la Fauna Silvestre de la Región de Murcia (Disposición Adicional Sexta) y la incluye en su Anexo como especie cazable. Se concluye en dicho informe que la responsabilidad administrativa por los daños producidos por las especies cinegéticas se circunscribe a las piezas de caza provenientes de los terrenos cuya titularidad cinegética o la gestión del aprovechamiento cinegético es asumida directamente por la Administración, siéndole de aplicación lo dispuesto en el condicionado de creación/constitución del aprovechamiento cinegético del acotado o las

determinaciones contenidas en los planes o instrumentos específicos de ordenación, uso y gestión, no siendo ello el caso.

**TERCERO.-** Por Orden del Secretario General de la Consejería de fecha 8 de septiembre de 2009 se admitió a trámite la reclamación de responsabilidad patrimonial, nombrándose instructor, siendo notificado a los interesados.

**CUARTO.-** Otorgado el preceptivo trámite de audiencia a los interesados, el 9 de octubre de 2009 comparece la representante de aquéllos para tomar vista del expediente, sin que conste que se hayan presentado alegaciones.

**QUINTO.-** El 22 de marzo de 2010 se formula propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación. En síntesis, expresa en primer lugar que la normativa regional en materia de caza y pesca, constituida fundamentalmente por la LCPMU, no contempla de modo especial la responsabilidad administrativa por los daños ocasionados por las especies cinegéticas. El artículo 30.1 de la Ley 7/1995 contemplaba dicha responsabilidad en los casos de daños ocasionados por especies cinegéticas de los espacios naturales protegidos, de las reservas de caza y de las áreas de protección de la fauna silvestre, precepto que debe entenderse derogado conforme a la Disposición Derogatoria 2 de la vigente LCPMU. Esto no significa que deba excluirse *a priori* cualquier tipo de responsabilidad de la Administración por daños ocasionados por el funcionamiento del servicio público en materia de caza, pues la eventual responsabilidad ha de ser reconducida al régimen jurídico general de responsabilidad de las Administraciones Públicas regulado por el Título X de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre (LPAC) y 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, sin perjuicio de lo establecido en la Ley 1/70, de 4 de abril, de Caza.

Añade que, conforme a lo indicado en el informe emitido en el procedimiento, la cabra montés (*Capra pyrenaica*) es una especie cinegética o cazable, y que en su día quedó excluida del Catálogo de Especies Amenazadas de la Fauna Silvestre de la Región de Murcia, por lo que deben desestimarse las alegaciones basadas en el invocado carácter protegido de dicha especie. Asimismo, que la LCPMU atribuya a la Consejería competente en materia de caza la regulación y fomento de la práctica cinegética no significa que asuma con carácter general la responsabilidad por los daños que puedan producirse por la fauna cinegética.



**SEXTO.-** En la fecha y por el órgano expresado en el encabezamiento del presente se solicitó el preceptivo Dictamen de este Consejo Jurídico, acompañando el expediente y su extracto e índice reglamentarios.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

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

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, al versar sobre una propuesta de resolución de un procedimiento de responsabilidad patrimonial tramitado por la Administración regional, concurriendo con ello el supuesto previsto en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia.

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

I. Los reclamantes están legitimados para deducir la pretensión indemnizatoria objeto del presente procedimiento, en su calidad de titulares de las fincas en las que se han producido los daños por los que solicitan el correspondiente resarcimiento.

La Consejería consultante está legitimada pasivamente para resolver el procedimiento, al dirigirse la reclamación contra la Administración regional y resultar aquélla la competente sobre los servicios públicos regionales de caza y protección de la fauna silvestre a los que se imputan los referidos daños.

II. En cuanto al plazo de un año para el ejercicio de la acción resarcitoria, previsto en el artículo 142.5 LPAC, cabría plantearse si los daños a los almendros por los que se reclama, causados por cabras montesas, se produjeron de abril a agosto de 2008, como afirman los reclamantes, o en una fecha anterior tal que pudiera determinar la extemporaneidad de la reclamación, esto es, si resultase que se produjeron antes del 17 de abril de 2008, un año antes de la presentación de la reclamación). En este punto, el informe aportado por los reclamantes se limita a valorar los daños que aprecia el técnico informante, sin mención alguna a su estimada fecha de producción a la vista de las características de los mismos, sin que, en principio, pueda descartarse que su antigüedad fuera superior a un año, pues los reclamantes señalan que los daños se producen anualmente, en períodos de abril a agosto, desde el año 2005, lo que introduce dudas al

respecto. A tal efecto, la declaración de los agentes forestales de la zona, solicitada por los reclamantes como prueba, hubiera podido aportar datos relevantes en éste y otros puntos, no habiendo sido practicada tal prueba, sin que la instrucción haya expresado razón para ello.

III. En cuanto al procedimiento tramitado, no cabe realizar objeciones sustanciales más allá de lo anterior y del hecho de evacuarse un informe antes de acordar la admisión a trámite de la reclamación, lo que no resulta correcto.

**TERCERA.- Relación de causalidad entre el funcionamiento de los servicios públicos regionales de caza y protección de la fauna silvestre y los daños por los que se reclama indemnización: inexistencia.**

I. De los artículos 139 y siguientes LPAC se desprende que la Administración Pública debe responder por los daños efectivos e individualizables que, causados por el funcionamiento de los servicios públicos, los particulares no tengan el deber jurídico de soportar. La reclamación por dichos daños, incluso en los supuestos en que la Administración actúe en relaciones materialmente sujetas al Derecho privado, debe instarse en vía administrativa, previa a la eventual vía jurisdiccional (art. 144), que es la contencioso-administrativa, según establece la ley reguladora de esta jurisdicción.

Este régimen jurídico, establecido por el Estado con carácter básico al amparo de lo previsto en el artículo 149.1.18º *"in fine"* de la Constitución, puede ser eventualmente desarrollado por las legislaciones sectoriales, como resulta el caso de algunas leyes autonómicas en materia de caza. En el caso que nos ocupa, carece de interés indagar el alcance de lo establecido en el alegado artículo 30 de la Ley regional 7/95, ya citada, por cuanto, como indica el informe emitido y la propuesta de resolución, quedó derogado por la LCPMU de 2003, en fecha, pues, anterior a los hechos que nos ocupan.

De ello se sigue, como señalan dicho informe y propuesta, que la cuestión deba plantearse desde el marco jurídico que ofrecen los indicados preceptos de la LPAC, aplicados al funcionamiento de los servicios públicos en materia de caza y protección de la fauna, sin perjuicio de lo establecido sobre responsabilidad en la materia por la Ley 1/1970, de 4 de abril, de Caza, cuestión ésta última sobre la que nada se alega por los reclamantes.

II. Por lo que se refiere a la realidad del daño, ésta debe aceptarse, a la vista del informe aportado por los reclamantes; en cuanto a que su origen sea la existencia de cabras montesas en

sus fincas, así se infiere de dicho informe y de la autorización obrante en el expediente, otorgada en 2007 por la Oficina Regional de Caza y Pesca para proceder a la caza de dos ejemplares de dicha especie en un determinado período de tiempo de dicho año, con el fin de evitar daños agrícolas en tales fincas.

III. Sin embargo, tales daños no pueden imputarse al funcionamiento de los servicios públicos regionales de caza y protección de la fauna silvestre por lo siguiente.

En lo que se refiere a una eventual limitación del derecho al aprovechamiento cinegético de dicha especie por tratarse de especie protegida, o por el incumplimiento de la Administración de su alegado deber de restaurar los hábitats naturales de tal especie protegida, porque, como indican el citado informe y propuesta, en la fecha de los hechos la cabra montés ya no tenía tal condición, siendo entonces una especie cinegética o cazable, conforme a la Ley regional 10/2002 y luego, la vigente LCPMU de 2003.

En segundo lugar, y en todo caso, porque, conforme con la doctrina del Consejo de Estado en la materia, contenida en los Dictámenes nº 945/97 y 2657/01, *“la prohibición general de caza de una o varias especies, la veda, aun cuando produzca daños en los cultivos o en las ganaderías, no genera responsabilidad patrimonial de la Administración”*.

Conviene añadir a ello que la citada LCPMU establece un sistema que permite evitar la producción de daños a cultivos si la caza de la especie no es posible realizarla conforme con la correspondiente Orden de veda. Así, la ley permite excepcionar el régimen de vedas, mediante la correspondiente autorización administrativa, *“para prevenir perjuicios importantes a los cultivos”* en terrenos cinegéticos (art. 43 en relación con el 52.1, c); o, en terrenos cercados no cinegéticos, cuando las piezas de caza *“originen daños en los cultivos del interior del cercamiento”* (art.24.3). En el presente caso, el hecho de que los reclamantes aludan a la posibilidad de que la Administración costee el vallado de sus fincas (lo que en el caso no procede por no existir norma jurídica que lo ampare), permite entender que la autorización de caza otorgada en 2007 respondía al primero de los supuestos indicados y no al de los terrenos vallados o cercados. En cualquiera de los casos, si, como exponen los reclamantes, tal autorización resultó inefectiva en el período autorizado, por no avistarse piezas, los mismos podían haber solicitado de la Consejería una nueva autorización para el año 2008 (en el que alegan que se produjeron los daños reclamados) y, además, en términos más amplios que los autorizados en el año anterior, además de proceder, si así lo estimaban, a su cargo, al vallado de sus fincas, conforme con lo previsto en el artículo 24 de la citada ley. Sin embargo, no consta que para este último año solicitaran autorización alguna. Por ello, desde la

perspectiva ahora analizada, los daños no sólo no serían imputables a la Administración, sino a los propios reclamantes, sin perjuicio de la eventual responsabilidad civil de terceros conforme a la citada Ley 1/70.

En consecuencia, no existiendo la adecuada relación de causalidad entre el funcionamiento de los servicios públicos regionales de caza y protección de la fauna silvestre y los daños por los que se reclama indemnización, procede desestimar la reclamación objeto de Dictamen.

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

### **CONCLUSIÓN**

**ÚNICA.-** No se ha acreditado la relación de causalidad entre el funcionamiento de los servicios públicos regionales de caza y protección de la fauna silvestre y los daños por los que se reclama que es jurídicamente necesaria para determinar la responsabilidad patrimonial de la Administración, por las razones expresadas en la Consideración Tercera del presente Dictamen. En consecuencia, la propuesta de resolución, desestimatoria de la reclamación, se informa favorablemente.

No obstante, V.E. resolverá.



**DICTAMEN 243/2010**

**Asunto** Reconocimiento de obligaciones y propuestas de pago de diversos expedientes de la Consejería de Agricultura y Agua. Dirección General de Patrimonio Natural y Biodiversidad

**Consultante** Consejero de Agricultura y Agua (2004)

**Fecha** 01/12/2010

**Extracto de Doctrina**

Es necesario que los titulares de los órganos directivos impartan las instrucciones necesarias para que se intensifique el esmero en la instrucción de los procedimientos, evitando que puedan surgir infracciones y omisiones como las manifestadas en el expediente remitido.

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** Una vez recibidas 4 certificaciones de obra diferentes relativas a otros tantos contratos, la Interventora Delegada en la Consejería de Agricultura y Agua emitió un informe el 21 de mayo de 2010, a los efectos del artículo 33.3 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 (RCIM).

En él describe en primer lugar los aspectos más relevantes de los 4 contratos que, en síntesis, son los siguientes:

1) Obras de adecuación del aparcamiento en el Parque Regional Sierra de la Pila (exp. 175/07). Se omitió la fiscalización previa al no acordar el reajuste de anualidades que se derivaba de que el plazo inicial, que era de 2 meses y finalizaba en enero de 2008, se alargó a consecuencia de que el órgano de contratación acordó suspender la ejecución. La certificación tercera se expidió en abril de 2008, pero se propone su imputación al presupuesto de 2010, por un importe de 10.574,02 euros.

2) Obras de mejora del suministro eléctrico del centro de visitantes de Sierra de la Pila (exp. 176/07). El 12 de diciembre de 2009 se concedió al contratista una ampliación del plazo de ejecución que implicaba trasladar el pago de anualidades a ejercicios sucesivos, la cual no fue

sometida a fiscalización previa. La certificación cuyo gasto se pretende imputar al presupuesto de 2010 asciende a 29.938,50 euros.

3) Asistencia técnica para el estudio y análisis de bienes de interés singular del Parque Regional La Muela y Cabo Tiñoso y zona oriental del Parque Regional de Calblanque, Monte de las Cenizas y Peña del Águila (exp. 216/07). El 12 de diciembre de 2008 se ordenó una ampliación del plazo de ejecución que implicaba trasladar parte de la ejecución del contrato a 2009, con el consiguiente reajuste de anualidades, sin que tal orden se sometiera a fiscalización previa. Importa la certificación correspondiente 3.600, 56 euros.

4) Obras de reposición de mojones en los montes nº 52 del CUP Cabezo del Sastre y nº 61 del CUP Sierra del Lugar, en el ámbito territorial de la UT Centro Noroeste (exp. 16/2008). El 12 de diciembre de 2008 se ordenó una ampliación de plazo que implicaba trasladar parte de la ejecución del contrato al año 2009, con el consiguiente reajuste de anualidades, sin que tal orden se sometiera a fiscalización previa. El importe de la certificación cuyo pago se propone ahora es de 18.829,01 euros.

Continúa el informe de la Intervención señalando que en los 4 casos: a) carecen los expedientes de los acuerdos que debió adoptar el órgano de contratación con anterioridad a las actas de suspensión y reanudación de los trabajos; b) los técnicos responsables acreditan que las prestaciones se han realizado conforme a los Pliegos; c) existe crédito presupuestario; y d) no es conveniente instar la revisión de los actos, ya que las indemnizaciones subsiguientes no sería inferiores al gasto propuesto.

**SEGUNDO.-** En aplicación del artículo 33 RCIM, los técnicos responsables de los distintos expedientes emitieron sus respectivos informes, en el siguiente sentido:

- Respecto al contrato de Obras de adecuación del aparcamiento en el Parque Regional Sierra de la Pila (exp. 175/07), y al de mejora del suministro eléctrico del centro de visitantes de Sierra de la Pila (exp. 176/07), se expone que hubo un retraso en la tramitación de las facturas debido a la carga de trabajo del centro directivo y a la carencia de presupuesto en el año 2009.

- Sobre el contrato de asistencia técnica para el estudio y análisis de bienes de interés singular del Parque Regional La Muela y Cabo Tiñoso y zona oriental del Parque Regional de Calblanque, Monte de las Cenizas y Peña del Águila (exp. 216/07), se indica que las suspensiones

de ejecución acordadas implicaron el traslado de la certificación final al año 2009, aunque no se tramitó la misma hasta el presente ejercicio económico de 2010.

-En cuanto al contrato de obras de reposición de mojones en los montes nº 52 del CUP Cabezo del Sastre y nº 61 del CUP Sierra del Lugar, en el ámbito territorial de la UT Centro Noroeste (exp. 16/2008), solamente se aducen explicaciones sobre cuestiones accesorias.

**TERCERO.-** Tras la emisión de un informe jurídico el 18 de octubre de 2010, se formuló una propuesta que el Consejero proyecta elevar al Consejo de Gobierno para que éste le autorice a reconocer las obligaciones y ordenar los pagos relativos a tales contratos.

En tal estado, el expediente fue remitido a este Consejo Jurídico para la emisión de Dictamen, teniendo entrada en su registro el día 25 de octubre de 2010,

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 unas obligaciones económicas contraídas por la Administración regional, en cuyo procedimiento de ejecución de gasto no fue respetada la previa y preceptiva fiscalización de la Intervención.

#### **SEGUNDA.- Sobre el incidente de omisión de fiscalización previsto en el artículo 33 RCIM.**

La instrucción del procedimiento puede considerarse suficiente, ya que la Intervención 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 que los contratistas han cumplido las prestaciones comprometidas 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.

No obstante, de los expedientes respectivos resultan infracciones que no deben quedar desapercibidas, dada su trascendencia en el régimen jurídico de la contratación, y es que se han incumplido los preceptos del Reglamento de Contratos de las Administraciones Públicas (Real Decreto 1098/2001, de 12 octubre) que cita el informe de la Interventora, y además el 96 de igual texto, que obliga al reajuste de anualidades en los casos de suspensiones autorizadas, con los requisitos y consecuencias que allí se citan.

Es necesario que los titulares de los órganos directivos impartan las instrucciones necesarias para que se intensifique el esmero en la instrucción de los procedimientos, evitando que puedan surgir infracciones y omisiones como las manifestadas en el expediente remitido.

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

### **CONCLUSIÓN**

**ÚNICA.**- Se dictamina favorablemente la propuesta al Consejo de Gobierno objeto de consulta.

No obstante, V.E. resolverá.





**DICTAMEN 244/2010**

**Asunto** 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

**Fecha** 01/12/2010

**Extracto de Doctrina**

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. De modo paradigmático, el Consejo de Estado y el 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.

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** Con fecha 21 de enero de 2005, el Ayuntamiento de Murcia remite a la Dirección General de Carreteras un escrito de reclamación presentado ante dicha Corporación por x., por los daños sufridos por el vehículo de su propiedad al encontrarse inundada la travesía de Santo Ángel del municipio de Murcia (carretera regional MU-302), por donde circulaba el 14 de junio de 2004. El 25 de enero de 2005, el Vicesecretario de la Consejería consultante remite la reclamación al Servicio Jurídico para su tramitación, si procediera.

Con posterioridad, el 10 de noviembre de 2006, la Consejería consultante recibió el Acuerdo de la Junta de Gobierno del Ayuntamiento de Murcia de 25 de octubre anterior, por el que se desestima la reclamación presentada al no ser de su competencia la vía afectada.

**SEGUNDO.-** Remitida la reclamación enviada por el Ayuntamiento al Servicio Jurídico de la Consejería consultante para la iniciación del expediente de responsabilidad patrimonial, la

instructora, mediante escrito de 11 de enero de 2007, se dirige al reclamante para que subsane y mejore la solicitud aportando la documentación que figura en los folios 15 y 16 del expediente.

**TERCERO.-** El 30 de enero de 2007, x. presenta ante la Consejería de Obras Públicas, Vivienda y Transportes el escrito de subsanación de deficiencias, acompañando la siguiente documentación:

- Escrito de reclamación presentado ante el Ayuntamiento de Murcia el 21 de junio de 2004, el permiso de circulación del vehículo matrícula “—” y varias facturas de fechas 14 de junio, 7 y 26 de septiembre de 2004.

- Informe del Jefe del Servicio de Extinción de Incendios y Salvamento (SEIS) del Ayuntamiento de Murcia sobre su actuación el día 14 de junio de 2004:

*“Con fecha 14 de junio de 2004 y sobre las 19,48 horas, se recibe aviso comunicando la existencia de inundación en la vía pública con motivo de la fuerte lluvia caída en Santo Ángel, junto a la óptica y la CAM.*

*Desplazados dos vehículos de este Servicio se procede a realizar desagüe en Santo Ángel a la altura de la CAM mediante motobomba portátil, evacuando el agua a través del registro de alcantarillado, también empujamos algunos coches que habían quedado parados en el interior del charco de agua.*

*Por este Servicio se desconoce los motivos de la acumulación de agua en la zona”.*

- Escrito del Servicio Jurídico de x. de 9 de septiembre de 2004, en el que transcribe un informe del Ingeniero Jefe de dicha empresa municipal:

*“Que personado en el lugar y consultados antecedentes de las actuaciones de x. el 14/6/2004 en Santo Ángel, resulta que la inundación a que hace referencia el reclamante no fue provocada en modo alguno por el servicio público de alcantarillado, sino que al parecer pudo deberse a un atranque en los tubos de canalización de la salida de la rambla, la cual conducía abundante caudal, debido a la fuerte lluvia caída ese día.*

*X. únicamente se limitó a prestar la ayuda solicitada por la Gerencia de Urbanismo al igual que lo hicieron otras instituciones como los bomberos”.*

**CUARTO.-** Solicitado informe a la Dirección General de Carreteras, es evacuado el 26 de marzo de 2008 por el Jefe de Sección II de Conservación de Carreteras, en el siguiente sentido:

*“1. En este servicio no se tiene constancia alguna del siniestro reseñado hasta el momento de su reclamación ante la Dirección General de Carreteras.*

*2. La realidad y certeza del incidente aparece reflejada en un informe del Servicio de Extinción de Incendios y Salvamento de 17 de junio de 2004 por el que manifiestan “desconocer los motivos de la acumulación de agua en la zona”.*

*3. Como queda reflejado en el informe de incidencias citado se empujaron varios automóviles que habían quedado parados en el charco de agua.*

*4. Según un informe de x., cuya copia figura en el expediente, la causa pudo deberse a un atranque de los tubos de canalización de la salida de aguas pluviales, la cual conducía abundante caudal, debido a la fuerte lluvia caída ese día.*

*5. En la actualidad existen varias rejillas que recogen las aguas pluviales de las calles Cuartel e Isaac Peral, que han sido construidas presumiblemente por los promotores de los edificios situados entre las oficinas de x, y. con licencia del Ayuntamiento de Murcia y en donde no tenemos competencia.*

*6. No existe relación alguna entre el siniestro y el funcionamiento del servicio público de carreteras, sino de los promotores inmobiliarios o de la entidad responsable de la autorización para construir en parcelas que son salida natural de las aguas pluviales que provienen de los montes próximos con la condición del establecimiento de los conductos de evacuación suficientes para evitar la inundación de la Carretera MU-302 en los casos de fuertes aguaceros”.*

**QUINTO.-** El Jefe del Parque de Maquinaria de la Dirección General de Carreteras emite un informe el 14 de octubre de 2009, en el que, además de cuestionar algunas de las facturas aportadas, realiza la siguiente observación:

*“Entendemos que el titular debería de documentar mejor las circunstancias en las que se produjo el siniestro, pues parece ser que es vecino de Santo Ángel, donde se produjo el siniestro,*

*y, quizás, presumiblemente conocedor de los problemas de drenaje de las aguas pluviales de la zona”.*

**SEXTO.-** Otorgado un trámite de audiencia al reclamante, no consta que formulara alegaciones, tras lo cual se formula propuesta de resolución desestimatoria al no existir relación de causalidad entre el siniestro y el funcionamiento del servicio público de carreteras, a tenor de los informes técnicos obrantes en el expediente.

**SÉPTIMO.-** Con fecha 15 de junio de 2010 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 para reclamar y procedimiento.**

El reclamante, al sufrir los perjuicios imputados a la actuación administrativa consistente en un deficiente estado de los elementos de una vía pública dependiente de la Administración regional, ostenta la condición de interesado para ejercitar la acción de reclamación, a tenor de lo dispuesto por el artículo 139.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), en relación con el 4.1 RRP.

En cuanto a la legitimación pasiva, ha quedado acreditada que la travesía de Santo Ángel pertenece a una carretera de titularidad regional (MU-302), según se desprende de la documentación incorporada al expediente, si bien ha de destacarse que el elemento causante del

daño (atranque de los tubos de canalización de la salida de las aguas pluviales) no forma parte de los elementos funcionales de la carretera, según se desprende del informe del Jefe de Sección II de Conservación de Carreteras (folio 51).

Por otro lado, a tenor de lo dispuesto en el artículo 142.5 LPAC, el derecho a reclamar se ha ejercitado dentro del plazo legalmente establecido, toda vez que si bien el interesado dirigió inicialmente su reclamación al Ayuntamiento de Murcia, esta Corporación, por no ser titular de la vía, remitió el escrito presentado por el interesado a la Consejería consultante el 21 de enero de 2005 para que pudiera ejercitar su competencia, dentro del año previsto en el artículo 142.5 LPAC.

El procedimiento seguido por la Administración instructora respeta, en términos generales, lo dispuesto tanto en la LPAC como en el RRP, si bien debe dejarse constancia de la excesiva tardanza en tramitar y resolver la reclamación, habiendo superado ampliamente la duración máxima que para el mismo fija el artículo 13 RRP en seis meses, al haber transcurrido más de tres años desde que se inició el procedimiento.

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

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

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

Por otro lado, la causación de la lesión resarcible puede provenir tanto de una acción como de una omisión de los servicios públicos. En el supuesto que nos ocupa, el reclamante sitúa la causa generadora de los daños en una omisión, al atribuir éstos al deficiente estado de la travesía

que se encontraba inundada, cuando circulaba el día 14 de junio de 2004. Pues bien, sólo si se consigue establecer una relación de causa a efecto entre la mencionada omisión y el daño alegado podría ser estimada la reclamación, pues el hecho de que la responsabilidad patrimonial de la Administración sea objetiva sólo exime de prueba de existencia de culpa, pero no del imprescindible nexo de causalidad entre la conducta de los servicios públicos y el daño.

De la instrucción practicada en el procedimiento resulta acreditada la realidad y certeza del evento lesivo ocurrido el 14 de junio de 2005, sobre las 19,48 horas, en la travesía de Santo Ángel, junto a la óptica y a una oficina bancaria, y que, a causa de él, se produjeron daños materiales en el vehículo siniestrado, si bien no resultan acreditados en la cuantía y extensión reclamados. La cuestión que corresponde plantearse ahora consiste en determinar si ese resultado dañoso es imputable al funcionamiento de los servicios públicos de la Administración regional, tal como pretende el reclamante.

Sin embargo, no resulta acreditada en el presente procedimiento la imputación del daño a la Administración regional y el nexo causal con el servicio público viario, como sostiene la propuesta elevada, por las siguientes razones:

1ª) Cuando se analizan las causas de la inundación de la carretera en el momento en el que circulaba el reclamante, el informe municipal del Servicio de Extinción de Incendios y Salvamento que acudió al lugar aquel día, describe que había caído una fuerte lluvia en Santo Ángel y que se procedió a desaguar a través del registro del alcantarillado, empujando a varios coches que habían quedado parados en el interior del charco.

Respecto a los motivos de la acumulación del agua en la carretera, el Jefe de Sección II de Conservación de la Dirección General de Carreteras, en alusión a lo indicado por el informe de x. (Antecedente Tercero), expresa que *“la causa pudo deberse a un atranque de los tubos de canalización de la salida de aguas pluviales, la cual conducía abundante caudal, debido a la fuerte lluvia caída ese día”*.

Pero el citado técnico concreta aún más los elementos causantes del charco de agua en la travesía urbana, atribuyendo el mismo a que *“existen varias rejillas que recogen las aguas pluviales de las calles Cuartel e Isaac Peral, que han sido construidas presumiblemente por los promotores de los edificios situados entre las oficinas de x, y, con licencia del Ayuntamiento de Murcia y en donde no tenemos competencia”*.

Concluye la citada Sección de Conservación que no existe relación alguna entre el siniestro y el funcionamiento del servicio público de carreteras, siendo atribuible a la actuación de los promotores inmobiliarios o de la Administración responsable del otorgamiento de la licencia para construir en parcelas que son salida natural de las aguas pluviales que provienen de los montes próximos, con la condición del establecimiento de los conductos de evacuación suficientes para evitar la inundación de la Carretera MU-302 en los casos de fuertes aguaceros.

Por tanto, el charco de agua en la travesía por el casco urbano de Santo Ángel no tuvo su origen en el drenaje mismo de la carretera, sino en la recogida de las aguas pluviales próximas a la carretera, donde efectivamente no ostenta competencias la Dirección General de Carreteras, a tenor de lo dispuesto en el artículo 35.3 de la Ley 9/1990, de 27 de agosto, de Carreteras de la Región de Murcia (aplicable en aquel momento) que señala: *“En las travesías de carreteras regionales corresponde a los Ayuntamientos el otorgamiento de toda clase de licencias y autorizaciones sobre los terrenos y edificaciones colindantes o situadas en las zonas de protección”*. A mayor abundamiento, el artículos 25.2, l) y 26.1, a) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases de Régimen Local, reconoce la titularidad municipal del servicio público del alcantarillado.

2ª) De otra parte, cabría preguntarse si la existencia del charco en la carretera en aquel momento denota *per se* un incumplimiento de los deberes de conservación de la vía que debía de ser eliminado de modo inmediato.

En reiterados Dictámenes (por todos, Dictamen 89/2009), 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, pues el deber de vigilancia no puede exceder de lo que sea razonablemente exigible, entre lo que no se cuenta una vigilancia tan intensa que, sin mediar lapso de tiempo no instantáneo o inmediato, cuide que el tráfico en la calzada sea libre y expedito (por todos, el Dictamen del Consejo de Estado nº 301, de 12 de mayo de 1992).

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. De modo paradigmático, el Consejo de Estado y el 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 determinantemente 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.

De las circunstancias descritas no se infiere una omisión de los deberes de conservación y señalización de la carretera, sino que el charco de agua que ocupó la travesía se debió a un fuerte aguacero que se produjo aquel día, quedando reestablecidas las condiciones de circulación el mismo día, cuando se avisó a los servicios municipales de bomberos a las 19,48 horas.

De otra parte, conviene destacar, como sugiere el informe del Parque de Maquinaria, que las circunstancias en las que se produjo el incidente no están documentadas por el reclamante, si se tiene en cuenta que en el momento de ocurrir los hechos todavía era de día (14 de junio), por lo que podía ser visible el charco de agua en la vía para poder ser evitado y, más aún, si existían otros vehículos que se habían quedado parados en la carretera; todo lo anterior suscita dudas sobre la actuación del reclamante, puesto que éste está obligado a adaptar la velocidad a las características y estado de la vía, así como a las condiciones meteorológicas, de manera que pueda detener el vehículo ante cualquier obstáculo que se pueda presentar en la carretera (artículo 19.1 RD. Legislativo 339/1990, 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).

Valoradas las circunstancias anteriormente expresadas, puede afirmarse que no ha resultado probada la responsabilidad de la Administración regional en materia viaria, aunque sea de forma concurrente con la de otras Administraciones o la del interesado, pues únicamente ha quedado probada la realidad del incidente y la producción de determinados daños, pero no su imputación al funcionamiento del servicio público viario, a la vista de las consideraciones realizadas con anterioridad.

La misma conclusión obtenida alcanzan los Dictámenes núms. 30/1998, 37/2000 y 89/2009 de este Órgano Consultivo.

Por último, tampoco han quedado probadas determinadas partidas reclamadas en relación con la forma de producción del daño, según el informe del Parque de Maquinaria del centro directivo competente (Antecedente Quinto).



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

### **CONCLUSIÓN**

**ÚNICA.-** Se dictamina favorablemente la propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación de referencia, por no acreditarse la existencia de la necesaria y adecuada relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público viario 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 245/2010**

**Asunto** Proyecto de Orden por el que se establece el currículo del ciclo formativo de grado superior correspondiente al título de Técnico Superior en Eficiencia Energética y Energía Solar Térmica en el ámbito de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.

**Consultante** Consejero de Educación, Formación y Empleo

**Fecha** 09/12/2010

**Extracto de Doctrina**

Nota: igual doctrina que la expresada en el Dictamen 157/2010.



**DICTAMEN 246/2010**

<b>Asunto</b>	Reconocimiento de la obligación y propuesta de pago derivada de la encomienda de gestión relativa a los "Servicios de Prevención y Extinción de Incendios de la CARM"
<b>Consultante</b>	Consejero de Agricultura y Agua (2004)
<b>Fecha</b>	09/12/2010

**Extracto de Doctrina**

De los expedientes respectivos resultan infracciones que no deben quedar desapercibidas, dada su trascendencia en el régimen jurídico de la contratación, y es que por un Director General se ha ejercitado una potestad que no le está atribuida y, además, no es que se haya omitido la fiscalización previa del gasto, es que se han omitido elementos tan relevantes para el expediente como la identificación de la partida presupuestaria a la que imputar el gasto y la cuantificación de éste mismo. Al respecto señalan los técnicos responsables que había una dotación presupuestaria insuficiente, afirmación abiertamente contradicha por la Interventora y que, de haber sido cierta, revelaría, entre otras posibles consecuencias, que el encargo se encontraría incurso en la causa de nulidad prevista en el artículo 36 del Texto Refundido de la Ley de Hacienda de la Región de Murcia (Decreto Legislativo 1/1999, de 2 de diciembre).

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** Una vez recibida la propuesta de pago derivada de la encomienda de gestión relativa a los "Servicios de Prevención y Extinción de Incendios de la Región de Murcia del 16 al 30 de septiembre de 2009" (440.885,33 euros), la Interventora Delegada en la Consejería de Agricultura y Agua emitió un informe el 4 de octubre de 2010, a los efectos del artículo 33.3 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 (RCIM), en el que, en síntesis, expone lo siguiente:

1) El objeto del gasto es el encargo a la empresa x. del servicio de defensa contra incendios forestales en la Región de Murcia del 16 al 30 de septiembre de 2009, realizado al amparo de lo previsto en la Disposición adicional trigésima de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público. Existe crédito presupuestario adecuado y suficiente, y se acredita que el servicio se ha prestado conforme al Pliego de Prescripciones Técnicas Particulares.

2) Además de que en el encargo a la empresa se omitió la preceptiva fiscalización previa, del examen de la documentación del expediente se desprenden otras infracciones normativas: a) de los artículos 16, m) y 35 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 normas concordantes, que atribuyen la competencia para contratar y autorizar el gasto por esa cuantía a los Consejeros, y no a los Directores Generales; b) en el encargo a la empresa no se determinaron ni el importe, ni la partida presupuestaria a la que imputar el gasto, la cual, sin embargo, sí existía.

3) No sería conveniente instar la revisión de los actos, ya que las indemnizaciones subsiguientes no sería inferiores al gasto propuesto

**SEGUNDO.-** En aplicación del artículo 33 RCIM, los técnicos responsables del expediente emitieron su memoria el 11 de octubre de 2010. Después de describir el servicio contratado, indican que *“la única explicación para el retraso en los trámites para el pago de la certificación (...) ha sido el problema de una dotación presupuestaria insuficiente (...) durante el año 2009...”*

**TERCERO.-** Tras la emisión de un informe jurídico el 19 de octubre de 2010, se formuló una propuesta que el Consejero proyecta elevar al Consejo de Gobierno para que éste le autorice a reconocer la obligación y ordenar el pago relativo a tal contrato.

En tal estado, el expediente fue remitido a este Consejo Jurídico para la emisión de Dictamen, teniendo entrada en su registro el día 25 de octubre de 2010,

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 unas obligaciones económicas contraídas por la Administración regional, en cuyo procedimiento de ejecución de gasto no fue respetada la previa y preceptiva fiscalización de la Intervención.

**SEGUNDA.- Sobre el incidente de omisión de fiscalización previsto en el artículo 33 RCIM.**

La instrucción del procedimiento puede considerarse suficiente, ya que la Intervención 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 que el contratista ha cumplido las prestaciones comprometidas 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.

No obstante, de los expedientes respectivos resultan infracciones que no deben quedar desapercibidas, dada su trascendencia en el régimen jurídico de la contratación, y es que por un Director General se ha ejercitado una potestad que no le está atribuida y, además, no es que se haya omitido la fiscalización previa del gasto, es que se han omitido elementos tan relevantes para el expediente como la identificación de la partida presupuestaria a la que imputar el gasto y la cuantificación de éste mismo. Al respecto señalan los técnicos responsables que había *una dotación presupuestaria insuficiente*, afirmación abiertamente contradicha por la Interventora y que, de haber sido cierta, revelaría, entre otras posibles consecuencias, que el encargo se encontraría incurso en la causa de nulidad prevista en el artículo 36 del Texto Refundido de la Ley de Hacienda de la Región de Murcia (Decreto Legislativo 1/1999, de 2 de diciembre).

Es necesario que los titulares de los órganos directivos impartan las instrucciones necesarias para que se intensifique el esmero en la instrucción de los procedimientos, evitando que puedan surgir infracciones y omisiones como las manifestadas en el expediente remitido y en otros relativos al mismo servicio contratado (Dictámenes 166, 202 y 217, todos ellos de 2008).

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

**CONCLUSIÓN**

**ÚNICA.-** Se dictamina favorablemente la propuesta al Consejo de Gobierno objeto de consulta.

No obstante, V.E. resolverá.



## DICTAMEN 247/2010

<b>Asunto</b>	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.
<b>Consultante</b>	Consejero de Obras Públicas y Ordenación del Territorio
<b>Fecha</b>	09/12/2010

### Extracto de Doctrina

Cabe apreciar un anormal funcionamiento de los servicios públicos de vigilancia y señalización de una autovía regional, por cuanto la acreditada existencia de un cono de señalización de obras en el medio del único carril practicable para la circulación es un obstáculo anormal e improcedente para la seguridad del tráfico.

### ANTECEDENTES

**PRIMERO.-** En fecha 31 de julio de 2007, x, en representación de x. y de --, S.A., presentó una reclamación de responsabilidad patrimonial dirigida a la Consejería de Obras Públicas, Vivienda y Transportes solicitando una indemnización de 8.816,69 euros para la primera y de 13.240 euros para la segunda, por los daños causados a consecuencia del accidente sufrido por la primera el día 3 de agosto de 2006 en la autovía regional C-415. Alega que la accidentada circulaba por el carril izquierdo de los dos existentes en la autovía, pues el derecho se encontraba cortado con conos que señalizaban obras, encontrándose de forma imprevista en el medio del carril izquierdo con un cono, de forma que, para esquivarlo y no colisionar con él, tuvo que realizar una maniobra evasiva, dando un volantazo, saliéndose de la vía por el margen izquierdo, según el sentido de la circulación, volcando sobre la mediana.

Como consecuencia de ello, indica que la accidentada sufrió lesiones que tardaron en curar 122 días, de los cuales 32 ha estado impedida para el desarrollo habitual de sus actividades, quedándole secuelas de síndrome postraumático cervical, dolor en el tobillo derecho, equiparable a lesiones de tipo ligamentosas, y perjuicio estético, según informe de valoración del daño que aporta, cuantificando éste, a partir de dicho informe, en los indicados 8.816,69 euros (según el baremo oficial aplicable en materia de accidentes de circulación, se deduce).

Además, alega que el vehículo en el que circulaba su representada, matrícula “—”, quedó en estado de siniestro total, según informe pericial que aporta, reclamando 13.240 euros por este

concepto y en nombre de la citada compañía aseguradora, por haber abonado ésta dicho importe a la accidentada asegurada, según certificado bancario que aporta.

Junto con la ya reseñada documentación, adjunta también copia de las diligencias instruidas por la Guardia Civil sobre el accidente.

**SEGUNDO.-** Con fecha 18 de septiembre de 2007 el órgano instructor de dicha Consejería admite a trámite la reclamación y requiere a los reclamantes para su subsanación y mejora, presentando éstos diversa documentación el 3 de octubre siguiente.

**TERCERO.-** El 28 de febrero de 2008 se practica la prueba testifical solicitada en su momento por los reclamantes.

**CUARTO.-** Mediante oficio de 29 de febrero de 2008, la Dirección General de Carreteras remite informe de 10 de febrero anterior de la empresa concesionaria del servicio de vigilancia y mantenimiento de la autovía C- 415, para cumplimentar así la solicitud de informe que el órgano instructor le había dirigido en su día a dicha Dirección General.

En el informe se expresa, en síntesis, lo siguiente:

*A.- A las 16:00 horas del día 3-08-2006 se recibe aviso en sala de control del siniestro de referencia por parte del personal de vigilancia de esta concesionaria desplazándose hasta el lugar el equipo de refuerzo con el fin de colaborar en las tareas de señalización, limpieza y toma de datos definidas en el protocolo de actuación para estos casos.*

*Tanto el aviso como las acciones posteriores quedan reflejados en los partes y registros de los que se dispone.*

*Por lo tanto, se confirma la realidad y certeza del suceso en cuestión.*

*B.- La salida de vía se produce en un tramo recto, con buena visibilidad y con el firme en buen estado, según confirma el atestado de la Guardia Civil de Tráfico.*

*En el momento del accidente, el vehículo siniestrado se encontraba en una zona de obras, en la cual se estaban realizando trabajos de repintado de las marcas viales en la calzada, incluidos en las actividades normalmente previstas en la conservación y mantenimiento de la autovía. Por tal*

*motivo, la circulación estaba encauzada por el carril izquierdo mediante la correspondiente señalización vertical reglamentaria y conos situados en el eje separador de ambos carriles, según estipula la normativa vigente.*

*Como se ha indicado anteriormente, la señalización vertical dispuesta para advertir de tal circunstancia, se rige en todo momento por lo dispuesto en la norma de carreteras 8.3-IC "Señalización de Obras" y en el "Manual de ejemplos de señalización de obras fijas (Mº de Fomento 1997)".*

*En el tramo afectado por las obras y con la preceptiva señalización de advertencia, se iniciaba la reducción de dos carriles a uno en el P.K. 24,6, es decir, unos 3,2 Kms. antes de donde se produjo el accidente en el P.K. 27,8. Esto supone que el vehículo ya había recorrido esa distancia por un solo carril -y supuestamente, a una velocidad limitada circunstancialmente a 80 Km/h- antes de producirse la colisión, con lo cual no cabe pensar que un cambio repentino en las condiciones del trazado y la velocidad hubieran influido en la producción del siniestro.*

*Así pues, ante las siguientes circunstancias:*

*- Advertencia de inicio de un tramo en obras mediante la preceptiva señalización y aviso previo en el panel informativo luminoso existente antes del inicio de dicho tramo, en el P.K. 18.*

*- Limitación de velocidad a 80 Km./h, circunstancialmente por obras según lo estipulado en la normativa.*

*- Circulación por un único carril, lo que supone incrementar y vigilar la distancia de seguridad con el vehículo precedente.*

*- Existencia de elementos delimitadores -conos- cuyo material constructivo (caucho) está diseñado para no producir daños en el vehículo a velocidades normales -el cono se dobla y queda atrapado en los bajos del vehículo-.*

*No se explica la reacción de la conductora al efectuar la maniobra que describe y que causa la salida de la vía, pues, circulando por un tramo en obras, a una velocidad limitada a 80 Km./h, con una distancia de seguridad suficiente respecto al vehículo precedente y con buena visibilidad, cualquier imprevisto en la calzada puede ser detectado con la suficiente antelación, permitiendo la corrección de la trayectoria o la detención del vehículo con seguridad. (...)*



*Es importante reseñar que tanto del escrito del reclamante como la declaración del testigo y el atestado instruido por la Guardia Civil no se deduce la existencia previa de un cono en la calzada, pues la brusca maniobra del vehículo precedente (por descuido, etc.) pudo ocasionar la colisión del mismo con uno de los conos, quedando posteriormente en la calzada y en la trayectoria del vehículo que le seguía – el de la reclamante-. Sólo la declaración del conductor del primer vehículo podría confirmar este supuesto.*

*Aún admitiendo la hipotética existencia del cono en la calzada, circunstancia que pudiera producirse debido a varios factores como viento fuerte, efecto de succión por parte de los vehículos pesados que circulan a más velocidad de la indicada, roces al paso de cualquier vehículo, etc., el cumplimiento de la velocidad estipulada y la distancia de seguridad respecto a los otros vehículos permiten solventar la situación esquivando el obstáculo y, en el peor de los casos, arrollándolo sin consecuencias tanto para el vehículo como para el conductor.*

*Durante todo el periodo que duraron los trabajos en la calzada, esto es, desde las 10:15 horas hasta aproximadamente las 18:00 horas, no se recibió notificación alguna – exceptuando la del siniestro en cuestión- por parte de la Guardia Civil de Tráfico, servicio 112 ó personal de vigilancia propio sobre la existencia de alguna incidencia u obstáculo en la calzada”.*

**QUINTO.-** Con fecha 11 de marzo de 2008 se acuerda un trámite de audiencia y vista del expediente, presentando alegaciones los reclamantes el siguiente 28, en las que, en síntesis, se oponen a lo expresado en el informe de la concesionaria, manifestando que, según la prueba testifical practicada, el vehículo circulaba a una velocidad de unos 80 km./hora, adecuada para la zona de obras, encontrándose sorpresivamente con un cono en medio del único carril practicable, lo que no era correcto, pues era un obstáculo indebido en la calzada, siendo lógica la reacción de la conductora tendente a esquivarlo. Se ratifican en la cuantía de las respectivas indemnizaciones solicitadas en el escrito inicial, conforme a la documentación presentada en su momento.

**SEXTO.-** El 23 de marzo de 2010 se formula propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación, acogiendo íntegramente lo expresado en el informe de la empresa concesionaria.

**SÉPTIMO.-** En la fecha y por el órgano indicado en el encabezamiento del presente se solicitó el preceptivo Dictamen de este Consejo Jurídico, 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.**

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, al versar sobre un procedimiento de responsabilidad patrimonial tramitado por la Administración regional.

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

I.- Los reclamantes, debidamente representados, ostentan legitimación para deducir las respectivas pretensiones indemnizatorias formuladas en el escrito de reclamación. Así, la conductora accidentada, por haber sufrido, en principio, las lesiones que alega en dicho escrito, por las que solicita compensación; la compañía aseguradora, por subrogación de aquélla, respecto de la indemnización solicitada en concepto de valor de sustitución del vehículo siniestrado, de titularidad de la primera, por la cantidad que dicha compañía acredita haber abonado a la citada persona.

II. Vistas las fechas de los hechos y de la presentación de la reclamación, las respectivas acciones resarcitorias han sido ejercitadas dentro del plazo anual establecido en el artículo 141.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC).

III.- En lo que se refiere al procedimiento tramitado, debe señalarse que a la concesionaria de la explotación y mantenimiento de la autovía no se la ha emplazado, al menos de modo expreso, en calidad de interesada en el procedimiento, ostentando dicha cualidad por poder afectarle su resolución, desconociendo así lo prevenido por el artículo 1.3 del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, sobre procedimientos en materia de responsabilidad patrimonial administrativa. No obstante, puede sostenerse, en una interpretación finalista del indicado trámite, tendente esencialmente a evitar indefensión en los contratistas de la Administración, que tal emplazamiento se realizó de forma implícita, en la medida en que la empresa, bien conocedora en estos supuestos de su eventual responsabilidad por la naturaleza profesional y reiterada de su actividad concesional, sabe de la existencia de la reclamación y del procedimiento, al haberle

solicitado la Dirección General de Carreteras un informe sobre la primera, hecho a partir del cual podía haberse personado como interesada y ejercer los derechos inherentes a tal condición, al margen de haber evacuado el informe solicitado. Ello no obstante, en el futuro el órgano instructor deberá realizar de modo expreso y formal el indicado emplazamiento y, en el presente expediente, como en cualquier otro de esta naturaleza, deberá notificarle la resolución del procedimiento, y obrar, respecto de dicha concesionaria, en consecuencia con lo resuelto en el mismo.

Por otra parte, lo expresado en el informe emitido por la concesionaria se considera implícitamente asumido por el referido órgano administrativo, al remitirlo al instructor en sustitución de su propio informe, por lo que puede considerarse cumplimentado este trámite preceptivo.

Se advierte que no se requirió de la Guardia Civil de Tráfico actuante la remisión de copia completa y autenticada de las diligencias instruidas por los hechos de referencia, para complementar así la copia presentada por los reclamantes. No obstante, en el presente caso no procede retrotraer el expediente a dicha fase procedimental, por razones de celeridad y economía de trámites y por no parecer necesaria tal actuación, a la vista de lo presentado por los interesados y lo informado por la concesionaria del servicio.

**TERCERA.- Relación de causalidad entre el funcionamiento de los servicios públicos de conservación y mantenimiento de carreteras y los daños por los que se reclama indemnización. Existencia. Concurrencia de responsabilidad con el conductor del vehículo.**

I. De los artículos 139 y siguientes LPAC se desprende que la Administración Pública debe responder por los daños efectivos e individualizables que, causados por el funcionamiento de los servicios públicos, los particulares no tengan el deber jurídico de soportar. Conforme con reiterada jurisprudencia y doctrina consultiva, dicha responsabilidad, cuando exista, es de carácter directo frente al perjudicado, aun cuando el servicio público del que dimanen los daños esté gestionado por un concesionario, el cual, según el caso, puede ser el responsable último de la obligación indemnizatoria y, por tanto, soportar en definitiva el perjuicio económico resultante de la responsabilidad patrimonial que se declare.

Además, y conforme asimismo con reiterada jurisprudencia, la responsabilidad patrimonial puede moderarse en la medida en que, junto con la misma, concorra responsabilidad del reclamante o de terceros en la producción del hecho dañoso, minorándose así correlativamente el importe de la indemnización que en otro caso hubiera de reconocerse.

II. En el presente caso, cabe apreciar un anormal funcionamiento de los servicios públicos de vigilancia y señalización de una autovía regional, por cuanto la acreditada existencia de un cono de señalización de obras en el medio del único carril practicable para la circulación, en el lugar señalado en el croquis obrante en las diligencias instruidas por la Guardia Civil de Tráfico (folio 14 exp.), es un obstáculo anormal e improcedente para la seguridad del tráfico. Si se examina el croquis, se llega a la conclusión de que el cono estaba originariamente ubicado en su lugar correcto, la línea longitudinal de separación de carriles, cumpliendo así su función de delimitar el carril cortado respecto del practicable de la autovía, y que circunstancias desconocidas lo movieron de dicha ubicación, para situarse en el inadecuado lugar que se indica. A partir de tan anómala situación, la presencia de dicho elemento en medio del carril puede inducir al conductor a realizar una maniobra evasiva del mismo, ante la razonable apreciación de que más allá de dicho cono pudiera existir un obstáculo más importante que él mismo (obras, máquinas o personas), sin perjuicio de que el conductor pueda tomar otra decisión, como la apuntada por la concesionaria, de arrollar tal obstáculo, pero es obvio que en ambos casos existe una inadecuada ubicación del referido elemento de señalización. A este respecto, no constando acreditada la alegación que realiza la concesionaria de que el traslado del cono se debiera a posibles causas de fuerza mayor (fuerte viento) o a maniobras de terceros vehículos realizadas en un momento inmediatamente previo (y, por ello, inevitable) al accidente producido, no cabe sino entender, vista la situación excepcional de obras en la calzada y la existencia de un único carril practicable, que era una obligación de especial intensidad de la concesionaria la de extremar por sí misma la vigilancia respecto de la correcta ubicación de los referidos conos, al margen de que pudiera o no recibir avisos de terceros al respecto, lo que determina su responsabilidad en los daños producidos.

Junto a lo anterior, no cabe desconocer tampoco la responsabilidad de la conductora en la producción de los daños, especialmente en su agravación respecto de los que razonablemente podían haberse causado de no mediar su conducta culposa. Como alega la concesionaria y no ha sido desvirtuado, la señalización de advertencia de obras en la calzada, incluyendo el corte de uno de sus carriles, estaba adecuadamente situada en la autovía y a unos 3,2 kms. antes del lugar del accidente, por lo que la conductora tuvo tiempo suficiente para cumplir su deber de adecuar su circulación a las excepcionales circunstancias de la vía, más allá de que circulara, bien a 100 kms. por hora (como manifestó ella misma en las diligencias policiales, folio 18 exp., con exceso en tal caso sobre los 80 generalmente permitidos en caso de obras, siendo ésta una prescripción que cede ante las concretas circunstancias del caso) o a los 80 kms./hora que indica el testigo declarante (conductor del vehículo que iba detrás del accidentado), pues las circunstancias concurrentes obligaban a circular en todo caso a una velocidad inferior a cualquiera de ellas y con un extremado nivel de atención; los graves daños sufridos por el vehículo son, además, indicativos

del exceso de velocidad existente, reconociéndose que de haber circulado a la velocidad adecuada se hubiera podido evitar o, al menos, minorar en gran medida los daños causados. Junto a ello, ha de considerarse también el parecer de la fuerza policial actuante en el sentido de que concurrió la falta de pericia de la conductora (folio 16 exp.), al proceder ésta a una maniobra evasiva del cono que fue demasiado brusca -imprudente, se deduce- para la situación planteada, provocando con ello la salida de la calzada y el vuelco del vehículo.

En consecuencia, ante la concurrencia de responsabilidades entre la Administración y el sujeto dañado, procede moderar la indemnización en un importe de un 50% respecto del que hubiera sido procedente reconocer en caso de no existir la responsabilidad del segundo; moderación que es extensible a la reclamación de la compañía aseguradora, por subrogarse, en lo que atañe a la reclamación por daños materiales, en la posición jurídica del primero, siéndole oponible a la misma las excepciones que se tienen contra éste.

#### **CUARTA.- La cuantía de la indemnización.**

Partiendo de lo anterior, procede analizar los daños que han de considerarse debidamente acreditados y vinculados con el accidente de que se trata.

I. Por lo que se refiere a los daños materiales, cifrados en la cantidad correspondiente al valor del vehículo siniestrado que fue abonada por la aseguradora a la titular del mismo, y a la que se ciñe la reclamación por este concepto, es decir, 13.240 euros, tal cantidad debe considerarse adecuada, con base en el informe pericial de la citada compañía, emitido con la finalidad de cumplir con su obligación con su asegurada, por lo que, en principio, no cabe dudar de su corrección. No obstante, el órgano instructor tiene la facultad de solicitar un informe al respecto a los órganos técnicos de la Administración (el Parque de Maquinaria de la Dirección General de Carreteras), para así completar la instrucción en este punto, como es el proceder habitual en esta clase de procedimientos. Por ello, a falta de otros datos, ha de reconocerse por este concepto una indemnización de 6.620 euros, correspondiente al 50% de la cantidad antes indicada, según lo razonado en la Consideración precedente.

II. Por lo que se refiere a la indemnización por daños físicos sufridos por la conductora del vehículo, que reclama únicamente por este concepto, debe decirse, en contra de lo alegado por la misma, que la mera presentación de un informe de valoración del daño corporal elaborado para su aportación a este procedimiento no resulta suficiente por sí mismo y sin mayor consideración para acreditar la realidad de los conceptos por los que reclama. En este sentido, sin negar valor a tal

informe, no cabe desconocer que se emite por un facultativo que no es el que atendió a la paciente en su proceso sanitario y, por tanto, no es el que le dio el alta médica ni valoró las secuelas tras la misma, sino que dicho facultativo parte del examen de la historia clínica facilitada por la interesada, que ésta no aporta al procedimiento (más allá del inicial informe de urgencias, desprendiéndose del citado informe que el proceso de curación se siguió en la sanidad privada), lo que impide al órgano instructor, a partir de tal historia clínica y partes de alta y baja, extraer sus propias conclusiones respecto de las secuelas y los períodos de incapacidad por los que reclama, no quedándole en tal caso otra posibilidad que la de aceptar sin más la corrección de lo expresado en el referido informe de parte, lo que no resulta admisible.

Por tal motivo, en el requerimiento efectuado en su día por el órgano instructor a la reclamante para la subsanación y mejora de la instancia (Antecedente Segundo) se indicaba la procedencia de aportar, entre otra documentación, los partes de alta y baja (folio 31 exp.), lo que, como se dice, resulta procedente tanto para justificar el periodo de incapacidad temporal de la interesada (como expresamente se indicaba en dicho requerimiento) como para conseguir la adecuada convicción sobre la realidad de las secuelas por las que se reclama, sin perjuicio todo ello, claro está, de cualquier otra documentación que la interesada estimara conveniente presentar en defensa de sus alegaciones, como el indicado informe de valoración del daño personal. Y a dicho requerimiento contestó la reclamante alegando ser suficiente el indicado informe (folio 38 exp.), lo que, como se dice, no puede ser aceptado, por las razones antes indicadas. Ello conduce a no poder considerar suficientemente acreditada la realidad de los conceptos indemnizatorios de que se trata (secuelas y periodo de incapacidad temporal), sin perjuicio de la posibilidad de conseguir tal acreditación en instancias posteriores, en su caso, mediante la aportación de documentación adicional como la que antes se ha indicado, u otra relevante al efecto.

III. En consecuencia, sólo procede reconocer indemnización por la cantidad de 6.620 euros indicada en el epígrafe I, sin perjuicio de su actualización conforme a lo establecido en el artículo 141.3 LPAC.

**QUINTA.- Responsabilidad de la empresa concesionaria.**

Como se apuntó en una Consideración precedente, los daños producidos a consecuencia del funcionamiento de unos servicios públicos gestionados por un concesionario deben ser asumidos en definitiva por éste si, existiendo responsabilidad frente al perjudicado, no existen causas que permitan afirmar que esta última debe quedar residenciada en la Administración titular del servicio, por haberse producido tales daños a consecuencia de una orden directa de la misma

(art. 198 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público). A tal efecto, sin perjuicio de su responsabilidad directa frente al perjudicado, la Administración puede declarar asimismo la responsabilidad del concesionario y, en caso de que aquélla se hubiera visto obligada a satisfacer la correspondiente indemnización al perjudicado (por no haber asumido directa y voluntariamente el concesionario tal obligación económica), puede proceder por la vía de apremio contra su contratista, estando habilitada para incautar la garantía prestada por el mismo en el contrato, destinada, entre otros supuestos, a hacer frente a todo tipo de perjuicios causados a la Administración con motivo de la prestación de los servicios contratados, pudiendo asimismo exigirle por la vía de apremio el resarcimiento de la cantidad abonada al perjudicado que no estuviese cubierta por dicha garantía, ex artículos 88,c) y 89.2 de la citada Ley.

En consecuencia, no constando en el presente caso que los daños por los que debe reconocerse indemnización sean imputables a una orden directa de la Administración (antes al contrario, fueron debidos a un incumplimiento o inobservancia del contratista de su obligación de vigilancia de la autovía, en los términos expuestos en las Consideraciones precedentes), procede declarar la responsabilidad de la empresa concesionaria por los daños por los que debe reconocerse indemnización y su consiguiente obligación de hacer frente a la indemnización indicada en la Consideración anterior, sin perjuicio en todo caso de la responsabilidad directa de la Administración regional.

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

### **CONCLUSIONES**

**PRIMERA.-** Existe relación de causalidad adecuada, a los efectos de declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración regional, entre el funcionamiento de los servicios públicos regionales de vigilancia y mantenimiento de carreteras y determinados daños por los que se reclama indemnización, por las razones expresadas en la Consideración Tercera del presente Dictamen.

**SEGUNDA.-** Junto a dicha responsabilidad, concurre la responsabilidad del perjudicado en la producción de los referidos daños, por lo que procede moderar la indemnización en otro caso procedente, en los términos expresados en la citada Consideración Tercera.

**TERCERA.-** Los daños por los que procede reconocer indemnización son los expresados en la Consideración Cuarta del Dictamen, relativos a los daños materiales producidos, no así los

daños físicos alegados, debiendo cifrarse tal indemnización en la cantidad indicada en el epígrafe III de dicha Consideración.

**CUARTA.-** Junto a lo anterior, en la resolución del presente procedimiento procede declarar la responsabilidad de la empresa concesionaria del servicio en la producción de los daños por los que ha de reconocerse indemnización, con los efectos expresados en la Consideración Quinta del presente Dictamen.

**QUINTA.-** En consecuencia con todo lo expuesto, la propuesta de resolución, desestimatoria de las dos reclamaciones de referencia, se informa favorablemente en lo que respecta a la reclamación formulada por x., y desfavorablemente en lo que respecta a la formulada por --, S.A.

No obstante, V.E. resolverá.





**DICTAMEN 248/2010**

**Asunto** 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

**Fecha** 09/12/2010

**Extracto de Doctrina**

Aunque se acredita el daño, el reclamante no ha probado la relación de causalidad con el funcionamiento del servicio público de carreteras.

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** El 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 en un accidente de tráfico, que achaca al mal estado de la calzada (Carretera F-48, Avileses-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 en 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 impeditivos.
- 15.077,16 euros por los daños materiales del vehículo.

Por último, propone como medios de prueba la testifical de las dos personas relacionadas, así como la documental que acompaña al escrito de reclamación, destacándose el informe de los agentes de la Policía Local que se personaron en el lugar tras la llamada del accidentado (folio 18).

**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 (notificado el 8 siguiente), 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, 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) cuyos agentes se personaron en el lugar, 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), elaborado el mismo día de los hechos, siendo los siguientes:

*“Que una vez en el lugar somos requeridos por el conductor y titular del vehículo que resulta ser x. (...), el cual nos manifiesta que circulando por la vía mencionada, y a la altura de un almacén de la empresa x., había pisado un montón de tierra, produciéndose el vuelco del turismo y dando varias vueltas de campana, resultando el mismo ileso del accidente.*

*Que según el requirente, el accidente se había producido por el mal estado de la vía, provocado éste por el paso de los camiones que trabajaban en las obras que el grupo x. está realizando en esa zona.*

*(...)*

*Que el vehículo presenta numerosos daños por toda la chapa, teniendo que ser retirado por una grúa particular.*

*Que en la citada calzada con denominación F-48, se observa un disco genérico de velocidad limitada a 60 Km./h. en toda la vía, pero modificada por un disco de precaución por obras, otro de velocidad limitada a 40 Km./h. por obras, otro de precaución por salida de camiones y otra indicadora de precaución por perfiles en los bordes de la calzada.*

*Que los agentes que suscriben no son testigos de lo ocurrido y solo acuden al lugar en auxilio de la posible víctima (...).”*

**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 Grupo x. 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 siguiente sentido:

*“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 la parte de la carretera que se corta durante el día, quedando la calzada en condiciones adecuadas al mismo (...).*

*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.*

*Por todo lo expuesto, el día 2 de enero de 2006 no existía autorización para cortar el tráfico al tramo de carretera afectado”.*

**NOVENO.-** Otorgado un primer 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 (un CD Rom), así como, por su peligrosidad, conforme queda acreditado con la interrupción de tráfico a partir del 18 de enero de 2006.

También consta la audiencia al Grupo --, S.A. y a --, S.A., personándose en el lugar de esta última el representante de la mercantil --, S.L., perteneciente a este último Grupo, mediante escrito presentado el 13 de mayo de 2008, en el que expone lo siguiente:

1. Que la mercantil que estaba desarrollando las actuaciones del Plan Parcial es --, S.L con quien habrán de entenderse las sucesivas actuaciones.

2. Los cuantiosos daños sufridos por el vehículo y la circunstancia de que la vía se encontrara señalizada evidencian que el reclamante conducía a una velocidad inadecuada, incumpléndose el artículo 45 del Reglamento General de Circulación, aprobado por Real Decreto 1428/2003, de 21 de noviembre.

3. Respecto a las declaraciones de los testigos, advierte la relación de parentesco de uno de ellos con el reclamante, procediendo a su tacha conforme a lo dispuesto en el artículo 377.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Respecto al segundo, advierte en sus manifestaciones contradicciones con el informe de la Policía Local en cuanto a la señalización existente.

**DÉCIMO.-** La propuesta de resolución, de 7 de julio de 2008, desestima la reclamación presentada al considerar que la actuación del conductor rompe la relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y el daño alegado.

**UNDÉCIMO.-** Recabado el Dictamen preceptivo del Consejo Jurídico, fue evacuado bajo el núm. 42/2009, recomendando que se completara 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 de Carreteras 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”.*

Finalmente, se indica que completada la instrucción deberá otorgarse un trámite de audiencia a los interesados y, previa propuesta de resolución, deberá elevarse el expediente para la emisión de Dictamen sobre las cuestiones de fondo planteadas.

**DUODÉCIMO.-** Requerido el reclamante para que aclare las cuestiones precitadas correspondientes, el letrado actuante presenta escrito el 8 de abril de 2009, en el que expresa que no ha interpuesto demanda contra la empresa responsable de las obras, y que las fotografías fueron tomadas en el lugar del accidente en los días siguientes, deduciéndose de los restos del vehículo que figuran en las mismas. En todo caso, por si fuera necesario, propone tomar declaración a uno de los testigos para que acredite el estado de la carretera.

**DECIMOTERCERO.-** Solicitado el informe del centro directivo competente sobre los extremos requeridos por nuestro Dictamen 42/2009, el Ingeniero Técnico de Obras Públicas, perteneciente al Servicio de Explotación y Seguridad Vial, emite un escueto informe el 1 de octubre de 2009, en el que expresa lo siguiente:

*“Adjunto copia de las condiciones técnicas para la realización de las obras solicitadas, así como copia del informe para la modificación de las mismas en relación al corte total de las Carreteras afectadas”.*

Acompaña las condiciones que se impusieron para la realización de las obras al Grupo --, S. L. el 22 de diciembre de 2005, entre las que se destaca que la señalización de la obra se atenderá, en todo momento, a lo dispuesto en la normativa de carreteras (Instrucción 8.3.-1C sobre señalización, balizamiento y, en su caso, defensas de obras fijas fuera de poblado, aprobada por Orden Ministerial de 31 de agosto de 1987).

También se remite un posterior informe del Servicio de Explotación y Seguridad Vial, de 13 de enero de 2006 (el accidente se produjo el 2 de enero anterior), a instancia del Grupo x., sobre ejecución de obras de urbanización y corte y desvío de Ctra. F-48 y F-49, en el que se expresa lo siguiente:

*“En relación al asunto de referencia, y debido a la complejidad y procedimiento de ejecución de los mismos, el técnico que suscribe estima procedente que sea rectificada la Condición 8ª, permaneciendo la carretera afectada cortada al tráfico en las horas nocturnas”.*

Por último, se acompaña otro informe del mismo Servicio de Explotación, de 12 de enero de 2010, en el que se indica que no existe constancia de que se hayan producido otros accidentes en el mismo tramo en obras (folio 191).

**DECIMOCUARTO.-** Otorgado un trámite de audiencia a los interesados, el reclamante presenta escrito de alegaciones el 29 de octubre de 2009 (folios 189 y 190), en el que da por reproducidas las alegaciones vertidas en el anterior trámite de audiencia y, en relación con la nueva fase de instrucción, sostiene que se ha incumplido el pliego de condiciones en el que se especificaba que “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 motivo de las obras”.

Señala que se ha acreditado con las fotografías y las declaraciones testificales que la carretera se encontraba en un estado inadecuado para el tráfico de vehículos, situación que debió ser advertida por la Administración, a la que correspondía la inspección y vigilancia, según la condición 4ª del condicionado de la autorización.

Por último, manifiesta que la circunstancia de que posteriormente a lo ocurrido se modificara la condición 8ª y se cortara la carretera al tráfico en horas nocturnas, presupone el conocimiento de la Administración sobre la situación de la vía.

**DECIMOQUINTO.-** La nueva propuesta de resolución, de 13 de mayo de 2010, desestima la reclamación presentada, al advertir una actuación inadecuada del interesado que rompa el nexo causal, pues a una velocidad de 40 Km./h. no se habría producido el accidente, existiendo señalización suficiente en el lugar en cuestión, según constata el informe de la Policía Local, sin que de la instrucción complementaria realizada se tenga conocimiento de la existencia de otros accidentes similares en el mismo lugar. Respecto al hecho de que la carretera se cortara al tráfico durante las horas nocturnas 11 días después (en realidad, se produjo 16 días después por Resolución de la Dirección General, según el informe obrante en el folio 107) se debió a que las condiciones de la ejecución de las obras cambiaron, pues si se hubiera basado en el hecho de la producción del accidente se habría adoptado con mayor rapidez.

**DECIMOSEXTO.-** Con fecha 25 de mayo de 2010 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 y procedimiento.**



1. El procedimiento se ha iniciado por reclamación de parte interesada, de conformidad con lo previsto en el artículo 139.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), en relación con el 31.1,a) de la misma Ley.

En cuanto a la legitimación pasiva queda acreditado en el expediente que la carretera donde tuvo lugar el siniestro es de titularidad autonómica (F-48, Avileses-Estación de Riquelme), según se desprende del informe del Jefe de Sección II de Conservación de la Dirección General de Carreteras.

También resulta acreditada en el presente procedimiento la legitimación de la promotora de las obras que se estaban realizando en aquel momento (--, S.L.), que se persona en el procedimiento, así como de la empresa contratista (--, S.L.), que fue la solicitante de la autorización de la Dirección General de Carreteras para la realización de obras del cruce de carretera y corte de tramos, y que fueron objeto de autorización el 22 de diciembre de 2005 (folio 107), sujeto al condicionado técnico que consta en los folios 178 a 180 del expediente. Téngase en cuenta que el reclamante consideró inicialmente como responsable del deterioro de la carretera por el paso de los camiones a la mercantil --, S.L. (Grupo x), en su condición de promotora de una urbanización colindante.

2. La acción indemnizatoria se ha ejercitado por el reclamante dentro del plazo de un año desde que se produjo el accidente, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 142.5 LPAC.

3. 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 al previsto en el citado Reglamento; no obstante, este Órgano Consultivo considera que la parquedad de las respuestas del Servicio competente de la Dirección General de Carreteras a las cuestiones suscitadas en el Dictamen 42/2009, tendentes a completar la instrucción y a despejar cualquier atisbo de duda sobre la señalización existente, no han contribuido plenamente a dicho fin; pese a ello, existe una instrucción suficiente para evacuar el presente Dictamen, en contraste con las imputaciones del reclamante, aunque se reconocen ciertas limitaciones probatorias para el ejercicio pleno de la función consultiva encomendada a este Consejo Jurídico.

Conforme a los sujetos legitimados descritos en el apartado 1, la resolución que finalmente se adopte habrá de ser notificada no sólo a la promotora --, S.L., sino también a la mercantil --, S.L. que realizaba las obras por encargo de la primera, por las razones allí indicadas.

**TERCERA.- Concurrencia de los 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.

Por tanto, presupuesto de la responsabilidad de las Administraciones Públicas es la existencia de nexo causal entre el funcionamiento del servicio público, que se concreta en el presente supuesto en el deber del titular de las vías de su mantenimiento en las mejores condiciones posibles de seguridad para la circulación (artículo 57.1 del Texto Articulado de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial, aprobado por Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo) y los daños alegados.

Según el reclamante el accidente, que tuvo el día 2 de enero de 2006 en la Carretera F-48, se produjo por el lamentable estado en que se encontraba la citada vía, que no existía prácticamente, habiendo quedando reducida a un conglomerado de piedras y tierra, que atribuye al paso de los camiones de la promotora de la urbanización colindante. En relación con la forma en que se produjo el accidente, nada se indica a este respecto en el escrito de reclamación, si bien en el informe de los agentes de la Policía Local que se personaron en el lugar (folio 18) recogen el siguiente testimonio del accidentado: *“había pisado un montón de tierra, produciéndose el vuelco del turismo y dando varias vueltas de campana, resultando el mismo ileso del accidente”*. También

que el vehículo accidentado presentaba numerosos daños por toda la chapa. De otra parte, de las declaraciones de los testigos propuestos por el reclamante se derivaría la ausencia de señalización de las obras que se ejecutaban en aquel momento.

Sin embargo, de las anteriores circunstancias descritas por el reclamante que concurrieron en la producción del accidente sólo han quedado acreditadas en el presente procedimiento, de una parte, la existencia de obras en la vía por donde circulaba aquel día por parte de la mercantil --, S.L., por encargo de --, S.L., autorizadas por el centro directivo competente y, de otra, la realidad del accidente y del daño producido, puesto que fue constatado por los agentes de la Policía Local que se personaron en el lugar.

Por el contrario, no han quedado probadas por el reclamante las restantes circunstancias tendentes a acreditar el nexo causal, puesto que:

1. Frente a lo manifestado por los testigos (uno de ellos ha sido tachado por la promotora por razones de parentesco con el reclamante) de que no existía señalización de las obras, el informe de los agentes de la Policía Local señala:

*“Que en la citada calzada con denominación F-48, se observa un disco genérico de velocidad limitada a 60 Km./h. en toda la vía, pero modificada por un disco de precaución por obras, otro de velocidad limitada a 40 Km./h. por obras, otro de precaución por salida de camiones y otra indicadora de precaución por perfiles en los bordes de la calzada”.*

El que la citada señalización fuera o no suficiente en las horas nocturnas, aunque sea una cuestión que no ha sido aclarada por el Servicio competente, es un aspecto que no ha sido discutido por la parte reclamante tras la instrucción complementaria realizada, como consecuencia de nuestro Dictamen 42/2009.

2. Frente a lo señalado en el escrito de alegaciones de que “la carretera como tal no existía, siendo un conglomerado de piedras y tierra” tampoco se ha acreditado a la vista de las fotografías aportadas, en las que en realidad se reflejan las obras que se estaban realizando en toda la zona, pero en algunas de ellas (por ejemplo, las numeradas como 793 y 797), se visualiza la calzada destinada a la circulación de vehículos (en la condición técnica 8ª que se impuso a la contratista se indicaba que debía dejarse al menos media calzada abierta a la circulación de vehículos durante el día). Además, ha de tenerse en cuenta que tales fotografías fueron tomadas durante las horas de luz en los días siguientes (no concreta el reclamante la fecha exacta, pese a que se le ha solicitado

expresamente, y la última modificación del archivo de fotografías aportado por él lleva fecha de 17 de enero de 2006) cuando las obras podrían haber cambiado en su ejecución. Sin obviar que, conforme al condicionado técnico que se impuso por el centro directivo competente a la contratista, por la noche era obligatorio que quedara expedita la calzada.

3. Sobre el obstáculo que motivó el accidente, según refiere el reclamante un montón de tierra, produciéndose el vuelco del vehículo dando varias vueltas de campana, no se visualiza en las fotografías tomadas que dicho montón de tierra se localizara en la calzada destinada al tránsito de vehículos, obstáculo que tampoco refleja el informe de los agentes de la Policía Local que se personaron en el lugar, pues de existir habría tenido que haber sido objeto de retirada inmediatamente. Distinto es que el reclamante colisionara con un montón de tierra que se ubicaba en las zonas colindantes a la calzada (al tratarse de una zona en obras), con el que chocara el reclamante al salirse del carril destinado al tránsito de vehículos, si bien en tal caso ha de tenerse en cuenta que existía, conforme a lo indicado con anterioridad, un disco de precaución por obras, otro de velocidad limitada a 40 Km./h. por obras, otro de precaución por salida de camiones y otra indicadora de precaución por perfiles en los bordes de la calzada.

4. Sobre la incidencia de la actuación del reclamante en la producción del accidente, la propuesta de resolución elevada sostiene de forma motivada que a una velocidad máxima permitida de 40 Km./h. no se hubiera producido el accidente, si el conductor se hubiera adaptado a las circunstancias de la vía, como exige el artículo 45 del Reglamento General de Circulación:

*“Todo conductor está obligado a respetar los límites máximos de velocidad establecidos y a tener en cuenta, además, sus propias condiciones físicas y psíquicas, las características y el estado de la vía, del vehículo y de su carga, las condiciones meteorológicas, ambientales y de circulación y, en general, cuantas circunstancias concurran en cada momento, a fin de adecuar la velocidad de su vehículo a las mismas, de manera que siempre pueda detenerlo dentro de los límites de su campo de visión y ante cualquier obstáculo que pudiera presentarse”.*

A este respecto, en respuesta a una de las cuestiones suscitadas por este Órgano Consultivo, el Servicio de Explotación y Seguridad Vial no tiene constancia de que se hayan producido otros accidentes (folio 191), dato que es de singular importancia en el presente caso, si se tiene en cuenta que conforme a la descripción que realiza el reclamante de la calzada por donde circulaba (inexistente), la producción de más accidentes durante aquellos días hubiera sido una consecuencia inevitable.

En suma, de lo anterior se deduce que la actuación del reclamante incidió en la producción del accidente.

5. La presunción realizada por el reclamante de vincular con el accidente la circunstancia de que la Administración regional modificara *a posteriori* el condicionado de la autorización 16 días después del accidente (Resolución de la Dirección General de Carreteras de 18 de enero de 2006), en el sentido de que durante las horas nocturnas permanecieran las carreteras afectadas cortadas al tráfico, no puede ser confirmada a la vista de que el desarrollo posterior de las obras pudo aconsejar dicha decisión (que por cierto fue adoptada a petición de la contratista, según el informe del técnico responsable en el folio 177), destacando este último que debido a la complejidad y procedimiento de ejecución de las obras, se estimó pertinente que fuera rectificada la condición 8ª, en el sentido expresado.

De otra parte, tampoco es baladí el argumento esgrimido por la propuesta elevada acerca de que si tal modificación hubiera estado motivada por el estado de la calzada en el momento del accidente, tal decisión se hubiera adoptado de forma inmediata, no 16 días después del accidente.

En suma, por las razones expresadas no se ha acreditado el nexo causal entre el funcionamiento del servicio público y el daño alegado (en igual sentido, sobre un caso similar, en nuestro Dictamen 70/00). Asimismo, por inexistencia de nexo causal, la Sentencia núm. 518/2002, de 8 de noviembre, de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Región de Murcia.

Por último, aún en la hipótesis -no acreditada en el presente procedimiento- de que la señalización nocturna no fuera la adecuada, incumpléndose por la promotora y constructora la condición impuesta por la Administración en el otorgamiento de la autorización a la mercantil ejecutora de las obras (que remitía a la Instrucción 8-3-1C ya aludida), tal actuación no sería en ningún caso imputable al servicio público viario, sino a las mercantiles responsables de dichas obras, a las que les correspondía la señalización de las obras (artículo 139.3 del Reglamento General de Circulación) conforme al condicionado, sin que por el tiempo que transcurre entre la autorización de las obras (Resolución de 22 de diciembre de 2005) y la fecha en que se produjo el accidente (el 2 de enero de 2006) pueda inferirse un incumplimiento de sus deberes de vigilancia e inspección del Servicio de Explotación y Seguridad Vial del centro directivo competente.

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

## **CONCLUSIÓN**

**ÚNICA**.- Se dictamina favorablemente la propuesta de resolución desestimatoria, al no haberse acreditado la relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público de carreteras y los daños alegados.

No obstante, V.E. resolverá.



**DICTAMEN 249/2010**

**Asunto** Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hijo, debida a accidente escolar.

**Consultante** Consejero de Educación, Formación y Empleo

**Fecha** 09/12/2010

**Extracto de Doctrina**

Una pelea entre escolares dentro del recinto escolar y en horario lectivo, en la que, además, se produce lanzamiento de piedras, no puede considerarse acorde con una adecuada prestación del servicio público educativo (entre otros, Dictamen 25/2006 de este Consejo Jurídico), en tanto que revelaría la omisión, por parte de los empleados públicos encargados de la guarda de los niños, del deber de vigilancia que les incumbe y cuyo estándar ha sido fijado por el Tribunal Supremo, en pacífica doctrina.

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** Con fecha 8 de mayo de 2009, x, y. presentan solicitud de reclamación de daños y perjuicios, como consecuencia de los daños supuestamente sufridos por su hijo, alumno de Educación infantil 4 años en el CEIP "Santa Florentina" de La Palma (Cartagena), al ser agredido por tres alumnos del centro en la hora del recreo. En la solicitud, los interesados exponen que el 16 de mayo de 2008, *"la madre fue a recogerlo al colegio y vio que llevaba varios arañazos en el cuello y cara, preguntándole al niño qué le había pasado éste le dijo que tres niños le habían pegado, obviamente la madre preguntó por si las profesoras habían intervenido y el niño dijo que no.*

*Es por la tarde cuando la madre observa que el menor está mal y decide llevarlo a Urgencias...que le diagnostican dolor osteomuscular derivado de contractura muscular cervical. Observando que el niño sigue mal regresa a urgencias los días siguientes hasta que es ingresado en el Hospital "Santa María del Rosell" de Cartagena, donde está varios días hospitalizado y en tratamiento por síndrome de escaldadura cutánea por estreptococo muy grave derivado de la agresión sufrida.*

*Del hospital fue dado de alta el 26 de mayo de 2008 y continúa con tratamiento médico tanto con el pediatra, como por varios dermatólogos que tratan de minimizar los efectos cicatrizantes de la dolencia, estando en la actualidad sometido a cuidados especiales de la piel”.*

Tras manifestar los reclamantes la poca receptividad de la Directora del Colegio a la lógica preocupación de los padres, solicitan de la Administración ser indemnizados con 12.875,38 euros en concepto de días de incapacidad, secuelas (perjuicio estético moderado), gastos de desplazamiento, farmacia e informes médicos, así como por los 12 días dejados de trabajar por la madre del menor para prestarle atención.

La reclamación se acompaña de fotocopia del Libro de Familia, documentación médica del proceso, dos fotografías del niño, informes -de un dermatólogo y de valoración del daño personal- y facturas acreditativas de los gastos por los que se reclama. También se adjunta certificado de empresa que indica los días en que la interesada faltó al trabajo para atender a su hijo.

**SEGUNDO.-** Admitida a trámite la reclamación, se designa instructora que procede a solicitar de la Dirección del centro escolar el preceptivo informe acerca de los hechos que motivan la reclamación. Emitido el 6 de julio de 2009, el informe se expresa en los siguientes términos:

*“El viernes 16 de mayo de 2008 no ocurrió nada significativo durante el período de recreo con ningún alumno. El profesorado que estaba de vigilancia de recreo afirma que no hubo ninguna pelea en el patio y que ningún alumno dio quejas de una supuesta pelea ni de que haya sido agredido.*

*Tras el período de recreo todos los alumnos regresan a las aulas (...) El alumno en cuestión, x. ..., regresa a su aula de Infantil 4 años B (...) y desarrolla las actividades escolares con normalidad desde las 12 a las 14 horas, sin quejarse ni mostrar molestias y sin comentar nada de la supuesta pelea.*

*A las 14 horas fue la madre del alumno, x. ..., a recoger al niño y le preguntó a la tutora, x. ..., si el niño se había quejado a lo largo de la mañana de un dolor en el costado, ya que desde el día anterior (jueves 15 de mayo de 2008) la madre advirtió a la tutora que el niño se quejaba de un dolor en el costado porque se había hecho daño al bajarse de la bici. La tutora responde a la madre que el niño no se quejó en ningún momento del dolor en el costado, ni el jueves ni el viernes”.*



Preguntada la Directora del Centro acerca de la vigilancia y cuidado de los alumnos en el recreo, contesta que la ratio establecida en la normativa aplicable en Educación Infantil es de un profesor cada 30 alumnos, por lo que, atendido el número de alumnos del centro en dicha etapa (139), la norma exigía cinco profesores en labores de vigilancia. En el centro vigilan diariamente cinco profesores fijos, además de otro profesor de infantil que va rotando diariamente, de manera que queden perfectamente vigiladas todas las zonas del patio de Infantil.

Asimismo, la Directora del Centro y la tutora del niño detallan los sucesos ocurridos el 16 de mayo y los sucesivos contactos con los padres, *“pudiendo observarse ambigüedades y contradicciones en los hechos descritos por la familia”*. Es del siguiente tenor literal:

*“Viernes 16 de mayo: La tutora informa:*

*Durante la hora del patio no ocurrió nada significativo con ningún alumno y nadie vino a quejarse a las maestras que estaban vigilando en el patio.*

*Posteriormente, el niño estuvo en clase dos horas sin quejarse ni comentar nada.*

*A las 14 horas vino su madre a recogerlo y preguntó a la tutora si se había quejado el niño de un dolor en el costado (porque el día anterior la madre advirtió a la tutora que se quejaba de un dolor en el costado porque se había hecho daño al bajarse de la bici). El niño no se quejó ni el día anterior, ni el viernes y la tutora así se lo dijo a la madre.*

*Lunes 19 de mayo: La tutora no viene a clase. El niño no viene al colegio (...).*

*Martes 20 de mayo: La tutora explica que cuando llega al centro y le informan de lo ocurrido se pone en contacto con la familia del alumno y habla con la madre por teléfono (el niño está hospitalizado).*

*La tutora expone que esto es lo que cuenta la madre: "El niño salió del colegio y no se quejó de nada. Ella vio que llevaba como un arañazo en el cuello y lo tenía rojo. Le preguntó a su hijo y le dijo que en el patio unos "moros" le habían tirado piedras y que él también les había pegado. La madre le preguntó si no estaba con ningún amigo de clase y el niño le dijo que no, que estaba sólo.*

*Sin más, se fueron a casa, comieron y el niño se salió a jugar al baloncesto y a la madre le extrañó que pasara a casa y se sentara, por lo que le preguntó qué le pasaba y contestó que estaba cansado y que le dolía el cuello.*

*Como la madre no se quedó tranquila, lo llevó al centro de salud de Pozo Estrecho y le dijeron que le diera Dalsy o Apiretal y que le lavara la herida del cuello con jabón neutro (...).*

*El sábado como pasó mala noche y se le inflamó el cuello, lo llevaron a urgencias del hospital Naval y allí le hicieron una radiografía y le vieron una contractura (...). Para la inflamación le mandaron una pomada. Se fueron a casa.*

*El niño pasó muy mala noche, no podía abrir los ojos y dice que le escocía todo el cuerpo.*

*El domingo fueron otra vez al hospital y les dijeron que no podía ser reacción de la crema que le habían mandado.*

*El niño estaba ya con todo el cuerpo inflamado y no podía abrir los ojos.*

*Hasta el lunes que le hicieron el cultivo, no les dijeron que la causa era una bacteria que el niño tenía en la piel, a causa del contacto del arañazo con su sangre y eso le provocó quemaduras de primer grado en todo el cuerpo.*

*El niño estaba con una vía con antibiótico y mejorando.*

*Jueves 22 de mayo: La tutora habló con la madre a las 14:30 horas, dijo que el niño estaba mucho mejor (...) y que el miércoles por la tarde ya pudo abrir los ojos. En el plazo de una semana le darían el alta.*

*(...)*

*Miércoles 28 de mayo: El padre, la madre y el niño vienen al centro y solicitan hablar con la Directora (...) La madre expone los detalles de la enfermedad de su hijo, que, a diferencia de lo informado a la tutora por teléfono, en esta ocasión la madre dice que ya el alumno salió del colegio con el cuello inflamado, sin poder moverlo y con un arañazo con sangre en el mismo. Una vez finalizada su explicación pide a la Directora el nombre de los padres de los tres alumnos que según ella "acosaron y maltrataron " a su hijo. La Directora explica que el profesorado que estuvo de*

*vigilancia de recreo el viernes 16 de mayo dice que no hubo ninguna pelea entre los alumnos, por tanto no se sabe a qué alumnos se refiere la madre y que desde el centro los tutores de Infantil 4 y 5 años han estado hablando con sus alumnos preguntando si han visto tal pelea en el patio, porque se les recuerda diariamente que no se debe pegar a los compañeros, y en todas las tutorías los alumnos han dicho que no han visto ninguna pelea.*

*También se le dijo que si la enfermedad había venido por el arañazo o podía haberse causado por cualquier otro motivo.*

*El padre un poco alterado dijo que no era lo del arañazo, que la contractura que su hijo había tenido en el cuello había sido provocada por los golpes que le habían dado los otros alumnos y que quería los nombres de los padres de estos alumnos, a lo que la Directora volvió a repetir que no podía dar esta información.*

*(...)*

*Jueves 29 de mayo: La madre llama por teléfono al colegio y solicita a la Directora si puede recibirla, a lo que la Directora responde que sí.*

*(...)*

*Nos insiste en que el alumno salió ya del colegio con el contorno de la boca rojo y que en esa zona no le habían pegado, según le dijo su hijo. También nos informa de que el alumno salió quejándose de que le dolía el costado (según recoge la tutora, de la conversación con la madre el viernes 16 de mayo, no coinciden los datos)...”.*

A dicho informe se adjuntan, entre otros, los siguientes documentos:

a) Informe de la tutora que reitera lo expresado en el informe de la Dirección acerca de los hechos del 16 de mayo.

b) Escrito firmado por todos los profesores de guardia en el recreo el día de los hechos, en el que afirman que *"no ocurrió nada significativo durante el periodo de recreo y que no hemos visto ninguna pelea del alumno x. y en ningún momento el alumno dio quejas de que haya sido agredido por otros compañeros"*.

c) Cuadro del horario de vigilancia del recreo de los maestros de Educación Infantil.

d) Plano del patio de recreo.

**TERCERO.-** Tras solicitar la instructora diversos informes (de la Unidad Técnica de Centros, de la tutora, de la Consejería de Sanidad y Consumo), sin que los evacuados se ajustaran a lo solicitado, el 24 de febrero de 2010 se emite informe del Servicio de Inspección y Prestaciones Asistenciales (Inspección Médica), en el que se realizan las siguientes consideraciones:

*“Tras estudio y análisis de la documentación aportada, historia clínica y resultado de cultivos realizados durante su ingreso, e historia de atención primaria (solicitada por Inspección Médica), la infección cutánea sufrida por el paciente parece un impétigo ampolloso generalizado producido por Streptococcus pyogenes, no descartando una posible coinfección por Staphylococcus aureus, por las características clínicas del cuadro (grandes ampollas, signo de Nikolsky positivo), aunque no se haya aislado en cultivo el microorganismo.*

*La dificultad que entraña este caso es definir el foco exacto u origen de la infección, que podría ser diferente a la herida o arañazo sufridos en la pelea escolar (niños de 5 años) y determinar el periodo de incubación.*

*Es de destacar que en ningún informe médico (una consulta en Atención Primaria, tres consultas en el Servicio de Urgencias del Hospital del Rosell y a su ingreso en dicho hospital), se haga referencia, en el apartado de exploración física, a heridas o arañazos en la piel.*

*1-Relación causa-efecto entre la presunta agresión descrita en su reclamación y los arañazos sufridos y el síndrome de "escaldadura cutánea por estreptococo" o impétigo ampolloso.*

*Los traumatismos o la rotura de la solución de continuidad de la piel pueden ser una vía de entrada de cualquier germen y producir un síndrome como el sufrido por el paciente.*

*Pero para demostrar una clara relación causa-efecto entre la infección y la agresión, debería poder demostrarse, al menos, la existencia de una infección por S. pyogenes (impétigo o cualquier otro foco de infección) en los niños que le agredieron y la descripción por parte de un facultativo de una lesión cutánea diferente a las lesiones micropapulo-eritematosas del día del ingreso.*

*Existen varios datos en la historia clínica que apuntarían a otras posibles vías de infección distintas de la cutánea: 1) endógena por contigüidad (colonización nasofaríngea o del oído medio o vías respiratorias superiores), 2) diseminación hematógena desde cualquier punto del organismo (infección urinaria, infecciones perianales, pulmón, etc.) o 3) infección exógena (portadores sanos o enfermos).*

*Primer dato:*

*El paciente la primera vez que consulta en urgencias la tarde de la supuesta agresión, refiere molestias laterocervicales de tres días de duración, lo que indica que dichas molestias comenzaron 72 horas antes de producirse los arañazos.*

*Además, en la primera consulta de urgencias (16/05/2008), no se hace mención a la agresión, probablemente porque los padres no la refieren; ni se describe en la exploración física arañazos u otras lesiones dérmicas por parte del facultativo. Esto parece indicar que el motivo de consulta era otro, pudiendo existir un proceso patológico previo a la agresión.*

*Este dato puede hacer sospechar que el foco de infección pudiera ser otro diferente al cutáneo, más frecuente y habitual en niños, como es el faríngeo, ótico o respiratorio e incluso de transmisión de persona a persona por fómites a través de portadores sanos o enfermos. Incluyendo además otras vías de entrada cutáneas como son las lesiones de rascado por escabiosis o mala higiene (...)*

*Segundo dato:*

*Las lesiones descritas en el cuello del paciente por el facultativo que escribe el informe de alta, son lesiones micropapulo-eritematosas en región cervical hace 4 días (lesiones puntiformes enrojecidas), no describe arañazos sobreinfectados, parece como si no se atreviera a hacer ese juicio, sino más bien manifestaciones cutáneas de una infección generalizada.*

*Tercer dato:*

*Los síntomas comenzaron en un corto espacio de tiempo (menos de 12 horas desde la agresión). Sí que existe descrito en la literatura que una infección con vía de entrada localizada en la piel, puede originar una infección cutánea entre 12 horas y 5 días, pero el periodo de incubación más frecuente, aceptado y publicado por la mayoría de los expertos es entre 2 y 10 días.*

*En los estudios epidemiológicos la adquisición de estreptococos del grupo A en la piel normal antecede a la aparición del impétigo en aproximadamente 10 días. Durante ese lapso, los traumatismos menores de la piel (picaduras de insecto, abrasiones) predisponen al desarrollo de la infección. (...)*

*Cuarto dato:*

*(...)*

*La leucocituria observada en el sedimento de orina hace posible que el foco fuese urinario.*

*Quinto dato:*

*El paciente presenta una bacteriemia por S. pyogenes que es menos frecuente que la ocasionada por la mayor parte de los estreptococos de las demás especies. En los niños suele tener su origen en los procesos que complican las infecciones de vías respiratorias superiores (...)*

*2- Posibilidad de que dicho síndrome tuviera su origen en otras causas distintas a la anterior. Referida en el apartado anterior y ampliada en este.*

*Aunque la modalidad de transmisión de las infecciones cutáneas estreptocócicas aún no ha sido establecida con certeza, algunas vías posibles de contagio consisten en el contacto directo, la contaminación ambiental y vectores artrópodos tales como la mosca hippelates (...)*

*En conclusión, en este caso, una solución de continuidad en la piel, si la hubo, pudo ser una vía de entrada de la infección. Aunque no se puede descartar que el origen de la infección fuera otro distinto de la lesión cutánea.*

*Tras la revisión de la historia clínica, parece que en la exploración física se descarta la infección respiratoria y otorrinolaringológica, si bien no se valoró una posible infección urinaria o infección previa curada o en proceso de curación, Y tampoco podemos descartar un origen exógeno desde la orofaringe de un portador sano o enfermo sin relación con las lesiones dérmicas.*

*3. Tiempo que normalmente tiene que transcurrir desde que se origina la causa de la infección hasta que aparecen los primeros síntomas.*

*Período de incubación de la erisipela, impétigo, síndrome de escaldadura: es aproximadamente de 2 a 5 días. Y pocas horas después aparece un área eritematosa e indurada, edemas o ampollas. (...)*

*6- Sobre la necesidad de algún otro documento o prueba.*

*La Inspección Médica ha solicitado la copia de la historia clínica obrante en Atención Primaria en vistas a que pudiera tener algún otro dato relevante de su pediatra de zona (...) El paciente presenta los siguientes antecedentes relevantes para el caso: (...)*

*- 14/09/2006: Probable amigdalitis estreptocócica. Comentario inspección: El estreptococo puede quedar acantonado en criptas amigdalares y provocar infecciones de repetición, otitis medias, infecciones cutáneas o a distancia.*

*- 23/01/2007: Fiebre de 39°C de dos días de evolución, con tos productiva, mocos y faringe hiperémica. Comentario: probable infección bacteriana.*

*- 30/03/2007: Otitis media aguda izquierda sin filiar. Comentario; Recordemos que el cuadro de escaldadura comienza en la zona laterocervical izquierda (trapecio izquierdo). Puede tener relación de contigüidad.*

*- 26/04/2007: Faringitis.*

*- 16/05/2008: Consulta por golpe en región inguinal con superficie intacta.*

*CONCLUSIÓN FINAL: Tras el análisis de la documentación obrante y solicitada por la inspección médica, no podría establecer una clara relación causa efecto entre la presunta agresión descrita en la reclamación y el síndrome de “escaldadura cutánea por estreptococo” que sufrió el niño x”.*

**CUARTO.-** Conferido trámite de audiencia, retiran los interesados copia de diversa documentación obrante en el expediente, si bien no consta que hayan presentado alegaciones o justificación adicional alguna.

**QUINTO.-** Con fecha 31 de mayo de 2010, se formula propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación al considerar la instructora que no ha quedado acreditado que la infección sufrida por el niño sea consecuencia de la supuesta agresión alegada por los padres, de donde deriva la inexistencia de nexo causal entre el daño sufrido y el funcionamiento del servicio público educativo, lo que impide declarar la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración.

En tal estado de tramitación y una vez incorporado el preceptivo índice de documentos, se remite el expediente mediante escrito recibido en el Consejo Jurídico el pasado 11 de junio de 2010.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

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

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

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

#### **SEGUNDA.- Plazo para reclamar, legitimación y procedimiento.**

1. Datando el hecho lesivo de 16 de mayo de 2008, la reclamación se interpone el 8 de mayo de 2009, por lo que cabe calificarla como temporánea, al presentarse dentro del plazo anual que para la prescripción del derecho a reclamar reconoce el artículo 142.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC).



2. La acción resarcitoria ha sido ejercitada por quienes están facultados para ello, ya que tal como resulta de la copia del Libro de Familia obrante en el expediente, los reclamantes son los padres del alumno y, al ser éste menor de edad, a sus progenitores les corresponde ejercitar su representación legal, conforme a lo dispuesto en el artículo 162 del Código Civil.

En cuanto a la legitimación pasiva, corresponde a la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia; la Consejería de Educación, 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 centro público donde ocurrió el incidente.

3. El examen conjunto de la documentación remitida permite afirmar que, con carácter general, se han cumplido los trámites legales y reglamentarios que integran esta clase de procedimientos, sin que se aprecien carencias formales esenciales.

No obstante, se advierte que en el expediente remitido al Consejo Jurídico se ha omitido el preceptivo extracto de secretaría exigido por el artículo 46.2, letra b, del Reglamento de Organización y Funcionamiento de este Órgano consultivo, aprobado por Decreto 15/1998, de 2 de abril.

**TERCERA.- Elementos de la responsabilidad patrimonial: inexistencia por falta de prueba del hecho lesivo.**

De las actuaciones practicadas puede, inicialmente, afirmarse la conformidad de este Consejo Jurídico con la propuesta de resolución que las concluye, al no advertir que concurran en el accidente sufrido por el alumno todos los requisitos que la LPAC exige para que la responsabilidad patrimonial de la Administración sea declarada.

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

En el supuesto sometido a consulta, si bien cabe considerar acreditado el daño sufrido por el niño, atendida la documentación clínica unida al procedimiento, la apreciación del nexo causal entre aquél y el funcionamiento del servicio público educativo no se aprecia.

En efecto, el título de imputación de la enfermedad del niño y sus consecuencias dañosas a la Administración derivaría de una falta de vigilancia o de adopción de las medidas adecuadas en el centro escolar que evitaran situaciones como la pelea que el menor afirma haber sostenido con otros alumnos no identificados. Desde luego que una pelea entre escolares dentro del recinto escolar y en horario lectivo, en la que, además, se produce lanzamiento de piedras, no puede considerarse acorde con una adecuada prestación del servicio público educativo (entre otros, Dictamen 25/2006 de este Consejo Jurídico), en tanto que revelaría la omisión, por parte de los empleados públicos encargados de la guarda de los niños, del deber de vigilancia que les incumbe y cuyo estándar ha sido fijado por el Tribunal Supremo, en pacífica doctrina, en los siguientes términos: “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” (STS de 26 de febrero de 1998).

Ahora bien, para poder apreciar ese déficit en la prestación del servicio público sería necesario acreditar que la pelea efectivamente se produjo y que concurrieron las circunstancias indicadas por los padres (agresión con piedras por parte de tres alumnos mayores). Sin embargo, el informe de la Dirección del centro escolar muestra que el día de los hechos, el 16 de mayo de 2008, nadie en el Colegio advirtió pelea alguna. No lo hicieron los profesores encargados de la vigilancia del recreo (había seis docentes, uno más de los exigidos por la normativa aplicable en función del número de alumnos), que controlaban toda la superficie del patio, sin ángulos muertos. Tampoco la tutora del niño, quien afirma que al reincorporarse éste a las clases tras el recreo no mostraba signos de pelea, ni efectuó manifestación alguna de haber sido agredido, siendo su actitud en el aula absolutamente normal. De hecho, ni siquiera los alumnos de las distintas clases de Educación Infantil a los que se preguntó dijeron haber presenciado pelea alguna.

Tampoco en la documentación clínica correspondiente a la asistencia sanitaria de ese mismo día se hace mención a heridas que pudieran derivar de la pelea, sino tan sólo molestias laterocervicales de tres días de evolución y que, según la tutora del niño, la madre asociaba a un incidente ajeno al centro escolar.

De lo expuesto se deduce que no puede considerarse acreditado el hecho lesivo, que permitiría conectar causalmente el daño con el servicio público educativo, de donde deriva la obligada desestimación de la reclamación.

De hecho, aunque a efectos meramente argumentativos se admitiera la existencia de la pelea, ello tampoco sería suficiente para poder apreciar el imprescindible nexo causal entre la enfermedad padecida y la omisión o déficit de prestación del servicio, atendidas las consideraciones de la Inspección Médica, que apunta diversas vías de adquisición o diseminación de la infección estreptocócica, no necesariamente relacionadas con una eventual herida superficial, y que, atendidos los antecedentes médicos del niño, no serían descartables.

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

### **CONCLUSIÓN**

**ÚNICA.**- Se dictamina favorablemente la propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación al no apreciar en el supuesto sometido a consulta la concurrencia de los elementos a los que el ordenamiento jurídico anuda el nacimiento de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas.

No obstante, V.E. resolverá.



**DICTAMEN 250/2010**

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

**Consultante** Consejera de Sanidad y Consumo

**Fecha** 09/12/2010

**Extracto de Doctrina**

Nota: igual doctrina que la expresada en el Dictamen 55.



**DICTAMEN 251/2010**

<b>Asunto</b>	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.
<b>Consultante</b>	Consejero de Obras Públicas y Ordenación del Territorio
<b>Fecha</b>	15/12/2010

**Extracto de Doctrina**

El Consejo Jurídico ha sostenido (por todos, los Dictámenes núms. 38/2003, 103/2005 y 137/2008) la existencia de nexo de causalidad entre el funcionamiento del servicio regional de carreteras y los daños sufridos por un vehículo, cuando se prueba que el daño se ha producido como consecuencia de la caída de ramas de árboles, y no ha mediado causa de fuerza mayor.

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** Con fecha 2 de mayo de 2007 tuvo entrada en el Registro General de la Consejería consultante escrito del Letrado x., en nombre y representación de x. y de la mercantil --, S.A., mediante el que reclama una indemnización de 846,44 euros para el primero y de 285,53 euros para la segunda (ésta en calidad de aseguradora del primero y pagadora de esta cantidad en razón de su contrato de seguro), por los daños sufridos en el vehículo titularidad del reclamante (Peugeot, modelo 306, matrícula “—”), al caer sobre el mismo, el 8 de agosto de 2006, una rama de un olmo colindante con la carretera regional C-330, a la altura de la pedanía de Barranda (Caravaca de la Cruz).

Acompaña a su escrito copia de la siguiente documentación:

- a) Póliza de seguro del vehículo siniestrado.
- b) Atestado levantado por la Guardia Civil de Tráfico.
- c) Informe valoración sobre los daños que presenta el automóvil.
- d) Factura de la reparación.
- e) Justificante del pago realizado por x. a --, S.A.
- f) Transferencia realizada por la aseguradora al titular del vehículo por importe de 285,53 euros.

**SEGUNDO.-** Con fecha 20 de julio de 2007, el órgano instructor requiere al letrado actuante la mejora de su solicitud mediante la aportación de la documentación compulsada que se reseña en los folios 20 a 23 del expediente.

Dicho requerimiento es cumplimentado mediante escrito de 30 de julio de 2007, en el que se indica que el accidente se produjo en el punto kilométrico 76,3 de la carretera C-330, en el término municipal de Caravaca de la Cruz. Además se unen los documentos que a continuación se señalan:

1. Escritura de poder otorgada por la mercantil --, S.A., a favor del letrado x.
2. Documentos nacionales de identidad de x. y del letrado citado.
3. Declaración del titular del vehículo en la que expresa que no ha recibido más indemnización por los daños sufridos que la efectuada por --, S.A.
4. Justificante del pago al que se hace referencia en el punto anterior.
5. Permiso de circulación del vehículo, tarjeta de inspección técnica del mismo y carné de conducir del interesado.
6. Póliza de seguro del automóvil siniestrado y recibo del pago de la anualidad correspondiente al momento en el que se produjo el accidente.
7. Factura original de la reparación.
8. Para acreditar la certeza de los hechos por lo que se reclama se remite al contenido del Atestado de la Guardia Civil de Tráfico del que ya se adjuntó copia al escrito de iniciación del expediente.
9. Se indican los números de cuentas corrientes donde se deberá proceder a realizar el abono de las cantidades reclamadas.

**TERCERO.-** El 29 de mayo de 2008, el órgano instructor solicita de la Dirección General de Carreteras informe sobre los hechos objeto de la reclamación.

El citado Centro Directivo envía comunicación el 12 de junio siguiente, en la que, en síntesis, afirma lo siguiente:

a) No se ha encontrado en el Servicio de Conservación documentación sobre el accidente.

b) La Diligencia efectuada por la Agrupación de Tráfico de la Guardia Civil se lleva a cabo un mes después de ocurrido el accidente, lo que parece indicar que no pueden corroborar la realidad y certeza del mismo.

**CUARTO.-** Haciendo uso del trámite de audiencia concedido al efecto, el letrado actuante presenta escrito de alegaciones el 8 de agosto de 2008, en el que afirma que en el Atestado de la Guardia Civil se ha cometido un error material al indicar como fecha del accidente el día 8 de septiembre de 2006, cuando en realidad ocurrió el 8 de agosto de 2006. También señala que la Guardia Civil acudió de forma inmediata al ser llamada por el interesado como se demuestra con las fotografías que se adjuntan, tomadas por los agentes que se personaron en el lugar, en las que aparecen juntos el coche siniestrado y el de la fuerza actuante (folio 64).

**QUINTO.-** Mediante escrito fechado el 24 de noviembre de 2009, el órgano instructor solicita del Parque de Maquinaria de la Dirección General de Carreteras que informe sobre los siguientes extremos:

1. Valor venal del vehículo en la fecha del accidente.
2. Valoración de los daños del vehículo atendiendo al modo de producirse el siniestro.
3. Ajuste con la realidad de los daños reclamados en relación a la reparación del vehículo.
4. Cualquier otra cuestión que se estime de interés.

Dicha petición es cumplimentada por el Jefe del citado Parque de Maquinaria, mediante informe de 27 de enero de 2010, destacándose los siguientes extremos:

1. El valor venal del vehículo, atendiendo a la antigüedad del mismo en la fecha del accidente, era de 2.800 euros.

2. Los daños ocasionados en el vehículo, que se detallan en la fotocopia de la factura presentada, pueden perfectamente corresponder con los que pueden producirse con ocasión de recibir el impacto de una rama desprendida de un árbol.

3. El coste de la reparación de dichos daños, que según la factura que se adjunta ascendería a 1.131,97 euros, se considera ajustado a la envergadura de aquéllos.

**SEXTO.-** La instructora dirige escrito a la Agrupación de Tráfico de la Guardia Civil de Caravaca de la Cruz, solicitando copia del Atestado instruido con ocasión del accidente por el que se reclama, así como aclaración sobre la fecha en la que realmente ocurrió el siniestro. En la contestación del Sargento 1º Jefe del Destacamento indica que el accidente se produjo el día 8 de agosto de 2006, aunque se consignara, por error, en la carátula el día 8 de septiembre de 2006. Se acompaña copia autenticada del Atestado, en el que figura como fecha del accidente (folio 76) el 8 de agosto del referido año y en el que se recoge como causa del mismo la caída de la rama de un árbol de grandes dimensiones.

**SÉPTIMO.-** Mediante oficio de 27 de enero de 2010 se notifica a los reclamantes la apertura de un nuevo trámite de audiencia, sin que conste que hayan formulado alegaciones.

Seguidamente, por el órgano instructor se formula propuesta de resolución estimatoria de la reclamación al considerar que los daños sufridos en el vehículo se produjeron como consecuencia de la utilización de un servicio público, sin que se haya acreditado por la Administración que el desprendimiento de la rama lo fuese por circunstancias sobrevenidas capaces de romper el nexo causal (naturaleza interna del árbol, viento o intervención de un tercero), sin que tampoco se haya constatado que se realizasen podas en la zona con la frecuencia necesaria para evitar desprendimientos como el ocurrido.

**OCTAVO.-** El 19 de julio de 2010 se recaba el Dictamen preceptivo del Consejo Jurídico, acompañando el expediente administrativo.

A la vista de los referidos Antecedentes, procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

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

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, al versar sobre una propuesta de resolución de un procedimiento de responsabilidad patrimonial tramitado por la Administración regional, concurriendo con ello, el supuesto previsto en el artículo 12.9 de la Ley 2/97, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia.



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

1. A la vista de las actuaciones obrantes en el expediente, puede afirmarse que se han realizado los trámites esenciales para poder resolver el procedimiento en cuestión. No obstante, es preciso señalar que se ha superado ampliamente el plazo máximo de resolución y notificación que el artículo 13.3 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), establece en seis meses. Especialmente destacable es la larga paralización detectada en el procedimiento (más de quince meses) desde la recepción de las alegaciones formuladas por el letrado de los reclamantes y la petición por el órgano instructor del informe al Parque de Maquinaria de la Dirección General de Carreteras, sin que, aparentemente, concorra circunstancia alguna que lo justifique, lo que colisiona frontalmente con los criterios de eficiencia, celeridad e impulso de oficio que deben inspirar la actuación administrativa.

2. En cuanto a la legitimación de los interesados para deducir las pretensiones indemnizatorias que nos ocupan, resulta clara la del titular del vehículo dañado. Igualmente en lo que se refiere a la mercantil --, S.A., en su condición de entidad aseguradora subrogada en la posición del titular del vehículo al haber abonado parte de los gastos de reparación de que se trata (cantidad que ahora reclama), y cuyo desembolso acredita mediante certificado de la entidad bancaria a través de la cual se efectuó la transferencia a favor del asegurado (folio 39 del expediente), estando, por lo tanto, legitimada para reclamar el resarcimiento de dicha cantidad, la que también es reconocida por el asegurado.

Sin embargo, el letrado actuante, aunque afirma actuar en nombre y representación de los interesados, dicha representación sólo ha quedado acreditada, mediante la aportación de escritura de poder general para pleitos obrante al folio 55 del expediente, en lo que respecta a la entidad aseguradora, sin que lo haya sido en relación con el x, pues no obra en el escrito inicial (ni en ningún otro posterior) la rúbrica de éste al efecto de poder considerar acreditado el otorgamiento de la citada representación, conforme a lo dispuesto en el artículo 32.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC). A pesar de ello la Consejería consultante, a través de diversas y sucesivas actuaciones anteriores a la propuesta de resolución (y en esta misma), reconoce la representación del interesado por el letrado actuante, por lo que cabe aplicar al caso la doctrina jurisprudencial, según la cual una vez reconocida la representación en una fase del procedimiento no puede negarse en otra ulterior, pudiéndose citar en este sentido, y entre otras, las sentencias

del Tribunal Supremo, Sala 3ª, de 11 de febrero de 1983 y de 1 de febrero de 1989; no obstante, antes de dictar resolución, se debe requerir al citado letrado, según lo dispuesto en el artículo 32.4 LPAC, para que subsane la falta de acreditación de la representación que dice ostentar, pudiendo utilizar para ello cualquiera de los medios previstos en el apartado 3 del citado precepto.

3. La pretensión indemnizatoria ha sido ejercitada dentro del plazo de un año al que se refiere el artículo 142.5 LPAC.

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

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

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

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

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

Veamos la aplicación de tales requisitos al presente supuesto:

1º) Se coincide con la propuesta de resolución en que ha quedado probado en el expediente la producción del daño, de acuerdo con el Atestado instruido por la Guardia Civil de Tráfico, Destacamento de Caravaca de la Cruz, y las fotografías que al mismo se unen.

2º) En cuanto a la acreditación de la relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y el daño alegado, ha de entenderse producida, pues, como se señala en el citado Atestado, los daños tuvieron lugar como consecuencia de la caída de una rama de grandes dimensiones y procediendo ésta de un árbol ubicado en una carretera de titularidad regional corresponde a la Administración regional la competencia para su conservación y mantenimiento, que se hacen extensivas a la zona de dominio público adyacente a la misma y a los elementos que en ella se encuentren, en orden a garantizar el uso seguro de la carretera.

Sentadas tales premisas, tampoco la Administración, a quien incumbe, ha refutado que los daños no sean imputables a la misma, simplemente se ha limitado, en el informe emitido por la Dirección General de Carreteras, a señalar sus dudas sobre la realidad de los hechos denunciados, pero sin aportar información sobre la realización de las correspondientes labores de poda o de otro tipo encaminadas a la defensa de la vía y a su mejor uso.

De lo expuesto se infiere la existencia de nexo causal entre el funcionamiento del servicio público regional con los daños producidos. A mayor abundamiento, el Consejo Jurídico ha sostenido (por todos, los Dictámenes núms. 38/2003, 103/2005 y 137/2008) la existencia de nexo de causalidad entre el funcionamiento del servicio regional de carreteras y los daños sufridos por un vehículo, cuando se prueba que el daño se ha producido como consecuencia de la caída de ramas de árboles, y no ha mediado causa de fuerza mayor.

3º) Especial consideración ha de realizarse al principio de antijuridicidad, puesto que el Consejo Jurídico considera que se trata de unos daños que el reclamante no está obligado a soportar, de conformidad con lo previsto en el artículo 141.1 de la LPAC: “*Sólo serán*

*indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley”.*

4º) Por último, la cantidad reclamada se considera acorde con los daños alegados según el informe del Parque de Maquinaria, si bien habrá de ser actualizada en los términos previstos en el artículo 141.3 LPAC.

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

### **CONCLUSIONES**

**PRIMERA.**- La representación con la que afirma actuar el letrado que interpone la reclamación no consta acreditada en relación con x. Dicho defecto procedimental deberá ser subsanado antes de que se adopte la resolución correspondiente, en los términos expresados en la Consideración Segunda, apartado 2.

**SEGUNDA.**- Se dictamina favorablemente la propuesta de resolución que estima la reclamación de responsabilidad patrimonial objeto de este Dictamen, por ser el daño imputable a la Administración regional, al existir relación de causalidad entre el mismo y el funcionamiento de sus servicios públicos.

No obstante, V.E. resolverá.



**DICTAMEN 252/2010**

**Asunto** 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

**Fecha** 15/12/2010

**Extracto de Doctrina**

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.-** El 1 de febrero de 2006, x, y. presentan reclamación de responsabilidad patrimonial ante la Dirección General de Carreteras por los daños físicos y materiales sufridos, como consecuencia del accidente de circulación ocurrido el 6 de febrero de 2005, a las 8,31 horas, cuando x. circulaba por la carretera C-3223, en el tramo que une Barinas con El Algarrobo, con un vehículo marca Renault Megane, matrícula “—”.

Según describen, *“El punto del accidente es la cerrada curva que existe a la derecha en la Cuesta del Algarrobo. Al llegar a dicho punto, y circulando a una velocidad correcta de 60 Km./h. por hora, el vehículo se salió de la vía, cayendo a la vaguada que existe en el lateral de la carretera”*.

Atribuyen la causa del accidente al mal estado e inestabilidad del asfalto, unido a que no existen protecciones en los laterales de la carretera, lo que provocó la pérdida de control del vehículo y la salida de la vía y posterior despeño del mismo.

Solicitan para el titular del vehículo (x) una indemnización de 4.000 euros por los daños materiales causados al mismo, aportando un informe de valoración de un taller, así como 8.187,04 euros por las lesiones físicas sufridas por el conductor del vehículo siniestrado (x), acompañando

los certificados médicos de baja de la Seguridad Social, así como un informe médico privado sobre las secuelas definitivas de síndrome postraumático y rigidez cervical.

**SEGUNDO.-** Con fecha de 22 de mayo de 2006, la instructora remite la reclamación y la documentación adjunta a la Dirección General de Carreteras, a los efectos de emisión de su informe preceptivo, petición que se reitera el 29 de junio siguiente.

**TERCERO.-** El mismo 22 de mayo de 2006 se notifica a los reclamantes el plazo máximo establecido en el artículo 13.3 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, para la resolución y notificación del presente procedimiento, considerando el efecto que pudiera producir el silencio administrativo, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 42.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC).

También se les requiere para que subsanen y mejoren la solicitud con la documentación que se relaciona en los folios 26 a 29, quedando en suspenso el plazo de resolución, a tenor de lo dispuesto en el artículo 42.5. a) LPAC. Entre los aspectos cuya aclaración se solicita a los interesados, se encuentran la acreditación de la realidad y certeza del suceso mediante testigos de los hechos, acta notarial testimoniada o atestado de las fuerzas de seguridad intervinientes.

Asimismo, se les comunica que se ha solicitado la emisión de informe técnico preceptivo y determinante de la resolución a la Dirección General de Carreteras, por ser titular del servicio cuyo funcionamiento haya podido causar la presunta lesión indemnizable.

**CUARTO.-** En su contestación, los reclamantes presentan escrito de 21 de junio de 2006, acompañando la documentación que obra en los folios 32 a 58 del expediente. En relación con la acreditación de las causas del accidente, refieren que no existe ningún testigo presencial directo, sí posterior, el conductor de la grúa que recogió el vehículo accidentado (Grúas x), cuyos datos figuran en la compañía de seguros y, en el caso de ser necesaria su declaración, se propone citarlo como testigo.

**QUINTO.-** El 27 de junio de 2006 se abre un periodo de prueba a fin de que se aporte fotocopia compulsada de la póliza de seguro del vehículo y del pago de la prima de la anualidad correspondiente, siendo presentado por los interesados el 18 de julio de 2006.

**SEXTO.-** El 5 de octubre de 2007, el Jefe del Parque de Maquinaria de la Dirección General de Carreteras emite informe, señalando que el valor venal del vehículo en la fecha del siniestro era de 5.460 euros.

**SÉPTIMO.-** El Jefe de Sección de Conservación I de la Dirección General de Carreteras emite informe el 23 de octubre de 2007, en el siguiente sentido:

*“1º.- No podemos confirmar la ocurrencia del acontecimiento lesivo en el lugar y día señalados en la reclamación interpuesta debido a la inexistencia de reclamación o información interna inmediata al siniestro.*

*2º.- El tramo de dicha Carretera en que se señala como el de ocurrencia del siniestro, se encuentra debidamente señalizado tanto horizontal como verticalmente, como se desprende del reportaje fotográfico aportado por el reclamante con limitación de velocidad recomendada a 60 Km./h. a través de señal específica.*

*3º.- No se tiene constancia de accidentes en ese mismo lugar y en fechas próximas tanto anteriores como posteriores a través de comunicaciones directas e inmediatas ni reclamaciones recibidas en este Servicio.*

*4º.- No existe relación de causalidad entre el siniestro y el funcionamiento anómalo del servicio público de la Carretera, ya que no queda acreditada en absoluto la ocurrencia de ese siniestro en la Carretera Regional.*

*5º.- No podemos pronunciarnos sobre la imputabilidad de esta Administración ya que la acreditación del siniestro del que sólo se nos aporta un reportaje fotográfico no está avalada por informe de la autoridad competente, es decir, Policía Local o Guardia Civil presentes o reclamados inmediatamente en el lugar de los hechos.*

*6º.- En la Carretera C-3223 y en el tramo citado de dicha carretera debido a su configuración, un vehículo circulando a 60Km./h. no puede salirse de la carretera, saltarse un tramo abandonado de la carretera antigua y salir hacia un erial colindante desplazándose unos 40 metros de su trayectoria de circulación y en un tramo de prohibición de adelantamiento.*

*7º.- Entendemos no acreditada la ocurrencia del siniestro en el día, lugar y hora señalados, así como la imposibilidad manifiesta de la salida de la vía hacia un punto tan alejado de su*

*trayectoria, habiendo mantenido la velocidad manifestada por el reclamante y recomendada por señal específica”.*

**OCTAVO.-** El 24 de septiembre de 2009 (dos años después) la instructora otorga un trámite de audiencia a los reclamantes, que presentan escrito de alegaciones el 24 de noviembre siguiente, en el sentido de ratificarse en las manifestaciones realizadas con anterioridad y en la cuantía indemnizatoria reclamada.

**NOVENO.-** La propuesta de resolución, de 28 de junio de 2010, desestima la reclamación presentada, al no constar acreditados el evento lesivo y el nexo de causalidad entre el daño alegado y el funcionamiento del servicio público de carreteras.

**DÉCIMO.-** Con fecha 9 de julio de 2010 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 de reclamación y procedimiento.**

1. El procedimiento se ha iniciado por reclamación de parte interesada (artículo 139.1 LPAC) 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, habiéndose acreditado en el expediente que el x. es titular del vehículo accidentado.

También se han probado ciertos daños físicos del otro reclamante (x), conforme a los partes de asistencia del área de Atención Primaria de Elda del día 7 de febrero de 2005 (día siguiente a la fecha en la que ocurrió el accidente) y del Servicio de Urgencias del Hospital Reina Sofía de



Murcia, al que acudió el 8 de febrero (dos días después del accidente), en el que se le diagnostica de contusión torácica y cervicalgia postraumática; a lo anterior, cabe añadir los días de baja laboral que resultan acreditados (desde el 7 de febrero a 4 de abril de 2005).

Por ello ha de modificarse la propuesta de resolución que omite la legitimación de uno de los reclamantes y confunde al titular del vehículo accidentado y al lesionado.

En cuanto a la legitimación pasiva queda acreditado en el expediente que la carretera donde tuvo lugar el siniestro es de titularidad autonómica (carretera C-3223, tramo Cuesta del Algarrobo), según señala el Jefe de Sección de Conservación I de la Dirección General de Carreteras (folio 78).

2. La acción indemnizatoria se ha ejercitado por los reclamantes dentro del plazo de un año desde que se produjo el accidente, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 142.5 LPAC, pues éste ocurrió el 6 de febrero de 2005 (el alta laboral se produjo el 4 de abril de 2005) y la acción fue ejercitada el 1 de febrero de 2006.

3. Por último, el procedimiento de responsabilidad patrimonial tramitado por la Consejería consultante se ha ajustado a lo dispuesto en los artículos 6 y ss. RRP, salvo en lo concerniente al plazo para resolver la reclamación, que ha rebasado en mucho los tiempos prudenciales para ello, sin que el tiempo invertido esté justificado en la complejidad de los trámites a realizar.

### **TERCERA.- 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.

Conforme a lo expresado en la Consideración Segunda, los reclamantes han aportado justificación documental de los daños alegados, que no ha sido cuestionada por el órgano instructor, si bien, respecto a los daños físicos del conductor no han quedado probados los 50 días reclamados como no impeditivos, siendo insuficiente, además, la prueba aportada en relación con las secuelas permanentes.

2. Funcionamiento de los servicios públicos y nexo causal con el daño producido.

A diferencia de la propuesta elevada, este Órgano Consultivo considera que existen indicios suficientes que permiten sostener que el accidente se produjo en la carretera y en el tramo indicado por los reclamantes, conforme a las manifestaciones de la aseguradora del vehículo, que atestigua el servicio prestado por una grúa en el lugar, día y hora indicados por los reclamantes (folio 10). También se infiere del parte del Servicio de Urgencias del Hospital Reina Sofía de Murcia, en el que se recoge expresamente que el paciente tuvo un accidente dos días antes, que coincide con la fecha en que se produjo. En todo caso, de existir alguna duda sobre la realidad de la ocurrencia del accidente en la carretera regional, el órgano instructor debería haber aceptado la práctica de la prueba testifical del conductor de la grúa, tal y como propusieron los interesados. Por tanto, la propuesta elevada habrá de ser modificada en el sentido de aceptar la realidad del accidente.

Por el contrario, los reclamantes no han podido probar que la causa de los daños alegados se encuentre en el estado de la carretera y, por tanto, sea imputable al servicio de conservación de carreteras, sin que exista ningún dato verificado que relacione los daños alegados con dicho estado de la carretera, 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 tramo de carretera donde se produjo el accidente se encontraba señalizado tanto vertical, como horizontalmente, según se desprende del reportaje fotográfico aportado por los reclamantes, con limitación de velocidad a 60 Km./h. a través de una señal específica.
- Conforme describe el Jefe de Sección I de Conservación, en la carretera C-3223 y en el tramo donde se produjo debido a su configuración, un vehículo circulando a 60 Km./h. no puede salirse de la carretera, saltarse un tramo abandonado de la carretera antigua y dirigirse hacia un erial colindante desplazándose a unos 40 metros de su trayectoria de circulación y en un tramo de prohibición de adelantamiento.
- No existe ningún testigo de lo sucedido y, pese a la gravedad del accidente con importantes daños materiales al vehículo que dio varias vueltas de campana, no se avisó por el conductor a la Policía Local o a la Guardia Civil de Tráfico.
- Conviene destacar que no hay constancia de otros accidentes similares en el mismo lugar ni avisos por este motivo, según refiere el técnico del centro directivo competente (folio 78).

Por todo ello, no resultan acreditados la causa del accidente y el nexo causal con el funcionamiento del servicio público, ya que no existe atestado policial ni se proponen testigos que pudieran corroborar las manifestaciones de los reclamantes, como indicábamos en nuestro Dictamen 217/2010.

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, 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 núm. 35 del 2009, pues ha de tenerse en cuenta que corresponde a los reclamantes la carga de probar los hechos en los que basan su reclamación (artículo 217 de la Ley 1/2000, de 7

de enero, de Enjuiciamiento Civil) y, en el presente caso, conforme se expone con anterioridad, no resulta acreditada la imputación del daño alegado al servicio público regional de carreteras.

3. Por último, respecto a la cuantía indemnizatoria, tampoco resultan acreditados los 50 días reclamados como no impeditivos, así como las secuelas permanentes alegadas, por las razones indicadas en el apartado 1 anterior.

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 concurrencia de los requisitos determinantes de la responsabilidad patrimonial, si bien habrá de ser modificada para corregir los aspectos atinentes a la legitimación (Consideración Segunda, 1) y a la realidad del evento lesivo, en los términos indicados en la Consideración Tercera, 2.

No obstante, V.E. resolverá.



## DICTAMEN 253/2010

<b>Asunto</b>	Responsabilidad patrimonial instada por X, en nombre y representación de su hijo, debida a accidente escolar.
<b>Consultante</b>	Consejero de Educación, Formación y Empleo
<b>Fecha</b>	15/12/2010

### Extracto de Doctrina

Existe conexión entre el daño sufrido y el servicio público educativo que omitió su obligación de mantener las instalaciones en perfectas condiciones y libres de obstáculos y objetos ajenos a la actividad deportiva que se llevaba a cabo.

### ANTECEDENTES

**PRIMERO.-** Mediante oficio de 3 de mayo de 2010, la Directora del Centro de Educación Infantil y Primaria (CEIP) Virgen del Carmen, de Cartagena, remitió a la Consejería de Educación, Formación y Empleo una solicitud de reclamación de daños y perjuicios formulada el día 28 de abril de 2010 por x, en nombre y representación de su hijo, a causa del accidente que dijo haber sufrido el menor el día 27 de abril de 2010, el cual, según su versión, habría ocurrido del siguiente modo:

*“X. sufrió una herida abierta-contusa en la cabeza (parte dcha. de la frente) fui avisado por el centro; y me personé allí, tenían a x. sentado con la herida taponada y con toda la ropa (chándal) llena de sangre, pero no estaban presentes ni la Directora ni la Jefa de Estudios, aunque sí estaban en el centro; además tuve que llevar al niño por mis propios medios al Hospital del Rosell, sin documentación del centro ni otros documentos y en el Rosell no fui atendido, por lo que tuve que llevarlo al Hospital Perpetuo Socorro”.*

Solicita indemnización por los gastos que le ha ocasionado la compra de un chándal para restituir el que llevaba el menor el día del accidente, así como por los perjuicios sufridos como consecuencia de lo que considera un negligente funcionamiento del CEIP.

A la solicitud se acompaña parte del servicio de urgencias del Hospital Perpetuo Socorro e informe de la Dirección del centro del siguiente tenor:

*“En clase de psicomotricidad un compañero va a lanzar un disco y x. se agacha dándole en la frente. Ha sido un accidente fortuito, no intencionado”.*

El siguiente día 18 de mayo la Directora del CEIP remite, para su incorporación al expediente, fotocopia compulsada del Libro de Familia, por el que se acredita el parentesco que une al reclamante con el menor, y factura original correspondiente a la compra del chándal.

**SEGUNDO.-** Admitida a trámite la reclamación y designado instructor mediante Resolución de la Secretaría General de la Consejería de Educación, Formación y Empleo de 10 de junio de 2010, se recaba el preceptivo informe del CEIP que es emitido por su Directora en el siguiente sentido:

*“Debe usted saber que el pabellón de deportes del CEIP Virgen del Carmen es de uso compartido con la Concejalía de Deportes del Ayuntamiento de Cartagena desde el curso escolar 2002-03 y sede de una de las Escuelas Municipales de Baloncesto.*

*El uso compartido conlleva:*

*Utilización de las instalaciones en horario escolar por el colegio: mañanas y tardes de lunes a jueves de 16:00 a 18:00h.*

*Utilización de las instalaciones por el Club Municipal de Baloncesto: de lunes a jueves, a partir de las 18:00h., los viernes toda la tarde-noche y los fines de semana.*

*La Concejalía de Deportes se encarga de su limpieza, mantenimiento y mejora.*

*Para no deteriorar el suelo del Pabellón, hay unos soportes que se utilizan cuando se desplazan las gradas, acción que sólo realiza la Escuela de Baloncesto, jamás el colegio. Estos soportes son de distintas medidas y formas, el disco del que hablamos no es uno de los discos de lanzamiento del material deportivo del colegio.*

*El uso compartido nunca ha generado problemas y sí beneficios al colegio.*

*El incidente se produjo en el desarrollo de la sesión de psicomotricidad o educación física adaptada y programada para los tres alumnos mayores del Aula Abierta, específica TGD, el pasado 27 de abril.*

*El lugar es el Pabellón de deportes del colegio, cuyo uso el día del accidente era exclusivo para este alumnado.*

*Están presentes los alumnos: x y, z, con x., profesora de EF.*

*La ratio del aula abierta es 6 alumnos por un profesor; la ratio de esta sesión es de 3 alumnos por un profesor.*

*La sesión se inicia con dos alumnos: x, y; porque x. ha sido llevado al despacho de dirección, a primera hora de la mañana, por la profesora de apoyo de ASTRADE, por presentar conductas disruptivas en el Aula Abierta.*

*En dirección se atiende y calma al niño.*

*Sobre las 10:00h x. es acompañado por la directora al Aula Abierta, pero sus compañeros ya se han ido al Pabellón, de deportes con la profesora de EF; al estar la profesora y la AE del aula atendiendo a los alumnos pequeños, la directora lleva a x. al Pabellón de Deportes y x. se hace cargo del alumno.*

*Desarrollo de la sesión:*

*Los dos alumnos (x, y) están jugando con unas "palas" e intentando lanzar la pelota, sobrepasando la red; todo el material es del centro. A esta actividad ya iniciada se incorpora x.*

*En un determinado momento x. se dirige a uno de los laterales del pabellón y localiza un disco de contrachapado de 15 cm de diámetro en el suelo, cerca de las gradas, y lo recoge*

*Se acercan corriendo x, y, tras ellos va la profesora de EF.*

*X. ha cogido el disco y hace ademán de lanzarlo, acción detenida por la profesora, pero en el impulso del brazo hacia atrás y como, al tiempo, x. se acerca inclinándose, el borde del disco que x. tiene en la mano golpea la frente de x.*

*Este incidente se considera totalmente fortuito.*

*La profesora se dirige inmediatamente con estos alumnos a la zona de administración, para recibir ayuda y atender tanto a x. como a x. (este último está muy nervioso tras el incidente). Allí se encuentran la profesora de ASTRADE, que trabaja habitualmente con x; una de las ordenanzas del colegio, la auxiliar educativa del aula abierta y la profesora de Educación Física.*

*X, y., vuelven al aula abierta.*

*Se auxilia inmediatamente a x., limpiando la herida y controlando el sangrado, al tiempo que se localiza a la familia por teléfono*

*X. permanece en el banco de administración.*

*La familia tarda en llegar al colegio unos 15 ó 20 minutos.*

*Durante este tiempo el alumno se mostró tranquilo.*

*Para terminar quiero mencionarle que cuando se produce el accidente de x., no estamos en el recinto escolar ni la directora ni la jefa de estudios, ya que durante este curso escolar hemos realizado varias visitas a la Consejería de Educación para solucionar cuestiones relacionadas con el colegio. Llegamos al colegio sobre las 14:00 h.*

*Encontré el protocolo de accidente escolar sobre la mesa de dirección y lo tramité inmediatamente por fax a Servicios Complementarios.*

*Al día siguiente la familia presentó en el Centro una reclamación por daños y perjuicios.*

*El padre de x. fue recibido en el despacho de dirección, por directora y jefa de estudios, manifestando que la directora debía haber acompañado al alumno al hospital.*

*Adjunto fotocopia del protocolo de actuación que tenemos recogido en el RRI del colegio, con las actuaciones a seguir”.*

**TERCERO.-** El día 30 de junio de 2010 se confiere trámite de audiencia al interesado, el cual comparece mediante escrito fechado el 2 de julio de 2010, al que adjunta copia de diversa documentación que ya constaba en el procedimiento.



Seguidamente se formula propuesta de resolución de estimación de la solicitud, al considerar que existe un nexo causal probado entre el daño y el funcionamiento del servicio público docente.

En tal estado de tramitación V.E. dispuso la remisión del expediente al Consejo Jurídico en solicitud de Dictamen, mediante escrito que tuvo entrada el día 3 de agosto de 2010.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

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

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, al versar sobre una propuesta de resolución de un procedimiento de responsabilidad patrimonial, concurriendo con ello el supuesto previsto en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia.

**SEGUNDA.- Procedimiento, legitimación, plazo de interposición y competencia para resolver el procedimiento.**

I. A la vista de las actuaciones que se constatan en el expediente remitido, puede afirmarse que se ha cumplido sustancialmente lo exigido por la Ley 30/1992. de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC) y el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, que aprueba el Reglamento de los Procedimientos en Materia de Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas (RRP) para la tramitación de esta clase de reclamaciones.

II. La reclamación ha sido formulada por persona legitimada para ello ya que, tal como resulta de la copia del Libro de Familia obrante al expediente, el reclamante es padre del alumno y, al ser éste menor de edad, le corresponde ejercitar su representación legal, conforme a lo dispuesto en el artículo 162 del Código Civil.

III. La pretensión indemnizatoria ha sido ejercitada dentro del plazo de un año al que se refiere el artículo 142.5 LPAC.

IV. La legitimación pasiva corresponde a la Administración regional y el órgano competente para resolver el procedimiento es el Consejero consultante, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 16.2, o) de la Ley 7/2004, de 28 de diciembre, de Organización y Régimen Jurídico de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.

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

I. Del sistema común de responsabilidad patrimonial que instaura la LPAC, se desprende el derecho de los particulares a ser indemnizados por la Administración correspondiente de toda lesión que sufran en cualesquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, el daño sea real, efectivo, evaluable económicamente en relación con una persona o grupo de personas, y que aquéllas no tengan el deber jurídico de soportarlo de acuerdo con la ley.

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

Por otro lado, el Consejo de Estado en reiterados Dictámenes, entre los que podemos citar el número 229/2001, mantiene un criterio similar al jurisprudencial, al señalar que el carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial de la Administración no implica que “deba responder necesariamente de todos los daños que puedan sufrir los alumnos en centros públicos, sino que, para que proceda la responsabilidad patrimonial, deberán darse los requisitos que la caracterizan, legalmente establecidos en los artículos 139 a 146 LPAC”.

Del análisis del expediente que nos ocupa se deriva la existencia de un daño efectivo, individualizado en relación con el hijo del reclamante y evaluable económicamente. Por otra parte, el daño sufrido por el menor ha de ser reputado como antijurídico, no por su forma de producirse, sobre cuya apreciación no se prejuzga ahora, sino por el hecho de que no existe, conforme a la

Ley, un deber jurídico por parte de aquél de soportarlo, y ello con independencia de que la actuación del servicio público pudiera ser tachada de anormal o no, ya que no es este aspecto el que determina la antijuridicidad del daño, sino el hecho de suponer una carga singularizada ajena a las cargas genéricas que, en relación con cada servicio, recaen sobre el conjunto de los ciudadanos, de acuerdo con las normas que lo rigen.

Sentado lo anterior, cabe ahora analizar si concurre la necesaria relación de causalidad entre el evento dañoso y la actuación administrativa. Pues bien, el examen de los hechos que sirven de base a la presente reclamación permite apreciar la existencia de un título de imputación con el servicio público educativo, adecuado y suficiente para declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración. Concretamente, la Directora del CEIP ha informado que el accidente se produce cuando un alumno coge un disco de contrachapado de 15 cm. de diámetro -que se encontraba en el suelo del pabellón, y cuya presencia era ajena a la actividad deportiva que desarrollaban el alumno lesionado y sus condiscípulos- e, involuntaria y fortuitamente, golpea en la cabeza a x. Indica la informante, que dicho artilugio forma parte de los que se usan para desplazar las gradas. La circunstancia de que la presencia del disco en la pista tuviese su origen en las actividades deportivas desarrolladas por el Ayuntamiento de Cartagena, al que se tiene cedido el uso del pabellón en el tramo horario que se recoge en el citado informe, no desvirtúa el hecho de que el servicio educativo de la Administración regional no actuó con la diligencia debida al permitir la presencia de dicho elemento adicional generador de riesgo, exorbitante del normal funcionamiento del servicio público, equivalente a un defecto en las instalaciones que, con un adecuado mantenimiento, pudiera ser evitado. La anterior afirmación se efectúa sin perjuicio del derecho que pudiera asistir a la Administración regional, en el seno de la relación convencional que le une con la Corporación Local, a reclamar, en vía de regreso, a esta última entidad por el incumplimiento en el que hubiese podido incurrir de la obligación que, al parecer, tiene contraída de realizar las labores de limpieza, mantenimiento y mejora del pabellón de deportes.

Lo anterior permite afirmar que existe conexión entre el daño sufrido y el servicio público educativo que omitió su obligación de mantener las instalaciones en perfectas condiciones y libres de obstáculos y objetos ajenos a la actividad deportiva que se llevaba a cabo. A esto cabe adicionar, como acertadamente señala la propuesta de resolución, que las especiales características de los alumnos que presentan un Trastorno General del Desarrollo (TGD), obligaba al profesorado a extremar su diligencia en el cuidado de los mismos.

II. En cuanto a los daños sufridos el reclamante hace mención a los desperfectos sufridos en el chándal que llevaba el menor, gastos médicos y demás perjuicios derivados del accidente.

Ahora bien, en el expediente sólo consta acreditado el gasto ocasionado por la adquisición de un chándal; compra que, al parecer, se hizo necesaria por haber quedado inservible el que llevaba el menor en el momento de ocurrir el accidente. Resulta, pues, que al no haberse concretado ni probado la existencia de otros daños, únicamente resultan indemnizables los gastos antes mencionados por el importe de 35 euros que se acredita haber desembolsado con la factura que obra en el expediente.

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

### **CONCLUSIONES**

**PRIMERA.**- Se informa favorablemente la propuesta de resolución por la que se estima la reclamación, por quedar acreditada la relación de causalidad entre el daño sufrido por el alumno y la prestación del servicio público educativo, no teniendo aquél el deber jurídico de soportar dicho daño.

**SEGUNDA.**- Procede indemnizar al reclamante en la cantidad de 35 euros, sin perjuicio de su actualización a la fecha en que se ponga fin al procedimiento de responsabilidad.

No obstante, V.E. resolverá.



**DICTAMEN 254/2010**

<b>Asunto</b>	Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hija, como consecuencia de los daños sufridos en accidente con su vehículo en recinto escolar.
<b>Consultante</b>	Consejero de Educación, Formación y Empleo
<b>Fecha</b>	15/12/2010

**Extracto de Doctrina**

1. En relación con la eficacia interruptiva del plazo de que se trata, por causa de la presentación de reclamaciones de responsabilidad ante Administraciones Públicas distintas de la que resulta responsable del servicio público en cuestión, este Consejo Jurídico abordó la cuestión en su Dictamen nº 131/07, de 1 de octubre, del que ha de partirse. La doctrina de las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia no ofrece una posición uniforme sobre la cuestión, aunque se decanta por negar eficacia interruptora a los requerimientos y reclamaciones de cualquier naturaleza que no vayan dirigidos contra la Administración a la que finalmente se considere responsable del daño (al margen de los supuestos relativos a la existencia de actuaciones penales), aunque existen pronunciamientos que permiten particularizar el análisis en atención a las especiales circunstancias del caso concreto.

2. En el ámbito de los procedimientos establecidos para resolver las reclamaciones de responsabilidad patrimonial, la LPAC nada prevé sobre la existencia de un trámite de admisión; en tanto que el Reglamento de los procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial, aprobado por Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo (RRP), sólo contiene una expresión ambigua en la que poder sustentar tal posibilidad reflejada en la dicción de su artículo 6.2, en la que la impulsión del procedimiento en todos sus trámites aparece condicionada al hecho de que la reclamación haya sido admitida por el órgano competente, lo que permitiría, sensu contrario, colegir la posibilidad de inadmisión. Sin embargo, ese criterio pro actione al que hacíamos referencia al principio de la presente Consideración nos lleva a una aplicación muy restrictiva de tal posibilidad, que debe quedar ceñida a hipótesis de reclamaciones no ajustadas a los términos del artículo 70 LPAC y del propio artículo 6 del Reglamento, es decir, reclamaciones defectuosas en su planteamiento, que impidan la continuación del procedimiento de no ser debidamente subsanados los requisitos omitidos, e incluso en estos supuestos resulta procedimentalmente más correcto actuar conforme a lo dispuesto en el artículo 71 de dicho texto legal.

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** Con fecha 2 de febrero de 2010, x., actuando en su propio nombre y en el de su hija, interpone reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración regional, con la pretensión de ser indemnizada por los daños sufridos por ambas y que imputa al funcionamiento del servicio público educativo dependiente de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.

Según la reclamante, el 26 de febrero de 2008, cuando viajaban en el vehículo familiar conducido por su marido y al disponerse éste a estacionar junto al lateral del colegio de sus hijos, en San Pedro del Pinatar, sufrieron lesiones de diversa consideración al introducirse la rueda delantera derecha del automóvil en una arqueta que se encontraba abierta y sin señalizar.

Del hecho queda constancia en atestado levantado por la Policía Local, que se acompaña a la reclamación.

Manifiesta la reclamante que, inicialmente, dirigió su acción frente al Ayuntamiento de San Pedro del Pinatar, al hacer constar los agentes en su informe que el accidente había ocurrido “*en la Avda. Antolinos de esta localidad*”. La Corporación Local desestima la reclamación al considerar que el siniestro ocurrió en terrenos propiedad del Instituto de Educación Secundaria “Manuel Tárraga Escribano”, por lo que sería competente para conocer de la reclamación la Administración educativa. Afirma la interesada que interpone la reclamación ante la Consejería competente en materia de educación desde el momento en que tiene conocimiento de a qué órgano le corresponde asumir la responsabilidad.

La valoración del daño personal sufrido se justifica mediante informe médico y se procede a su cuantificación aplicando el sistema establecido en la normativa relativa a la responsabilidad civil derivada de accidentes de circulación. El importe total reclamado asciende a 3.069,23 euros.

Se propone como prueba la documental consistente en el atestado policial e informe de valoración del daño, que adjunta a su escrito de solicitud, así como la testifical de los agentes que acudieron al lugar de los hechos. En el mismo escrito de reclamación se confiere representación a tres letrados.

El atestado informa que “*sobre las 14:35 (del día 25 de febrero de 2008), se persona una dotación policial compuesta por los agentes ... y ... en el lugar indicado, comprobando que el vehículo con matrícula “—”, tiene la rueda delantera derecha introducida dentro de una arqueta, la*

*cual está completamente abierta y en su interior hay cables, aunque no se puede determinar de qué tipo*". Se adjunta reportaje fotográfico.

Los informes de valoración del daño personal de ambas interesadas concluyen que la niña, de 10 años de edad en el momento del accidente, sufrió una cervicalgia postraumática, que precisó de tratamiento farmacológico y de rehabilitación durante 19 días, que se califican como no impeditivos. No presenta secuelas. La madre, por su parte, sufrió cervicalgia postraumática y tendinitis de codo derecho, de las que tardó 62 días en curar, calificados como no impeditivos, restando como secuela "*algias postraumáticas sin compromiso radicular*" que se valoran en un punto.

**SEGUNDO.-** Recabado el preceptivo informe del Director del IES "Manuel Tárraga Escribano" de San Pedro del Pinatar, se emite el 4 de marzo de 2010. Se indica en él que el centro no tuvo conocimiento del accidente hasta enero de 2009, cuando la interesada les comunica que ha interpuesto una reclamación y que el Ayuntamiento la ha derivado al centro al ser los terrenos propiedad de éste. Aunque en la reclamación se menciona que el hecho ocurre en el lateral del colegio, el Director estima que se refiere a la parte trasera del Instituto, que es donde estaban las arquetas descubiertas. El informe describe las actuaciones llevadas a cabo por el centro respecto del vallado perimetral de los terrenos donde se produce el accidente; respecto a las arquetas, manifiesta que estaban señalizadas y valladas con anterioridad al siniestro, aunque, al estar en el exterior del centro, las vallas que las protegían desaparecían habitualmente. Tras el accidente se procedió a rellenar las arquetas, para evitar caídas.

El vallado de la zona se estima que debió desmontarse con ocasión de la ampliación del centro durante el curso 2000/2001, sin que desde entonces se haya repuesto, aunque se han realizado diversas gestiones ante la Consejería y el Ayuntamiento (a través del Consejo Escolar Municipal) para su restitución.

**TERCERO.-** El 31 de mayo se confiere trámite de audiencia, con ocasión del cual presenta la interesada escrito de alegaciones para ratificarse en las de la reclamación inicial. A requerimiento de la instructora, justifica que la reclamación se presenta dentro del plazo anual de prescripción del derecho a reclamar, sobre la base de la solicitud indemnizatoria inicialmente formulada ante el Ayuntamiento de San Pedro del Pinatar, en la creencia de ser ésta la Administración competente, a lo que contribuyó que el atestado policial consignara que el accidente ocurrió en una avenida de ese municipio.

Sólo tras dictar la Corporación Local, el 3 de febrero de 2009, la resolución desestimatoria en la que se expresa que la Administración competente es la educativa, conoce la interesada a quién dirigir su pretensión indemnizatoria. Considera, en consecuencia, que la reclamación presentada el 2 de febrero de 2010 se interpone dentro del plazo de un año desde que se conoce el órgano competente para conocer de ella y, que, en consecuencia, se presenta temporáneamente.

Se adjunta copia de la resolución municipal, en la que el Ayuntamiento considera que, de existir responsabilidad, habría de deducirse ante la Administración competente en materia de Educación al derivarse los daños de un siniestro acaecido en unos terrenos de su titularidad. No obstante, entra en el fondo del asunto y desestima la reclamación al considerar que los daños no han sido consecuencia del anormal funcionamiento de los servicios públicos.

**CUARTO.-** Con fecha 6 de septiembre de 2010, la instructora formula propuesta de inadmisión de la reclamación, al considerar que fue interpuesta fuera de plazo.

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 15 de septiembre de 2010.

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 procedimiento.**

1. La reclamación se formula por persona legitimada para ello, al ser quien sufre en su persona los daños cuyo resarcimiento se solicita, lo que le confiere la condición de interesada, de conformidad con lo establecido en los artículos 139, 142.1 y 31.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento



Administrativo Común (LPAC). Asimismo, la reclamante goza de legitimación activa para solicitar la reparación del daño padecido por su hija menor de edad, en virtud de la representación legal que de ella ostenta en virtud del artículo 162 del Código Civil. Cabe advertir que no se acredita en el expediente la indicada relación de parentesco, si bien la conclusión que se alcanza en este Dictamen hace innecesario completar la instrucción para justificar tal extremo.

La legitimación pasiva corresponde a la Administración regional en tanto que titular de los terrenos en los que se ubica la instalación (arqueta), a cuyas inadecuadas condiciones de conservación y seguridad se imputan los daños. El expediente no ofrece datos acerca de si dicha arqueta corresponde a algún tipo de servicio de suministro (teléfono, electricidad, etc.), lo que, en determinadas circunstancias, podría determinar la imputación de la responsabilidad a la correspondiente empresa suministradora. No obstante, del informe del Director del Centro parece desprenderse que la Administración educativa era la responsable de su mantenimiento, cuando se indica que, tras el accidente, por el equipo directivo del centro, se decidió rellenar los registros para evitar caídas.

2. De las actuaciones obrantes en el expediente se desprende que, en lo sustancial, se han cumplido los trámites legales y reglamentarios que integran este tipo de procedimientos, de acuerdo con lo establecido en la normativa que los regula, constanding el trámite de audiencia a la interesada y el preceptivo informe del director del centro educativo.

Considera, no obstante, el Consejo Jurídico que, revistiendo especial relevancia en el supuesto sometido a consulta el dato atinente a la titularidad de los terrenos en los que se produce el percance, habría sido conveniente contar con un informe del órgano competente en materia de patrimonio que certificara dicha titularidad. Tal informe fue solicitado por la instructora a la Dirección General de Centros el 5 de mayo de 2010, sin que conste que llegara a emitirse. Del mismo modo, podría haberse solicitado del Ayuntamiento de San Pedro del Pinatar el del técnico municipal que informó acerca de la titularidad autonómica del lugar del accidente.

En cualquier caso, del informe del Director del Centro se desprende que los terrenos en los que se ubica la instalación causante del daño (arqueta abierta) pertenecen al indicado centro educativo, tomando su equipo directivo, como se ha dicho, decisiones relativas a su mantenimiento y conservación, siendo suficientes tales datos para posibilitar la imputación del daño al funcionamiento de la Administración educativa.

**TERCERA.- Plazo para reclamar: extemporaneidad de la acción.**

Se coincide con la propuesta de resolución en la apreciación de la extemporaneidad de la reclamación formulada, pues, quedando estabilizados los daños físicos alegados por la interesada el 14 de marzo de 2008 (fecha del alta médica) respecto de la niña, y el 26 de abril de 2008 (día de alta médica con secuelas) respecto de la madre, es evidente que la presentación de la solicitud de indemnización el 2 de febrero de 2010, se produce una vez transcurrido el plazo anual establecido por el artículo 142.5 LPAC para la prescripción del derecho a reclamar. Esta conclusión únicamente podría ser desvirtuada si se reconociera efecto interruptivo de la indicada prescripción a la reclamación formulada por la interesada ante el Ayuntamiento de San Pedro del Pinatar, lo que, sin embargo, no procede.

En relación con la eficacia interruptiva del plazo de que se trata, por causa de la presentación de reclamaciones de responsabilidad ante Administraciones Públicas distintas de la que resulta responsable del servicio público en cuestión, este Consejo Jurídico abordó la cuestión en su Dictamen nº 131/07, de 1 de octubre, del que ha de partirse.

Dicho Dictamen advertía que la doctrina de las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia no ofrece una posición uniforme sobre la cuestión, aunque se decanta por negar eficacia interruptora a los requerimientos y reclamaciones de cualquier naturaleza que no vayan dirigidos contra la Administración a la que finalmente se considere responsable del daño (al margen de los supuestos relativos a la existencia de actuaciones penales). Ello viene fundamentado, en unos casos, en la exigencia a estos efectos de la triple identidad de elementos (sujeto, objeto y fundamento) en la acción de reclamación, como en la STSJ del País Vasco de 28 de enero de 1998 (y, en parecida línea, las SSTSJ de Castilla-La Mancha de 23 de enero de 2002 y de Murcia de 28 de enero de 2004). Otras sentencias fundan tal postura en considerar que es una carga u obligación del reclamante averiguar la identidad de la Administración titular de la carretera en cuestión, para lo cual tiene la posibilidad de dirigir el oportuno requerimiento de información a las que pudiese considerar responsables (SSTSJ de Cantabria de 4 de febrero de 1999 y de Extremadura de 28 de Septiembre de 2001), actuación ésta que tiene plena eficacia interruptora del plazo prescriptivo frente a la Administración requerida (STSJ de Aragón de 21 de noviembre de 2003); o bien se estima necesario que en la reclamación presentada en plazo contra una Administración que finalmente resultase no ser la competente sobre el servicio público en cuestión, se hubiese planteado, al menos, la duda sobre tal extremo (STSJ de Asturias de 4 de marzo de 2004). En un sentido análogo, tampoco se reconoce virtualidad interruptora del plazo prescriptivo a la formulación de reclamaciones o requerimientos

dirigidos a un concesionario de la Administración, pero no a ésta (SSTSJ de la Rioja de 24 de mayo de 2001, de Andalucía-Sevilla de 13 de febrero de 2002, y de Murcia de 31 de enero de 2006).

Por su parte, el Dictamen nº 378/98, de 18 de marzo, del Consejo de Estado, señala que *“una actuación, para que tenga efecto interruptivo (del plazo de prescripción de que tratamos) tiene que tener carácter recepticio, es decir, tiene que dirigirse hacia el supuesto “deudor”.*

En la misma línea, su Dictamen nº 579/08, de 24 de abril, expresa lo siguiente:

*“No puede entenderse que el citado plazo quedara interrumpido por las acciones ejercidas por la solicitante contra el Ayuntamiento de Padrón. Y ello por cuanto ninguna de dichas acciones se dirigió contra la Administración General del Estado, lo que es presupuesto imprescindible para que se produzca el efecto interruptivo de la prescripción conforme al artículo 1973 del Código Civil.*

*Tampoco puede apreciarse en el caso presente que el plazo para reclamar frente a la Administración General del Estado quedara interrumpido por aplicación de lo dispuesto en el artículo 1974 del Código Civil, que previene que “la interrupción de la prescripción de acciones en las obligaciones solidarias aprovecha o perjudica por igual a todos los acreedores y deudores”. Y es que, aun cuando se afirmare que hay solidaridad entre el Ayuntamiento de Padrón y la Administración General del Estado con relación al hecho causante de los daños, se trataría de una solidaridad impropia. La doctrina y la jurisprudencia han reconocido, junto a la denominada solidaridad propia, regulada en nuestro ordenamiento jurídico en los artículos 1137 y siguientes del Código Civil, la existencia de otra modalidad de solidaridad, llamada impropia, vinculada a la responsabilidad extracontractual. Esta dimana de un ilícito, liga a los sujetos que han concurrido a su producción y surge cuando no es posible individualizar las respectivas responsabilidades. La misma doctrina y jurisprudencia han declarado que a esta última especie de solidaridad no le son aplicables todas las reglas prevenidas para la solidaridad propia y, en especial, no lo es el artículo 1974 del Código Civil, según el criterio sentado con carácter general por el Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo en Sentencia de 14 de marzo de 2003”.*

Sin perjuicio de lo expuesto, que debe considerarse el criterio general sobre la cuestión, existen pronunciamientos que permiten particularizar el análisis en atención a las especiales circunstancias del caso concreto. Así, en el de la STSJ de Andalucía-Sevilla, de 29 de noviembre de 2002, que considera que como el interesado creía razonablemente que la Administración inicialmente reclamada era la responsable del servicio cuestionado, dicha actuación es apta para interrumpir el plazo de prescripción. Y el Tribunal Supremo, aun cuando no puede considerarse que

tenga sentada doctrina al respecto, en su Sentencia de 15 de noviembre de 2002, Sala 3ª, se inclina por dar eficacia interruptora a la formulación de reclamaciones a Administraciones no competentes si concurre alguna circunstancia excepcional que así lo justifique, como en el caso allí planteado, en que la actuación de la Administración responsable llevó a confusión sobre la titularidad del servicio público; y ello en aplicación del principio general que postula una interpretación del instituto de la prescripción de acciones favorable al ejercicio de éstas, por estar fundado dicho instituto en razones de seguridad jurídica y no de justicia intrínseca, lo que se entiende especialmente aplicable en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración.

En este sentido parece ir el Dictamen del Consejo de Estado nº 1616/08, de 13 de noviembre, que expresa que *“ante todo debe destacarse que, en principio y de modo general, las actuaciones hechas ante una Administración que no es la competente no tienen, por sí, virtualidad suficiente para interrumpir el plazo de prescripción. En este caso, sin embargo, debe destacarse que la interesada se dirige ante la Administración gallega porque el atestado de la Guardia Civil considera que la carretera es autonómica y la propia Administración gallega la tramita inicialmente al confundir la vía AC-12 con la AC-211. El error viene de la denominación del tramo, que es en realidad el de la antigua N-VI, de titularidad estatal. Siendo así, debe entenderse que la duda acerca de cuál fuere la titularidad de la vía sólo se desvanece a efectos de interponer la correspondiente reclamación cuando consta efectivamente así, al manifestarlo la Administración gallega”*.

Nuestro citado Dictamen 131/07, dando un paso más en la interpretación favorable a la temporaneidad de la acción, expresaba que *“en el presente caso, y aunque en rigor no puede decirse que la Administración haya inducido a error al reclamante a la hora de determinar la titularidad del tramo de carretera en cuestión (como hubiese podido suceder, por ejemplo, si en dicho tramo se hubiera mantenido -indebidamente- una señalización indicativa del carácter estatal de la carretera, lo que no consta en el expediente), existen circunstancias que justifican que no haya de estimarse prescrita la acción dirigida contra la Administración regional, como el hecho de estar ante un singular y aislado tramo de la carretera (la travesía) que no pertenece al Estado, que, sin embargo, sigue conservando su titularidad sobre el resto de la vía; travesía que tampoco es de responsabilidad del Ayuntamiento (no consta que se le haya cedido su conservación, como sucede en otros casos), sino que fue transferida a la Comunidad Autónoma en el año 1984, como señala el informe de la Demarcación de Carreteras del Estado reseñado en el Antecedente Segundo. Dichas circunstancias, es decir, el carácter de travesía del tramo y su plena inserción en el núcleo urbano, según las fotografías obrantes en el expediente, suscitaban la razonable apariencia de que la Administración responsable de la conservación de la vía pública podía ser la municipal o la estatal,*

*pero no la autonómica; y ello sin perjuicio de que no exista norma jurídica que obligue a las Administraciones Públicas a instalar señalización sobre la titularidad de sus vías públicas”.*

En nuestro Dictamen 103/2010 llegamos a la misma conclusión acerca de la temporaneidad de la reclamación ejercitada, en atención a las circunstancias en que se produce el daño, pues el lugar donde ocurren los hechos y las circunstancias del accidente (golpe con una instalación del servicio público de agua potable de titularidad municipal instalada en un parque regional y en la zona de dominio público de una carretera de titularidad regional) eran susceptibles de llevar razonablemente a la interesada a creer que la Administración titular de la arqueta es la municipal reclamada.

En el supuesto ahora sometido a consulta, la parte actora manifiesta que inicialmente dedujo la reclamación frente a la Administración municipal de San Pedro del Pinatar, al entender que era la responsable por constar en el atestado policial que el accidente había ocurrido en una avenida de la indicada localidad. Sin embargo, de esta mera constatación no se desprende que el siniestro ocurriera en la vía pública y, por tanto, en un lugar de titularidad municipal sobre el que el Ayuntamiento vendría obligado a ejercer sus funciones de conservación y cuya omisión o deficiente prestación podrían configurar el título de imputación del daño a la actuación municipal. Y no es así porque de la resolución municipal que desestima la reclamación inicialmente interpuesta y del informe del Director del Instituto se desprende que los hechos tienen lugar en unos terrenos adyacentes al centro educativo que, en su momento, estuvieron cerrados con una valla perimetral, la cual, aunque desmontada, todavía existe en algunos tramos. En tales circunstancias, y ante la falta de evidencia de la titularidad de la arqueta y del lugar donde ésta se ubicaba, era exigible de la reclamante una actuación previa de averiguación dirigida a establecer a qué Administración eran imputables las deficientes condiciones de seguridad de la instalación que ocasionó el percance.

Al respecto, en sentencia núm. 298, de 17 de mayo de 2010, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm.2 de Murcia, tras recordar criterios jurisprudenciales ya expuestos en este Dictamen, se señala que *“en modo alguno puede dotarse de efectos interruptivos a la reclamación antes mencionada, habida cuenta que no se dirigió contra la Administración responsable y no consta, además, que el actor realizara actuación alguna dirigida a averiguar cuál era la Administración responsable, cuando era uno de los elementos constitutivos de su pretensión y, por ello, tenía la carga de averiguarlo con carácter previo al ejercicio de su acción (...) como se desprende de la doctrina del Tribunal Supremo, habrá que entender que la reclamación, para que pueda interrumpir la prescripción debe ser un acto receptivo (sic) y no basta con dirigirlo contra cualquiera, sino contra la Administración responsable. El instituto de la prescripción se fundamenta*

*en un principio de seguridad jurídica que quiebra si se permite que la acción se dirija contra la persona legitimada después de haber transcurrido más de tres años durante los cuales no ha tenido conocimiento alguno de la existencia del siniestro”.*

Negado el efecto interruptivo de la prescripción del derecho a reclamar con que la actora pretende dotar a la solicitud indemnizatoria formulada ante el Ayuntamiento de San Pedro del Pinatar, la acción ejercitada ante la Administración autonómica el 2 de febrero de 2010, respecto de unos daños que quedaron plenamente determinados y estabilizados en marzo y abril de 2008, es extemporánea.

#### **CUARTA.- Inadmisión o desestimación de la reclamación.**

La propuesta de resolución formulada por la instructora lo es de inadmisión de la reclamación, atendido su carácter extemporáneo. Sin embargo, el Consejo Jurídico considera que lo procedente es la desestimación de la pretensión indemnizatoria y no su inadmisión, conforme a la doctrina de este Órgano Consultivo acerca de tales pronunciamientos, plasmada en Dictámenes como el 112/2004 y el 132/2007, entre otros.

Con el fin de evitar la tramitación de procedimientos inútiles que carecen de razón de ser, las normas reguladoras de determinados procesos prevén un trámite de admisión, que permite declarar *a limine* la inadmisibilidad de reclamaciones, recursos o demandas que adolezcan de defectos procedimentales insubsanables. Ahora bien, el criterio antiformalista vigente en todo tipo de procedimientos, tendente a asegurar la aplicación del principio *pro actione* de forma que siempre quede garantizada la mayor viabilidad de la pretensión deducida, en orden a obtener una resolución que aborde todas las cuestiones planteadas, lleva a una aplicación muy restrictiva de esta posibilidad, de modo que sólo es posible admitirla en aquellos supuestos para los que venga expresamente prevista, y previo cumplimiento del procedimiento establecido al efecto.

Pues bien, tal como afirma el Consejo de Estado en su Dictamen número 4812/1999, la distinción entre la inadmisión y la desestimación tiene carácter procesal y sólo cobra sentido en aquellos procedimientos que constan de dos fases, una orientada a comprobar la concurrencia de los requisitos formales de la reclamación, y otra, encaminada a resolver sobre el fondo. Por ello afirma el alto órgano consultivo que *“dirigida una reclamación a la Administración en solicitud de indemnización por perjuicios derivados de una actuación administrativa, la comprobación de que no se ha presentado en tiempo hábil o de que no concurren las condiciones legales precisas para que*

*el Estado indemnice no puede concretarse en una declaración administrativa de inadmisibilidad sino en un pronunciamiento desestimatorio”.*

En efecto, en el ámbito de los procedimientos establecidos para resolver las reclamaciones de responsabilidad patrimonial, la LPAC nada prevé sobre la existencia de un trámite de admisión; en tanto que el Reglamento de los procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial, aprobado por Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo (RRP), sólo contiene una expresión ambigua en la que poder sustentar tal posibilidad reflejada en la dicción de su artículo 6.2, en la que la impulsión del procedimiento en todos sus trámites aparece condicionada al hecho de que la reclamación haya sido admitida por el órgano competente, lo que permitiría, *sensu contrario*, colegir la posibilidad de inadmisión. Sin embargo, ese criterio *pro actione* al que hacíamos referencia al principio de la presente Consideración nos lleva a una aplicación muy restrictiva de tal posibilidad, que debe quedar ceñida a hipótesis de reclamaciones no ajustadas a los términos del artículo 70 LPAC y del propio artículo 6 del Reglamento, es decir, reclamaciones defectuosas en su planteamiento, que impidan la continuación del procedimiento de no ser debidamente subsanados los requisitos omitidos, e incluso en estos supuestos resulta procedimentalmente más correcto actuar conforme a lo dispuesto en el artículo 71 de dicho texto legal.

En consecuencia, en el supuesto sometido a consulta deviene improcedente declarar la inadmisión de la solicitud indemnizatoria con base en la prescripción del derecho a reclamar de la interesada, como propone la Consejería consultante, debiendo acordarse, por el contrario, su desestimación.

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

### **CONCLUSIÓN**

**ÚNICA.-** Se dictamina desfavorablemente la propuesta de resolución que inadmite la reclamación de responsabilidad patrimonial, siendo lo procedente su desestimación, al haber sido interpuesta una vez prescrito el derecho de la interesada a reclamar, de conformidad con lo indicado en las Consideraciones Tercera y Cuarta de este Dictamen.

No obstante, V.E. resolverá.







**DICTAMEN 255/2010**

**Asunto** Revisión de oficio de diversos Acuerdos de Pleno por los que se aprueba un Convenio Urbanístico con la mercantil - - , S.L., y la posterior subrogación con la mercantil - - , S.L.

**Consultante** Ayuntamiento de Puerto Lumbreras

**Fecha** 16/12/2010

**Extracto de Doctrina**

La interpretación restrictiva que ha de hacerse de la nulidad de pleno derecho hace del procedimiento de lesividad la regla general (artículo 103 LPAC) y la revisión de oficio un cauce de utilización excepcional, como ha recogido la doctrina de este Consejo Jurídico en numerosos Dictámenes.

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** El Pleno del Ayuntamiento de Puerto Lumbreras, en su sesión de 28 de marzo de 2005, acuerda aprobar un convenio urbanístico con la mercantil --, S.L., al amparo de lo previsto en el artículo 158 de la Ley 1/2001, de 24 de abril, del Suelo de la Región de Murcia (hoy artículo 158 del Decreto Legislativo 1/2005, de 10 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Suelo de la Región de Murcia, al que nos referiremos en lo sucesivo TRSLRM), sujeto a las siguientes estipulaciones:

*“PRIMERA.- La propietaria cede gratuitamente al Ayuntamiento la propiedad en pleno dominio de 630 m2 de finca descrita, con destino a viales y zona verde, con la exclusión de 218 m2 bajo rasante, todo ello de conformidad con el plano de información que se adjunta.*

*SEGUNDA.- El Ayuntamiento queda obligado a reconocer la propiedad privada de 218 m2 del subsuelo de la zona verde y viales adquiridos, según plano informativo, y a aprobar la licencia de obras que inste la propietaria con inclusión de la ocupación de dicho subsuelo, previo cumplimiento de las condiciones legales aplicables a la licencia a conceder.*

*TERCERA.- La propietaria queda obligada a la realización de cuantas operaciones registrales sean precisas en orden al cumplimiento y ejecución del presente convenio”.*

El 18 de octubre de 2005 fue formalizado el convenio urbanístico por el Alcalde Presidente del Ayuntamiento de Puerto Lumbreras y por el representante de la mercantil --, S.L. (folio 6 del expediente).

**SEGUNDO.-** Con fecha 20 de diciembre de 2005, x., en representación de la mercantil --, S.L., y x., en representación de la mercantil --, S.L., presentan escrito ante el Ayuntamiento de Puerto Lumbreras, exponiendo que esta última mercantil ha comprado a la anterior propietaria la finca núm. 9.496, inscrita en el Registro de la Propiedad núm. 2 de Lorca (tomo 2.167, libro 93, folio 33), con los derechos y las obligaciones que conlleva el cumplimiento del convenio urbanístico precitado, en sustitución de la anterior mercantil propietaria, siempre y cuando la Corporación Municipal dé el visto bueno a la subrogación de la mercantil --, S.L. Dicha subrogación fue aceptada expresamente por acuerdo Plenario de 22 de diciembre de 2005.

**TERCERO.-** El 11 de julio de 2010 (más de 5 años después de la aprobación del convenio urbanístico referenciado), sin más antecedentes, el Secretario General del Ayuntamiento de Puerto Lumbreras emite un informe que tiene por objeto fundamentar la anulación del convenio urbanístico objeto del presente procedimiento, al considerar que la estipulación SEGUNDA contiene una cláusula en virtud de la cual el Ayuntamiento queda obligado a reconocer la propiedad privada de 218 m2 del subsuelo de la zona verde y viales adquiridos, sin que en ningún momento se haya tramitado expediente de desafectación de dicho subsuelo. Considera que el acuerdo Plenario de 28 de marzo de 2005, por el que se aprueba el convenio urbanístico, incurre en la causa de nulidad prevista para los actos administrativos en el 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): “*los dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido*”; también considera aplicable la causa de nulidad recogida en el artículo 62.1,f) de la misma Ley: “*Los actos expresos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición*”, al reconocerse a favor de la mercantil un derecho a la propiedad privada de un bien demanial, no desafectado.

**CUARTO.-** Por acuerdo Plenario de 21 de julio de 2010, se procede a la iniciación del procedimiento de revisión de oficio para declarar la nulidad de pleno derecho de los acuerdos del mismo órgano de 28 de marzo de 2005 y del posterior de 22 de diciembre del mismo año, aceptando la subrogación de la mercantil --, S.L., por las causas previstas en el artículo 62.1,e) y f) LPAC.

Otorgado un trámite de audiencia a las mercantiles interesadas (no consta el acuse de recibo) no se personan en el procedimiento, ni formulan alegaciones, según la certificación del Secretario General de la Corporación de 23 de agosto de 2010.

**QUINTO.-** Recabado el 2 de septiembre el Dictamen preceptivo del Consejo Jurídico, se adopta el 16 siguiente el Acuerdo núm. 9/2010, en virtud del cual se requiere al Ayuntamiento para que complete el expediente con las siguientes actuaciones:

*“1º) Por exigencias de la normativa reguladora del Consejo Jurídico que abajo se cita, falta la propuesta de resolución del órgano instructor que se eleva a consulta de este Órgano Consultivo, tras los trámites de audiencia otorgados.*

*En dicha propuesta habrá de especificarse motivadamente la causa que vicia de nulidad de pleno derecho el acuerdo Plenario de 28 de marzo de 2005, frente a la regla general de la anulabilidad (las causas de nulidad han de ser interpretadas restrictivamente), pues en el caso de un supuesto de invalidez relativa habría de acudir a la vía de impugnación prevista en el artículo 103 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), siempre y cuando concurrieran los requisitos allí establecidos.*

*2º) No constan en el expediente las actuaciones posteriores a la suscripción del convenio urbanístico el 18 de octubre de 2005, que aclaren si se ha hecho efectiva la cesión al municipio de la zona verde y del viario de titularidad privada (630 m2), si se ha solicitado la licencia de obras por la mercantil subrogada para construir el edificio de viviendas y bajos comerciales con parking, etc., todo ello en atención al tiempo transcurrido desde la firma (...).*

*3º) Debe incorporarse al procedimiento un informe del técnico municipal que detalle, entre otros extremos, si el uso del aparcamiento del subsuelo y la reordenación de la zona se encuentra prevista en algún instrumento de planeamiento urbanístico, si para la cesión de la zona verde y el viario se requiere de un instrumento de gestión ulterior (el artículo 167 de la Ley del Suelo de la Región de Murcia está previsto para la regularización del viario) y, en suma, si en opinión del facultativo se requieren actuaciones urbanísticas posteriores para la ejecución del citado convenio urbanístico.*

*4º) Por último, convendría tener en cuenta que el artículo 102.5 LPAC establece que el transcurso de los tres meses desde la iniciación producirá la caducidad del procedimiento, en el*

*caso de que se haya iniciado de oficio, recomendando al Ayuntamiento consultante, para evitar la caducidad del procedimiento, que adopte, dentro del plazo de los tres meses desde la iniciación, la suspensión del mismo por el tiempo que medie entre la petición de Dictamen sobre el fondo del asunto al Consejo Jurídico y la recepción del mismo, en los términos previstos en el artículo 42.5, c) LPAC, decisión que debe comunicarse a los interesados”.*

**SEXTO.-** El 11 de octubre de 2010, el Secretario General de la Corporación remite un oficio al Consejo Jurídico en el que expone:

1. Que se ha procedido a suspender el procedimiento mediante Resolución de la Alcaldía de 27 de septiembre de 2010, por el tiempo que medie entre la solicitud de Dictamen y su recepción (no se acompaña la Resolución suspendiendo el procedimiento, ni su notificación a los interesados).
2. En cuanto a la propuesta de resolución, señala que ya existe la inicialmente formulada por la Alcaldía al Pleno municipal, y que posteriormente se otorgó un trámite de audiencia a los interesados, que no formularon alegaciones.
3. Respecto al resto de actuaciones se remite un informe del Arquitecto del Ayuntamiento de 5 de octubre de 2010.

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 procedimiento de revisión de oficio por nulidad de pleno derecho de los acuerdos Plenarios de 28 de marzo y de 22 de diciembre de 2005, relativos a la aprobación de un convenio urbanístico y a la subrogación de la mercantil --, S.L. en los derechos y obligaciones del mismo, respectivamente, que afecta a unos terrenos sitos en el municipio de Puerto Lumbreras, 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.

Respecto al oficio remitido por el Secretario General de la Corporación sobre las actuaciones complementarias solicitadas por este Consejo Jurídico, cabe recordar que sólo está facultado para formular la consulta el Alcalde u órgano municipal en quien delegue, sin que se acredite tal condición en el funcionario citado.

**SEGUNDA.- Sobre el procedimiento seguido y la documentación remitida.**

Se realizan las siguientes observaciones:

1. No se ha remitido a este Órgano Consultivo la Resolución de la Alcaldía de 27 de septiembre de 2010, citada en el oficio del Secretario General de la Corporación de 11 de octubre siguiente, en la que se acuerda la suspensión del procedimiento, sin que tampoco exista constancia de su notificación a los interesados para que este Órgano Consultivo pueda dar por acreditada la interrupción del plazo máximo para resolver dicho procedimiento (artículo 42.5,c LPAC). Por lo tanto, dado el tiempo transcurrido desde el acuerdo Plenario de iniciación (el 21 de julio de 2010), en función del cumplimiento de los requisitos formales anteriormente señalados, procedería o no declarar la caducidad del procedimiento por parte del Ayuntamiento.

2. Pese a que en nuestro Acuerdo 9/2010 se indicó la necesidad de completar las actuaciones con una propuesta de resolución del órgano que instruye, se ha considerado por parte municipal como tal la propuesta de la Alcaldía para la iniciación del procedimiento de revisión, puesto que posteriormente los interesados no han formulado alegaciones.

Sin embargo, no puede entenderse cumplido el citado requisito, a tenor de la normativa que seguidamente se expone:

1ª) La revisión de oficio de los actos nulos de pleno derecho se encuentra regulada en el artículo 102 LPAC, si bien, en ausencia de un procedimiento específico (por ejemplo, no se prevé el trámite de audiencia a los interesados), habrá de acudirse a las disposiciones generales sobre los procedimientos administrativos regulados en el Título VI de la misma Ley, en cuyo Capítulo III se regula la fase instructora. Destacados preceptos de esta fase son los relativos a que los actos de instrucción han de realizarse de oficio por el órgano que tramite el procedimiento (artículo 78 LPAC), los medios de prueba y la petición de informes (artículos 80 y 82 LPAC), así como la participación de los interesados (artículo 84 LPAC).

Pues bien, después de la fase instructora la propuesta, que ha de elevarse al órgano competente para resolución de cualquier procedimiento, es singularmente destacada por el artículo 84.1 LPAC: *“instruidos los procedimientos e inmediatamente antes de redactar la propuesta de resolución (...)”*.

A título de ejemplo, en desarrollo de lo establecido en la citada Ley, el artículo 12.1 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 establece que concluido el trámite de audiencia (con independencia de que haya habido o no alegaciones), el órgano instructor propondrá que se recabe el Dictamen de este Órgano Consultivo, remitiendo al órgano competente para solicitarlo todo lo actuado en el procedimiento, así como una propuesta de resolución que se ajustará a lo dispuesto en el artículo 13 del mismo Reglamento.

2ª) El artículo 46.2,c)1ª del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo Jurídico de la Región de Murcia, aprobado por Decreto 15/1998, de 2 de abril, establece, entre los requisitos documentales para formular la consulta, la remisión de una copia autorizada del texto definitivo de la propuesta del acto.

3ª) La propuesta de resolución culmina la fase instructora, hayan sido o no formuladas alegaciones por los interesados, recogiendo todo lo actuado en el procedimiento, con la consideración de aquellos informes técnicos que se hayan evacuado sobre la causa de nulidad de pleno derecho alegada; así, en el presente caso, el informe evacuado por el arquitecto municipal el 5 de octubre de 2010, a instancia de este Órgano Consultivo, no ha sido objeto de valoración por el órgano que instruye.

Por último, persiste en el presente expediente la falta de información urbanística sobre determinados datos (fecha del otorgamiento de la licencia, gestión pública o privada del Sistema General de Espacios Libres, etc.), como se destacó en nuestro Acuerdo 9/2010, lo que nos obliga a extraer conclusiones de modo alternativo o condicional, conforme a la posibilidad prevista en el artículo 61.1 del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo Jurídico, ya citado.

### **TERCERA.- Sobre la naturaleza y la normativa aplicable a los convenios urbanísticos.**

Los convenios urbanísticos han sido definidos por la doctrina jurisprudencial como instrumentos de acción concertada entre la Administración y los particulares que aseguran a los entes públicos una actuación urbanística eficaz, la consecución de objetivos concretos y la

ejecución efectiva de actuaciones beneficiosas para el interés público (por todas, STS, Sala 3ª, de 15 de marzo de 1997).

Tienen su fundamento en el principio de participación de los particulares en el urbanismo y en la capacidad negocial de la Administración, siendo un instrumento facilitador de la gestión urbanística, si bien, como ha declarado el Tribunal Supremo en reiteradas ocasiones, no constituye un sistema de ejecución del planeamiento, ni sustituye al sistema escogido, limitándose a llegar a un acuerdo entre las partes para facilitar la gestión, allanando los problemas que se presenten, teniendo por objeto la satisfacción del interés público (SSTS, Sala 3ª, de 30 de mayo y de 30 de octubre de 1997), sin que en ningún caso pueda versar sobre materias no susceptibles de transacción, de manera que las potestades públicas en materia urbanística son irrenunciables, sin que sea admisible su disposición por vía contractual.

Por su finalidad se distinguen convenios de planeamiento y de gestión (STS, Sala 3ª, de 9 de marzo de 2001). Los convenios en materia de planeamiento contienen las bases a las que ha de ajustarse el planeamiento futuro o sus modificaciones. Los convenios de gestión tienen como objeto las condiciones de ejecución del planeamiento, característica aplicable al convenio objeto del presente procedimiento, que tiene por finalidad la cesión al Ayuntamiento de Puerto Lumbreras de unos terrenos (630 m<sup>2</sup>) calificados en gran parte (412 m<sup>2</sup>) como Sistema General de Espacios Libres y el resto como Sistema General de Comunicaciones, según el instrumento de planeamiento vigente en aquel momento. A cambio, por el exceso de cesión de la mercantil titular de los terrenos, el Ayuntamiento se obliga a reconocer la propiedad privada de parte del subsuelo de la zona verde y de los viales adquiridos (218 m<sup>2</sup>) para su destino a un aparcamiento subterráneo.

Con carácter general, la figura jurídica del convenio urbanístico se sustenta en el artículo 88 LPAC (*“Las Administraciones Públicas podrán celebrar acuerdos, pactos, convenios o contratos con personas tanto de derecho público como privado, siempre que no sean contrarios al ordenamiento jurídico, ni versen sobre materias no susceptibles de transacción y tengan por objeto satisfacer el interés público que tienen encomendado”*) y para las Administraciones Locales en el artículo 111 del 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, que señala: *“Las entidades locales podrán concertar los contratos, pactos o condiciones que tengan por conveniente siempre que no sean contrarios al interés público, al ordenamiento jurídico o a los principios de buena administración, y deberán cumplirlos a tenor de los mismos, sin perjuicio de las prerrogativas establecidas, en su caso, en favor de dichas Entidades”*. En igual sentido el artículo 4 Texto

Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, normativa entonces en vigor cuando se aprobó el presente convenio urbanístico.

Sin embargo, es en la legislación urbanística donde se regulan específicamente los convenios, concretamente en el artículo 158 TRLSRM en el que se dispone lo siguiente:

*“1. Las Administraciones Públicas y las Entidades de Derecho Público de ellas dependientes, así como los consorcios y sociedades urbanísticas, podrán suscribir convenios entre sí o con particulares, con la finalidad de establecer condiciones detalladas para la ejecución del planeamiento urbanístico, o bien para la formulación o modificación de éste.*

*2. Los convenios urbanísticos no podrán limitar el ejercicio de las competencias de la Administración Pública, ni dispensar del cumplimiento de los deberes urbanísticos exigidos en esta Ley. Serán nulas de pleno derecho las estipulaciones de los convenios urbanísticos que contravengan lo establecido en esta Ley o en el planeamiento, sin perjuicio de que puedan incluir, entre sus objetivos, la revisión o modificación de éste.*

*3. La negociación, tramitación y celebración de los convenios urbanísticos se atenderán a los principios de transparencia y publicidad, conforme a las siguientes normas:*

*a) El Ayuntamiento publicará los convenios en el Boletín Oficial de la Región, en el plazo de un mes desde su celebración y los mantendrá en régimen de consulta pública.*

*b) Los convenios en los que establezcan condiciones para la formulación o modificación de los instrumentos de planeamiento se incorporarán a los correspondientes expedientes desde el mismo inicio del procedimiento.*

*c) Los convenios en los que se establezcan condiciones para el cumplimiento del deber legal de cesión del aprovechamiento correspondiente al Ayuntamiento, o de la participación de éste en los gastos de urbanización en el planeamiento de iniciativa particular, se atenderán a lo dispuesto en esta Ley en cuanto al destino y transmisión de los patrimonios públicos de suelo, e incluirán la valoración pertinente.*

*4. Los convenios urbanísticos tendrán, a todos los efectos, naturaleza y carácter jurídico-administrativo”.*



Por tanto, el TRLSRM sanciona con la nulidad de pleno derecho las estipulaciones de los convenios urbanísticos que contravengan lo establecido en la legislación del suelo o en el planeamiento.

También se infiere del anterior precepto su naturaleza jurídico administrativa, a lo que cabría añadir el carácter contractual predicable de muchos de ellos (no cabría incluir entre ellos a los que contengan una mera declaración de intenciones), aunque los denominados “de planeamiento” han sido caracterizados por la jurisprudencia, entre ellas, la STS, Sala 3ª, de 3 de febrero de 2003, como un contrato-convenión, en tanto no sólo contiene un juego de obligaciones recíprocas y entrecruzadas, sino también compromisos paralelos de la Administración y de la entidad mercantil que los concierta dirigidos a un fin coincidente y común.

Sobre la naturaleza contractual de los convenios urbanísticos, la Sentencia de la Sala 3ª, de 21 de febrero de 2006, recogiendo otra anterior del mismo Tribunal y Sala, de 30 de octubre de 1997, ya citada, transcribe el siguiente párrafo: *“el convenio impugnado no es una mera declaración de intenciones, sino un auténtico contrato (...) no hay, pues, acto de trámite alguno, sino un contrato decidido en firme que (cree o no derechos u obligaciones para terceros) los produce para las partes contratantes, que es lo lógico y esencial de los contratos, según el artículo 1.257 del Código Civil”*. También destaca dicho vínculo contractual la del mismo Tribunal y Sala de 29 de abril de 1989.

Atendiendo, por tanto, a dicha naturaleza contractual de la actividad convencional (engendran obligaciones bilaterales o recíprocas entre las partes y prestaciones de valor económico), su incumplimiento posibilita a las partes el ejercicio de la acción de resolución de contrato prevista en el artículo 1.124 del Código Civil. Así lo recogen las SSTs, Sala 3ª, de 29 de abril de 1989 y de 13 de marzo de 1991, que señala:

*“La nítida naturaleza normativa de los planes de urbanismo no se aviene, o vincula o condiciona con pactos o acuerdos suscritos entre partes más o menos afectadas por el mismo y su órgano creador, de manera que cualquier supuesto incumplimiento por parte de la Administración al formular un Plan con un pacto anterior con cualquier administrado no deja abierto a éste otro camino que el de la reclamación con base en el artículo 1.124 del Código Civil sobre las acciones resolutorias”*.

**CUARTA.- Sobre la adecuación de las estipulaciones del convenio al ordenamiento urbanístico y el grado de cumplimiento por las partes.**

De acuerdo con los límites derivados del precitado artículo 158 TRLSRM, los convenios urbanísticos no pueden contradecir la normativa urbanística, por tanto, no pueden conculcar los estándares en materia de planeamiento, ni dispensar del régimen de cesiones obligatorias, ni pueden excluir o limitar el ejercicio de competencias atribuidas a la Administración, ni alterar las reglas de tramitación de los instrumentos de planeamiento, ni otorgar reservas de dispensación de la ordenación urbanística, entre otros aspectos a tener en cuenta.

I. Sobre la adecuación de las estipulaciones al ordenamiento urbanístico.

Con carácter previo a determinar si concurren los vicios de nulidad de pleno derecho alegados en el convenio urbanístico de que se trata, este Órgano Consultivo va entrar a considerar la adecuación de sus estipulaciones al ordenamiento urbanístico, comenzando por su transcripción:

*“PRIMERA.- La propietaria cede gratuitamente al Ayuntamiento la propiedad en pleno dominio de 630 m2 de la finca descrita, con destino a viales y zona verde, con la exclusión de 218 m2 bajo rasante, todo ello de conformidad con el plano de información que se adjunta”.*

*SEGUNDA.- El Ayuntamiento queda obligado a reconocer la propiedad privada de 218 m2 del subsuelo de la zona verde y viales adquiridos, según plano informativo, y a aprobar la licencia de obras que inste la propietaria con inclusión de la ocupación de dicho subsuelo, previo cumplimiento de las condiciones legales aplicables a la licencia a conceder.”*

En la estipulación Primera se contiene la cesión al municipio por parte de la mercantil propietaria de una finca de 630 m2 destinada a zonas verdes y viales públicos (Sistemas Generales de Espacios Libres y de Comunicaciones), con exclusión de 218 m2 bajo rasante, con la finalidad de posibilitar la obtención de licencia de obras para la construcción de un edificio de viviendas y bajos comerciales con aparcamiento subterráneo en el resto de la finca propiedad de la mercantil.

Según los datos contenidos en la parte expositiva del convenio, la finca en cuestión está clasificada en el planeamiento vigente como suelo urbano consolidado de uso residencial-comercial.

## 2. En cuando a los deberes de los propietarios.

Al tratarse de un suelo urbano consolidado, los propietarios no están obligados a la cesión de dotaciones públicas, ni de aprovechamiento urbanístico, estableciendo únicamente el artículo 68.1 TRLSRM que *“los propietarios de terrenos en suelo urbano consolidado deberán completar a su costa la urbanización necesaria para alcanzar la condición de solar y edificarlos de conformidad con las determinaciones y, en su caso, plazos establecidos en el planeamiento.”*

Si bien, para alcanzar la condición de solar en este caso, a tenor del informe técnico de 10 de marzo de 2005, era preciso regularizar el viario, previendo el artículo 167.1 TRLSRM la cesión directa y gratuita de viales, además el compromiso de urbanizar como requisito previo a la obtención de la licencia para edificar.

Por lo tanto, la previsión de la cesión directa de los terrenos destinados a viales se encuentra recogida en el artículo 167.1 TRLSRM y desde esta vertiente el convenio se acomoda al citado Texto Refundido.

Sin embargo, en virtud del convenio, la mercantil propietaria no sólo queda obligada a la cesión directa del viario, sino también a la parte de sus terrenos afectados por el Sistema General de Espacios Libres (412 m<sup>2</sup>). En este punto se suscita una cuestión que no puede ser abordada plenamente por este Consejo Jurídico al carecer de información urbanística en el expediente. En concreto, no se especifica en los informes técnicos si en el planeamiento vigente en aquel momento (Normas Subsidiarias de Planeamiento Municipal de Puerto Lumbreras) se preveía la gestión pública para su obtención (en concreto, el sistema expropiatorio) o, por el contrario, se preveía su vinculación a los desarrollos de los suelos aptos para urbanizar (hoy urbanizables en la terminología del TRLSRM), en los que los propietarios afectados materializarían sus aprovechamientos. En definitiva, si el Sistema General de Espacios Libres se habría de obtener por el sistema expropiatorio, conforme al planeamiento entonces vigente, no existía ningún obstáculo para la cesión anticipada convenida. El informe de la arquitecta municipal de 10 de marzo de 2005 parece sugerir un sistema de gestión pública para la obtención del Sistema General de Espacios Libres, cuando expresa *“que el Ayuntamiento está interesado en adquirir la parcela destinada a Sistema General de Espacios Libres (...)”*. De no ser así, no tendría sentido convenir la cesión de estos terrenos al municipio, a cambio de la compensación de los metros cuadrados del subsuelo, si posteriormente se podrían haber obtenido tales terrenos a través de un sistema de gestión privada.

En todo caso, si respecto al Sistema General referido se hubiera planteado su obtención mediante su adscripción a sectores urbanizables, generando aprovechamiento, como parece sugerir el informe del arquitecto de 5 de octubre de 2010, los titulares en aquel momento (sean los particulares o la Administración que recibe tales terrenos) tienen derecho ulteriormente a ser compensados en otros sectores.

En suma, de lo expuesto se desprende que la gestión para la obtención del Sistema General de Espacios Libres de que se trata conforme al planeamiento entonces en vigor (Normas Subsidiarias) no queda aclarada en el expediente, ni, por tanto, si la cesión anticipada del espacio libre se acomoda al ordenamiento urbanístico, en función de la gestión pública o privada expuesta. Lo anterior se complica aún más si se tiene en cuenta la observación contenida en el informe técnico de 10 de marzo de 2005, relativa a que la zona verde se encontraba ya urbanizada, ignorándose cómo pudo ocuparse tales terrenos con anterioridad y el sistema de ejecución utilizado al respecto.

Comoquiera que los terrenos a ceder suponían en conjunto el 57% de la finca, con un exceso de cesión del 37,80%, según la parte expositiva del convenio, se conviene como compensación a la mercantil propietaria la ocupación de 218 m<sup>2</sup> bajo rasante, que es la parte del subsuelo que no se cede por aquélla, según la estipulación Primera, y que el informe técnico de 10 de marzo de 2005 considera una compensación adecuada. Este es un aspecto que conviene destacar, si en definitiva se produjo un equilibrio entre las prestaciones de la mercantil y del Ayuntamiento, aspecto que nada cuestionan los informes técnicos municipales, ni tampoco el informe del Secretario General de la Corporación.

En tal sentido, el artículo 167.2 TRLSRM establece que cuando la cesión de viales suponga más de un 20% de la parcela, el propietario tendrá derecho a la delimitación de una unidad de actuación para la justa compensación de cargas o a su indemnización a cargo de la Administración actuante, si bien, en el presente caso, la cesión de viales no alcanzaría el 20% de la parcela, aunque sí se sobrepasa tal porcentaje en exceso si se suman el conjunto de terrenos que se destinan a viario y a espacios libres cedidos por la mercantil titular.

En suma, no se advierte una infracción de la normativa urbanística en cuanto a los deberes urbanísticos de cesión previstos para los propietarios de suelo urbano consolidado, habiéndose acreditado que la mercantil titular cedió al municipio la parte del viario de titularidad privada que permitía regularizar la parcela (218 m<sup>2</sup>); a lo anterior se añadió la cesión por parte de la mercantil de los terrenos de su propiedad afectados por el Sistema General de Espacios Libres (412m<sup>2</sup>),

haciéndose efectiva con la aceptación de los terrenos por parte del Ayuntamiento y con la correspondiente inscripción en el Registro de la Propiedad, según refiere el técnico municipal. Respecto a la adecuación al ordenamiento urbanístico de esta última cesión, no exigida ni prevista en el artículo 167 TRLSRM, que sumada a la del viario justificó la compensación de parte del subsuelo por parte del Ayuntamiento, existe una carencia de información urbanística en cuanto al sistema de gestión del Sistema General de Espacios Libres, conforme a lo expresado con anterioridad, no pudiéndose determinar por este Órgano Consultivo si la cesión anticipada del espacio libre se acomodó a los sistemas de gestión urbanística previstos en el ordenamiento urbanístico. En todo caso, a este último aspecto no hacen referencia las causas de nulidad de pleno derecho alegadas por el Ayuntamiento de Puerto Lumbreras.

### 3. Respecto a la titularidad privada de parte del subsuelo con destino a aparcamiento.

De la Primera estipulación del convenio urbanístico se desprende que la mercantil titular no cedió al municipio 218 m<sup>2</sup> bajo rasante, si bien se desconoce si tal reserva se materializó en la inscripción de las fincas resultantes en el Registro de la Propiedad, aspecto sobre el que nada se indica en el expediente; lo anterior se completaba con la Segunda estipulación, en el sentido que establecer que tal aprovechamiento privado del subsuelo debía ser reconocido por la Administración municipal.

Por lo tanto, no se dispone del dato de si en el Registro de la Propiedad se mantuvo la titularidad privada de los 218 m<sup>2</sup>, segregando tal porción de la finca matriz, o, por el contrario, los terrenos cedidos aparecen inscritos, sin ningún tipo de reserva, a favor del Ayuntamiento.

Sobre la titularidad del subsuelo, ha de tenerse en cuenta:

a) Conforme al artículo 350 del Código Civil, el propietario de un terreno es dueño de su superficie y de lo que está debajo de ella, garantizándose al titular del suelo la facultad de goce de su dominio acorde con la naturaleza del bien.

b) No obstante, el artículo 8.2 del Texto Refundido de la Ley del Suelo estatal (aprobado por RD. Leg. 2/2008, de 20 de junio, en lo sucesivo TRLS) establece que las facultades del derecho de propiedad alcanzan al vuelo y al subsuelo sólo hasta donde determinen los instrumentos de ordenación urbanística, de conformidad con las leyes aplicables y con las limitaciones y servidumbres que requiera la protección del dominio público. De ello se infiere que todas las

facultades que tiene el propietario del suelo se extienden al subsuelo, en los términos previstos en el planeamiento.

El citado Texto Refundido también posibilita la inscripción de una finca en el subsuelo en el Registro de la Propiedad. Así, el artículo 17.1,a) define el concepto de finca en el siguiente sentido: la unidad del suelo o de edificación atribuida exclusiva y excluyentemente a un propietario o a varios en proindiviso, que puede situarse en la rasante, en el vuelo o en el subsuelo. Cuando, conforme a la legislación hipotecaria, puede abrir folio en el Registro de la Propiedad, tiene la consideración de finca registral, cuyo acceso al citado Registro -cuando de superficies superpuestas se trata destinadas a uso privado y al dominio público- se regula en el apartado 4 del mismo artículo.

c) Dentro de las facultades del derecho de propiedad que tiene el titular del suelo está la de crear un objeto de derecho independiente susceptible de enajenación, en este caso el subsuelo, posibilidad que ha sido reconocida jurisprudencialmente, salvo que los suelos sean edificables en su superficie, que no concurre en el caso concreto.

d) Los bienes de dominio público no pueden ser enajenados por las Administraciones (tienen tal condición las zonas verdes y los viales públicos), por lo que el subsuelo habrá de desafectarse si se pretende enajenar para que éste adquiera la condición de bien patrimonial, siempre y cuando sean terrenos inedificables en su superficie y la afección del subsuelo sea compatible con el uso del suelo. Dicha desafectación puede producirse por modificación del planeamiento o mediante el procedimiento previsto en el artículo 8 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales, aprobado por Real Decreto 1372/1986, de 13 de junio (RBEL).

e) Por último, sobre la posibilidad de uso de aparcamiento en el subsuelo de las zonas verdes o del viario, la jurisprudencia ha admitido la compatibilidad de tales usos (incluso aun cuando no estén expresamente regulado en el planeamiento urbanístico), siempre y cuando no perjudiquen los usos de la superficie (por todas, STS, Sala 3ª, de 27 de febrero de 1997). Singularmente respecto a la construcción de aparcamientos en el subsuelo de las zonas verdes las SSTS, Sala 3ª, de 29 de marzo de 1990 y de 6 de octubre de 2003. Dicha doctrina ha sido también acogida por la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Región de Murcia, Sala de lo Contencioso Administrativo, de 22 de enero de 2003, con cita a las sentencias del Tribunal Supremo de 22 de mayo de 1979, de 15 de julio de 1983 y de 18 de noviembre de 1998, a efectos de la no procedencia de la reversión de los terrenos destinados a un uso público, en el caso de un destino distinto del subsuelo.

No obstante, de acuerdo con la nueva normativa estatal del suelo (TRLR), se han de recoger en los planes urbanísticos los usos del subsuelo (profundidad máxima, número de plantas, accesos, tráfico, etc.) para destinarlo a usos diferentes de la superficie.

## II Cumplimiento de las obligaciones derivadas del convenio urbanístico.

De los datos extraídos en el expediente, se desprende que tanto la mercantil suscribiente, como el Ayuntamiento de Puerto Lumbreras, cumplieron con sus obligaciones iniciales derivadas del convenio urbanístico en tanto:

1. Se hizo efectiva la cesión de 630 m<sup>2</sup> al Ayuntamiento, según el arquitecto municipal (informe de 5 de octubre de 2010), inscribiéndose en el Registro de la Propiedad.
2. La mercantil --, S.L. solicitó licencia de obras para construir el edificio de viviendas y bajos comerciales con aparcamiento, licencia que fue concedida (no se especifica la fecha), y que posteriormente se declaró incurso en caducidad por haber transcurrido más de 6 meses sin haber iniciado las obras, según informa el arquitecto municipal.

A partir de este punto no existen más datos sobre lo acontecido (el convenio se aprobó hace más de 5 años), si bien, a petición de este Órgano Consultivo, el arquitecto municipal aclara que el uso de aparcamiento en el subsuelo no se ha recogido en el vigente Plan General Municipal de Ordenación, aprobado definitivamente con posterioridad al convenio urbanístico, desconociéndose las razones para ello, pues su aprobación hubiera implicado la modificación de la calificación jurídica del subsuelo en aplicación de lo dispuesto en el artículo 8 RBEL.

### **QUINTA.- Sobre los vicios de nulidad de pleno derecho alegados.**

El acuerdo Plenario de iniciación del procedimiento de revisión considera que el convenio urbanístico incurre en los motivos de nulidad de pleno derecho previstos en el artículo 62.1, e) y f) LPAC, especificando el informe del Secretario General de la Corporación que le sirve de fundamento, las siguientes razones para sustentar tales infracciones:

*“En la medida en que se pretendía reconocer el legítimo derecho de la mercantil a la compensación, mediante el reconocimiento de la propiedad privada del subsuelo de la zona verde y de los viales adquiridos, debemos concluir que el mencionado acuerdo se debe subsumir en el supuesto previsto en el artículo 62.1,e) “los actos dictados prescindiendo total y absolutamente del*

*procedimiento legalmente establecido” de la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico, por lo que procedería declarar la nulidad de dicho acuerdo basándonos en dicha causa, puesto que no se ha observado el concreto procedimiento previsto por la ley para estos supuestos, cual es la tramitación del correspondiente expediente de desafectación”.*

*Por otro lado, también creemos, en lógica consecuencia del apartado anterior, que se podría invocar el supuesto previsto en el artículo 62.1,f) de la precitada norma “Los actos expresos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquiere facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición”, ya que se reconoce a favor de la mercantil un derecho de propiedad privada de un bien demanial, no desafectado”.*

Antes de entrar a considerar los vicios alegados, conviene partir de la interpretación restrictiva que ha de hacerse de la nulidad de pleno derecho, siendo el procedimiento de lesividad la regla general (artículo 103 LPAC) y la revisión de oficio un cauce de utilización excepcional, como ha recogido la doctrina de este Consejo Jurídico en numerosos Dictámenes.

Precisamente por la interpretación restrictiva de las causas de nulidad de pleno derecho, este Órgano Consultivo considera que no procede la revisión de oficio del convenio de que se trata por los motivos invocados por el Acuerdo plenario de iniciación, en atención a las siguientes razones:

1ª) No cabe duda que para reconocer el Ayuntamiento la propiedad privada del subsuelo de los terrenos de dominio público (viario y zona verde) para su destino a aparcamientos se precisa la desafectación, conforme al procedimiento previsto en el artículo 8 RBEL, siempre y cuando no se hubiera segregado previamente e inscrito a nombre de la mercantil la porción (218 m2), cuya titularidad se reservaba en la Primera estipulación del convenio urbanístico.

2ª) Puesto que las cláusulas de los convenios han de interpretarse las unas por las otras (artículo 1.285 del Código Civil), atribuyendo a las dudosas el sentido que resulte del conjunto de todas (STS, Sala 3ª, de 21 de febrero de 2006), en la hipótesis de que finalmente no se reconociera la titularidad de la mercantil sobre la porción del subsuelo que se reservaba, la exigencia de la desafectación previa de los terrenos sería un requisito esencial para el otorgamiento de la licencia de obras (en la Segunda estipulación se hace referencia a la necesidad de cumplir previamente las condiciones legales aplicables a la licencia a conceder), respecto a la que sí podría ser aplicable los vicios de nulidad alegados, en el caso de que no se hubiera cumplido con dicha desafectación previa (parece ser que la licencia fue otorgada, aunque se



declaró su caducidad por inactividad de la mercantil peticionaria), pero no respecto al convenio urbanístico, como pretende el Ayuntamiento, al que podría imputarse, a lo sumo, una infracción del ordenamiento jurídico merecedora de anulabilidad (artículo 103 LPAC), al no haber condicionado el otorgamiento de la licencia de obras a la previa desafectación de los terrenos, pero en cualquier caso se trataría de una actuación convalidable (artículo 67 LPAC) y, por lo tanto, no susceptible de ser declarada nula de pleno derecho.

De otra parte, tampoco cabría aplicar ahora el procedimiento para la declaración de lesividad de los actos anulables, al haber transcurrido más de 4 años desde que se formalizó el convenio urbanístico (artículo 103.2 LPAC).

3º) Si para ejecutar el convenio urbanístico era precisa la desafectación del subsuelo de los terrenos, no se acierta a comprender la razón por la que el Plan General Municipal de Ordenación de Puerto Lumbreras, cuya aprobación definitiva fue posterior a la celebración del convenio, no recogió entre sus determinaciones las previsiones para alterar dicha calificación de los bienes y viabilizar la posterior ejecución del convenio, según las actuaciones necesarias que expone el informe técnico de 5 de octubre de 2010, con la regulación de aparcamientos privados bajo el viario y zona verde, conforme a la nueva Ley del Suelo estatal (no aplicable al convenio urbanístico en el momento en que se suscribió).

4º) En todo caso, adviértase que tales actuaciones (desafectación y previsión en el planeamiento) podrían ser realizadas posteriormente al convenio urbanístico y antes del otorgamiento de la licencia de obras, en tanto derivadas de los compromisos suscritos y tendentes a su ejecución (no debe olvidarse que en la Segunda estipulación se recoge que el Ayuntamiento queda obligado a reconocer la propiedad privada de 218 m<sup>2</sup> del subsuelo y a otorgar la licencia de obras). Pues bien, desde esta perspectiva (posibilidad de convalidar tales actuaciones conforme al artículo 67 LPAC para los supuestos de anulabilidad) tampoco cabe apreciar la nulidad de pleno derecho, teniendo en cuenta que la jurisprudencia ha admitido durante la legislación anterior el uso de aparcamiento aunque no estuviera previsto en el instrumento de planeamiento urbanístico, siempre y cuando no afectara al uso de la superficie. Otra conclusión se alcanzaría, como se ha indicado anteriormente, sobre la omisión de tal trámite de la desafectación si el objeto del presente expediente de revisión hubiera sido la licencia de obras otorgada (no se encuentra en vigor, pues fue declarada incurso en caducidad).

#### **SEXTA.- Consideración final.**

A la vista de las consideraciones realizadas, este Consejo Jurídico advierte que no concurren las causas alegadas por el Ayuntamiento para la declaración de nulidad de pleno derecho del convenio urbanístico, sin perjuicio de cualquier otra que pudiera afectarle y que no ha sido advertida ni considerada en el informe del Secretario General de la Corporación Municipal, ni en los informes técnicos evacuados en el expediente.

No obstante, transcurridos más de 5 años desde la aprobación del convenio urbanístico objeto del expediente de revisión, se suscitan otras consideraciones al órgano consultante:

1ª) Si persiste la pretensión de las partes de ejecutar el convenio urbanístico cabría realizar por el Ayuntamiento las actuaciones indicadas en el informe del técnico municipal de 5 de octubre de 2010, con carácter previo al otorgamiento de una nueva licencia de obras.

2ª) Si lo que se pretende, en realidad, es la resolución del convenio urbanístico, sea por mutuo acuerdo, por incumplimiento, por cambio en los criterios de ordenación del subsuelo o imposibilidad de su ejecución por circunstancias urbanísticas sobrevenidas, debería reconducirse como tal causa de resolución, teniendo en cuenta respecto a sus efectos lo prevenido en el artículo 1124 del Código Civil, con la matización de que carece de sentido la restitución del viario, puesto que su cesión es de carácter obligatorio, según el TRLSRM, para los propietarios de suelo urbano consolidado (artículo 167).

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

### **CONCLUSIONES**

**PRIMERA**.- El procedimiento seguido adolece de ciertos defectos documentales en los términos expresados en la Consideración Segunda. En el supuesto de que no se hubiera notificado la suspensión acordada a los interesados, procedería la declaración de caducidad del procedimiento seguido, conforme a lo indicado en aquella Consideración.

**SEGUNDA**.- No obstante lo anterior, se dictamina desfavorablemente la revisión de oficio del convenio urbanístico por los motivos alegados, sin perjuicio de las observaciones realizadas en la Consideración final sobre la existencia de otras opciones.

No obstante, V.S. resolverá.



**DICTAMEN 256/2010**

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

**Consultante** Consejera de Sanidad y Consumo

**Fecha** 16/12/2010

**Extracto de Doctrina**

La obligación de medios que incumbe a la Administración no supone que en todo momento y bajo cualquier circunstancia se hayan de agotar todas las posibilidades y técnicas diagnósticas, hasta las más avanzadas y complejas, sino que esta exigencia también aparece limitada por la “lex artis”, que se revela así como estándar de comportamiento profesional medio o normal exigible en un determinado supuesto. Es decir, la lex artis es un criterio de normalidad de carácter relativo que se aplica “ad hoc”, en relación siempre a un caso concreto, y que exigirá valorar la prestación sanitaria en atención a las circunstancias en que se desarrolla, sin poder exigir en todos los casos que el criterio de la lex artis venga definido por la avanzadilla del progreso de la ciencia médica, o por el agotamiento de todos los recursos conocidos por la medicina.

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** Con fecha 18 de junio de 2008, los hermanos x, y, z..., presentan reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración regional, como consecuencia de la defectuosa asistencia sanitaria recibida por su padre en el Hospital “Rafael Méndez” de Lorca, a la que imputan su muerte.

Según los reclamantes, su padre, x., falleció el 27 de enero de 2008 a consecuencia de una hemorragia digestiva baja.

Según manifiestan, el paciente, de 87 años y con antecedentes de EPOC, glaucoma, FA x AC (sic), insuficiencia cardiaca crónica e HTA, fue intervenido de fractura de cadera el 4 de enero de 2008, intervención de la que se estaba recuperando en el Centro Médico “Virgen del Alcázar” de Lorca. De allí fue derivado, el sábado 26 de enero, al Hospital “Rafael Méndez” por hemorragia-melenas, siendo ingresado sobre las 13 horas.

El médico que le asistió consideró que era preciso practicarle una colonoscopia, pero por ausencia del especialista que había de llevarla a cabo, no podía realizarse hasta el lunes.

Ante esta situación una hija del paciente sugirió el traslado al Hospital "Virgen de la Arrixaca" de Murcia, lo que no fue aceptado.

Se intentó en diversas ocasiones introducirle al paciente una goma por la nariz hasta el estómago (endoscopia) sin lograrlo. Después lo llevaron a observación donde sin presencia de ningún familiar lo consiguieron.

Sobre las 21 horas lo subieron a planta, administrándole suero y nolotil, surgiendo varios problemas con el sistema de bombeo del suero que fueron subsanados.

Sobre las 00.00 horas, el paciente comenzó con dolor de barriga con esfuerzos para vomitar, se llamó a los médicos sin que acudiera ninguno.

A eso de las 2.30 horas de la madrugada del 27 de enero, el x. empezó a sufrir convulsiones y, esta vez sí, acudió el médico que advirtió que se estaba muriendo. A las 3.00 horas falleció, y en el informe de exitus indica que la causa de la muerte fue una hemorragia digestiva baja.

Consideran los reclamantes que existió una mala praxis, evidenciándose en la no realización a tiempo de una colonoscopia y en la administración al paciente de dos medicamentos (Emportal y Clexane), que aumentaron el riesgo de la hemorragia.

Solicitan una indemnización de 30.000 euros para cada uno de los cinco hijos del paciente.

La reclamación de compañía de fotocopia del Libro de Familia y de diversa documentación clínica.

**SEGUNDO.-** Admitida a trámite la reclamación por el Director Gerente del Servicio Murciano de Salud (SMS), se encarga su instrucción al Servicio Jurídico del Ente, que procede a comunicarla a la Dirección General de Asistencia Sanitaria, a la Dirección de los Servicios Jurídicos, y a la Compañía Aseguradora por conducto de la correduría.

Recaba, asimismo, de la Gerencia del Área de Salud III a la que se adscribe el Hospital lorquino, copia de la historia clínica del paciente, informe de los facultativos que lo atendieron, así como los protocolos médicos de actuación que se aplican en el Hospital a los pacientes con hemorragia digestiva baja. Similar petición se dirige al Centro Médico “Virgen del Alcázar” de Lorca.

**TERCERO.-** Recibida la documentación clínica e informes solicitados, destaca el del Jefe de Servicio de Cirugía General y Digestiva del “Rafael Méndez”, que se transcribe a continuación:

*“Paciente de 87 años de edad, con HTA, EPOC, y fibrilación auricular en tto, intervenido hacía un mes por fractura pertrocanterea de fémur derecho por traumatología, requiriendo interconsulta a Medicina Interna durante el ingreso por cuadro respiratorio, realizando ajuste de tto (según informe de alta del 15/01/08).*

*Se traslada a Centro Médico “Virgen del Alcázar” para continuar evolución, desde donde se nos remite con diagnóstico de probable hemorragia digestiva, alta el día 26/01/08.*

*Tras ser valorado por el Servicio de Urgencias y pasar a cama de observación se comenta el caso al Servicio de Cirugía General.*

*El paciente presentaba en ese momento un aceptable estado general, con una tensión arterial de 100/67, FC 106 y analítica con Ht° 29.2% y Hb 9.9. El abdomen era blando sin signos de defensa ni irritación peritoneal. Al tacto rectal y exploración anal, se objetivan heces hematoquécicas sin otro hallazgo. Se coloca sonda nasogástrica que no objetiva signos de hemorragia digestiva alta en ese momento. Reservamos sangre de forma preventiva.*

*Por todo lo anteriormente expuesto y de acuerdo a los criterios de hemorragia digestiva masiva (guías clínicas de cirugía colorrectal de la Asociación Española de Cirujanos (AEC), año 2000):*

- Requerimiento de más de 4 unidades de sangre para transfusión.*
- Pérdidas sanguíneas superiores a 1500 cc/24 horas.*
- Tensión arterial sistólica menor a 90 mm Hg o Hb menor a 6 mg/dl.*

*Etiquetamos el cuadro como hemorragia digestiva baja sin riesgo vital no masiva (según la clasificación expuesta en guías clínicas de cirugía colorrectal de la AEC) a estudio en un paciente añoso con importante comorbilidad asociada e ingreso hospitalario prolongado tras cirugía previa,*

*cursando el ingreso a cargo de Cirugía General, teniendo en cuenta que, incluso en los casos de hemorragia digestiva baja masiva, el sangrado cede de forma espontánea en el 80% de los casos (según guías clínicas de AEC).*

*El paciente, que permanece en todo momento estable desde el punto de vista clínico, hemodinámico, y analítico, pasa a planta tras ajustar el tto por parte de Cirugía General y el Servicio de Urgencias, para continuar el control (hemodinámico, clínico y analítico) y realización de colonoscopia diagnóstica de forma precoz programada (con lavado y preparación de colon) siempre y cuando el estado del paciente lo permitiera y persistiera el diagnóstico de ingreso (hemorragia digestiva baja no masiva a estudio).*

*Durante su estancia en planta, en ningún momento el paciente presenta deterioro tensional de frecuencia cardiaca o deterioro analítico (según datos de TA, FC y analítica de control realizados en planta) que sugieran agravamiento de su situación, persistiendo en ese momento según los criterios expuestos anteriormente, el diagnóstico de ingreso (hemorragia digestiva baja no masiva sin riesgo vital).*

*En este contexto y según los datos hemodinámicos y analíticos, en ningún momento estuvo indicada la transfusión sanguínea.*

*Durante la madrugada, el paciente experimenta un deterioro brusco de su situación, valorándolo nuevamente y encontrándolo premorten, siendo exitus de forma inmediata el 27/01/08.*

*Dada la brusquedad del deterioro, los datos objetivos de TA, FC y niveles de Hb y Ht° que mantuvo hasta ese momento, y dado que no disponemos de un diagnóstico anatomopatológico (necropsia) que pueda afirmar la causa de la muerte, no pensamos que ésta estuviera provocada por la hemorragia digestiva no masiva. El documento nº 6 que aporta la familia es un informe donde se indica el diagnóstico por el que el enfermo ingresa a cargo del Servicio de Cirugía General y no la causa del fallecimiento, repitiendo nuevamente que no disponemos de un diagnóstico de certeza anatomopatológico.*

*En nuestra opinión la actuación por parte de nuestro Servicio fue adecuada según los protocolos y recomendaciones de la AEC en sus guías clínicas de cirugía colorrectal año 2000 y manual de la AEC año 2005, para los casos de hemorragia digestiva baja no masiva”.*

**CUARTO.-** Advertida por la instrucción la ausencia, entre la documentación remitida, de los protocolos de actuación ante hemorragia digestiva baja, se reitera la solicitud inicialmente formulada, recibiendo contestación del Jefe de Servicio de Cirugía General y Digestiva, según el cual *“el protocolo de actuación en los casos de hemorragia digestiva baja sin riesgo vital no masiva (según la clasificación de las guías clínicas de Cirugía Colorrectal de la asociación española de cirujanos) del Servicio de Cirugía General del Hospital Rafael Méndez es el siguiente:*

*- Control clínico, analítico, hemodinámico, e ingreso a cargo de nuestro Servicio para continuar observación y realización de colonoscopia diagnóstica durante el ingreso (siempre y cuando las condiciones del paciente lo permitan). En los casos de inestabilidad hemodinámica y/o analítica o cuando el paciente evoluciona de forma desfavorable entrando dentro de los criterios de hemorragia digestiva baja masiva, se indica intervención quirúrgica urgente (en algunos casos con colonoscopia urgente, previa valoración e individualización de cada caso)”.*

**QUINTO.-** Solicitado el preceptivo informe del Servicio de Inspección y Prestaciones Asistenciales (Inspección Médica), se emite con las siguientes conclusiones:

*“1. La suspensión de la antiagregación previa a la cirugía y la terapia profiláctica con heparina de bajo peso molecular fue correcta y ajustada a las pautas y protocolos aceptados por las sociedades médicas y la literatura científica. Se hizo una valoración individual de los factores intrínsecos del paciente (la edad, enfermedades previas y evolución de las mismas) como de la cirugía de alto riesgo embólico que se iba a llevar a cabo.*

*2. Tras el episodio de hemorragia digestiva, igualmente se siguieron las pautas y recomendaciones a seguir para el tratamiento y control de la misma, con control de las constantes, canalización de vía y sueroterapia, suspensión de la heparina y la medicación oral, realización de analítica, sondaje nasogástrico y tacto rectal. Con todo ello se llegó al diagnóstico de hemorragia digestiva baja sin repercusión hemodinámica y por ello se procedió a su ingreso en planta para seguimiento y estudio.*

*3. El sondaje nasogástrico estaba correctamente indicado, dio información importante sobre el origen de la hemorragia y se retiró cuando hubo constancia de que no era necesario.*

*4. La no indicación de colonoscopia urgente (y su traslado para ello al Hospital “Virgen de la Arrixaca”) se hizo con criterios médicos, basados en la valoración del estado hemodinámico del*

*paciente, de su analítica, sus antecedentes personales y en el conocimiento de que la mayoría de estos episodios se autolimitan, lo que permite el estudio de su origen de forma reglada.*

*5. Tras permanecer unas 7 horas en la zona de observación de urgencias se verifica de nuevo su estabilidad hemodinámica y analítica. Es entonces cuando se sube a planta y se informa a la familia del paciente de la valoración realizada.*

*6. Los valores de HT y HB no obligaban a trasfundir al paciente por lo que se adoptó actitud expectante, manteniendo reservados 2 u, concentrado de hematíes por si se precisaban en algún momento.*

*7. Respecto al exitus, considerar su origen multifactorial dados los múltiples factores de riesgo que presentaba el paciente: hemorragia digestiva baja, postoperatorio de una cirugía con una alta mortalidad y alta frecuencia de eventos tromboembólicos, habiendo sido necesario retirar la profilaxis por la hemorragia, EPOC con sobreinfección respiratoria (persistía con leucocitosis importante), edad avanzada, inmovilización y cardiopatía previa con alta prevalencia de fenómenos arritmogénicos”.*

**SEXTO.-** Por la aseguradora del SMS se une al expediente un informe médico realizado por cinco especialistas en Cirugía General y Digestivo, que alcanza las siguientes conclusiones:

*“1. El paciente presentaba una HDB (hemorragia digestiva baja) en el postoperatorio de una fractura de cadera, con pluripatología grave asociada.*

*2. El tratamiento postoperatorio fue correcto incluyendo profilaxis antitrombótica.*

*3. Tras presentar una HDB fue trasladado a su hospital de referencia.*

*4. A la llegada a la urgencia del HRM de Lorca se le hicieron las exploraciones clínicas analíticas y de imagen correctas.*

*5. La analítica de ingreso y la de alta de la urgencia para traslado a planta, 7 horas más tarde, son similares, sin que se apreciara la posible existencia de un sangrado agudo.*

*6. De acuerdo con las analíticas efectuadas, los tiempos de hemorragia, coagulación y protrombina, la HBPM (heparina de bajo peso molecular) los mantenía en rangos normales.*



7. *La medicación contra el estreñimiento que tomaba el paciente no influyó para nada como desencadenante de una HDB.*

8. *La mayoría de las HDB son autolimitadas, cediendo en más del 80% de los casos.*

9. *En ningún momento se describe en la Hª clínica que el paciente continuara con deposiciones sanguinolentas.*

10. *Tras el traslado a planta el paciente esta hemodinámicamente estable, se realiza colocación de SNG que refleja ausencia de HDA (hemorragia digestiva alta).*

11. *No existía en ese momento indicación alguna de colonoscopia diagnóstica.*

12. *Es imposible saber con exactitud la causa de la muerte al no haberse realizado necropsia.*

13. *De acuerdo con la documentación examinada se puede concluir en que todos los profesionales que trataron al paciente lo hicieron de manera correcta, de acuerdo con los protocolos y aplicando en todo momento la "lex artis".*

**SÉPTIMO.-** Conferido trámite de audiencia, los reclamantes presentan alegaciones en las que advierten una contradicción en el informe de la Inspección Médica, cuando inicialmente manifiesta que la colonoscopia debe realizarse en pacientes estables hemodinámicamente y más adelante afirma que la colonoscopia urgente sólo se realiza en sangrados con deterioro hemodinámico.

Alega también que se cuestiona la causa de la muerte, siendo su responsabilidad establecerla y, en caso de duda, plantear a la familia una autopsia clínica.

Por último, alega que no se han aportado al procedimiento los protocolos de actuación de la Asociación Española de Cirugía, aludidos por el Jefe del Servicio de Cirugía General y Digestiva en su informe y que habían sido solicitados por la instrucción.

**OCTAVO.-** Consta que los reclamantes han interpuesto recurso contencioso-administrativo frente a la desestimación presunta por silencio administrativo de su solicitud indemnizatoria, siendo

tramitado por el Tribunal Superior de Justicia de Murcia, con número de Procedimiento Ordinario 220/2009.

**NOVENO.-** Con fecha 2 de junio de 2010, el órgano instructor formula propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación, al considerar que no concurren los elementos generadores de la responsabilidad patrimonial, singularmente el nexo causal entre el funcionamiento del servicio público sanitario y la muerte del padre de los interesados.

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 este Consejo Jurídico el pasado 24 de junio de 2010.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

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

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

1. La reclamación ha sido interpuesta por los hijos del fallecido usuario del servicio público sanitario, quienes están legitimados para ejercitar la acción de responsabilidad patrimonial, conforme a lo dispuesto en el artículo 139.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, sobre Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), en la medida en que padecen un evidente daño identificado con la pérdida afectiva ocasionada por la muerte de un familiar tan cercano.

La legitimación pasiva corresponde a la Administración regional a través del SMS, en tanto que titular del servicio público de asistencia sanitaria a la población, a cuyo defectuoso funcionamiento se imputa el daño.

2. En cuanto al plazo para el ejercicio de la acción, se ha ajustado a lo previsto en el artículo 142.5 LPAC, pues el fallecimiento del paciente se produjo el 27 de enero de 2008 y la acción se ejercita en junio del mismo año.

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 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 los reclamantes ante la Sala de lo Contencioso del Tribunal Superior de Justicia de Murcia el correspondiente recurso contencioso administrativo contra la desestimación presunta de su solicitud, 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 al funcionamiento de los servicios sanitarios públicos.**

Para los reclamantes su padre sufrió una defectuosa asistencia sanitaria, pues no se le realizó de forma urgente una colonoscopia, a pesar de estar indicada ante la hemorragia digestiva baja que presentaba y que había sido agravada por la prescripción de dos medicamentos que aumentan el riesgo de hemorragia.

1. La no realización de una colonoscopia urgente.

Dicha imputación se objetiva como omisión de medios, por escatimar la Administración una prueba cuya doble funcionalidad, diagnóstica y terapéutica, hubiera permitido conocer la causa de la hemorragia digestiva y coagular la lesión sangrante evitando la muerte del paciente.

En esta imputación, la determinación de si se adoptaron las medidas necesarias para llegar al temprano tratamiento de la enfermedad y si la colonoscopia urgente estaba indicada en función de los síntomas y circunstancias del paciente, se convierte en cuestión nuclear del problema, en orden a calificar el daño sufrido como antijurídico y para poder dilucidar si existe o no nexo causal entre aquél y la actuación de la Administración.

Y es que la obligación que incumbe a la Administración en la prestación sanitaria es, como ya se ha dicho, de medios, no de resultados, por lo que debe prestar la asistencia sanitaria con el despliegue de todos los medios a su alcance. De no hacerlo así, o de no acreditar su efectiva utilización, el daño devendrá en antijurídico.

Aplicado al supuesto objeto de consulta, la antijuridicidad del daño y el nexo causal entre la actuación administrativa y el daño sufrido, derivarían de una valoración médica errónea de la situación clínica del paciente que habría determinado la decisión de no realizar la colonoscopia con carácter urgente, al considerar que no estaba indicada, cuestiones que aparecen íntimamente relacionadas con el criterio jurisprudencialmente configurado de la "lex artis". Ésta actúa como elemento modulador de la objetividad predicable de toda responsabilidad administrativa cuando del ámbito sanitario se trata, como tiene declarado el Tribunal Supremo en numerosas resoluciones (por todas, STS, Sala 3ª, de 22 de diciembre de 2001).

Asimismo, la obligación de medios que incumbe a la Administración no supone que en todo momento y bajo cualquier circunstancia se hayan de agotar todas las posibilidades y técnicas diagnósticas, hasta las más avanzadas y complejas, sino que esta exigencia también aparece limitada por la "lex artis", que se revela así como estándar de comportamiento profesional medio o

normal exigible en un determinado supuesto. Es decir, la *lex artis* es un criterio de normalidad de carácter relativo que se aplica “ad hoc”, en relación siempre a un caso concreto, y que exigirá valorar la prestación sanitaria en atención a las circunstancias en que se desarrolla, sin poder exigir en todos los casos que el criterio de la *lex artis* venga definido por la avanzadilla del progreso de la ciencia médica, o por el agotamiento de todos los recursos conocidos por la medicina.

La valoración de la actuación médica y en qué medida en la asistencia facilitada al paciente los días 26 y 27 de enero de 2008 se actuó conforme a normopraxis al no realizar una colonoscopia urgente, exige un juicio técnico que únicamente puede ser realizado por los profesionales de la medicina. Siendo necesarios, por tanto, conocimientos científicos para valorar hechos o circunstancias relevantes en el asunto -artículo 335 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC)-, resultaba trascendental la aportación de un informe pericial -el especial valor probatorio de los informes médicos en los procedimientos de responsabilidad patrimonial por asistencia sanitaria es puesto de relieve por el Tribunal Supremo en sentencia de su Sala de lo Contencioso Administrativo de 1 de marzo de 1999-. Ante la ausencia en el procedimiento de informes periciales que sustenten las alegaciones de los reclamantes, no existen suficientes elementos probatorios que demuestren o, al menos, permitan inferir que en atención a los signos y manifestaciones de enfermedad que mostraba el paciente, y con las pruebas realizadas, tanto el facultativo de urgencias como el cirujano que lo atendieron en el Hospital, debían haber realizado una colonoscopia de forma urgente o haber remitido al paciente a un centro donde pudiera realizarse de forma inmediata, por así imponerlo la “*lex artis*”.

De hecho, la valoración técnica de la asistencia prestada por los facultativos intervinientes la constituye, además del informe del Jefe de Servicio de Cirugía General y Digestivo del Hospital “Rafael Méndez”, el de la Inspección Médica y el aportado por la Compañía de Seguros. Frente a sus contundentes conclusiones acerca de la no indicación de una colonoscopia urgente, atendidas las circunstancias del paciente, los reclamantes oponen que la colonoscopia es urgente siempre que la hemorragia no cese espontáneamente o presente recidiva hemorrágica, basando su afirmación en dos fragmentos de artículos científicos que transcriben en su escrito de solicitud.

Enfrentado este Consejo Jurídico a la labor de valorar el conjunto de los elementos de juicio incorporados al expediente en orden a formar su convicción, no puede otorgar un mayor peso a los artículos científicos alegados por los reclamantes que a los informes técnicos que sustentan la tesis desestimatoria del órgano instructor. Y ello porque los trabajos científicos, de forma acorde con su finalidad y naturaleza, no efectúan un análisis pormenorizado de la situación clínica del paciente para establecer la indicación o no de la colonoscopia en el caso concreto. Por el contrario, los

informes técnicos, tras exponer cuáles son las pautas generales de actuación ante la enfermedad que presenta el paciente, proceden a efectuar el análisis concreto de su situación, mediante un juicio crítico de la actuación facultativa, a la luz de la clínica del paciente y de las exigencias de la praxis médica, alcanzando una conclusión individualizada para el caso, que sólo podría ser desvirtuada por otro informe médico, nunca por la interpretación que de un artículo científico puedan realizar ojos profanos en Medicina.

En este sentido, el informe de la Inspección Médica indica que la actitud ante una hemorragia digestiva depende de su gravedad, de forma que si, como ocurre en el supuesto sometido a consulta, el paciente está estable hemodinámicamente y sin evidencia de sangrado masivo, lo habitual es su ingreso para observación y control, con realización de estudios diagnósticos de forma programada. Y así se actuó con el paciente una vez que, tras las pruebas realizadas en urgencias (verificación de constantes, analítica, colocación de sonda nasogástrica y realización de tacto rectal), se le diagnostica de hemorragia digestiva baja sin compromiso hemodinámico. Siete horas después es valorado de nuevo por el cirujano, quien no advierte cambios en su situación hemodinámica, con tensión arterial mantenida, frecuencia cardíaca normal e incluso con HB y HT ligeramente superiores, por lo que se decide pasarlo a planta.

La colonoscopia, continúa la Inspección Médica, sólo se realiza de forma urgente en sangrados con deterioro hemodinámico que no responden al tratamiento con reposición de volumen y transfusión, esto es, cuando la hemorragia digestiva es severa. En el caso, sin embargo, el paciente estaba hemodinámicamente estable, sin descenso de los niveles de hematocrito y hemoglobina y sin precisar transfusión de hemoderivados para mantener estos parámetros. De ahí que no estuviera indicada la colonoscopia urgente, la cual, además, no está exenta de riesgos y es más rentable para el diagnóstico hacerla de forma programada y con preparación (limpieza del colon). Así, lo urgente ante un sangrado es la monitorización de las constantes y la consecución de estabilidad hemodinámica. Si esto se consigue, posteriormente se irá realizando todo el estudio tendente al diagnóstico del sangrado, incluida la colonoscopia. Por tanto, sólo si no se consigue estabilizar al paciente por la gravedad de la pérdida sanguínea, se debe realizar la colonoscopia urgente para intentar frenar la hemorragia, aunque ello no siempre es posible.

En el mismo sentido se expresa el Jefe de Servicio de Cirugía General y Digestivo del Hospital "Rafael Méndez" al explicar el protocolo de actuación en casos de hemorragia digestiva baja sin riesgo vital no masiva, que sólo prevé la intervención quirúrgica urgente (en algunos casos, previa valoración e individualización, mediante colonoscopia) en los casos de inestabilidad

hemodinámica y/o analítica o cuando el paciente evoluciona de forma desfavorable entrando dentro de los criterios de hemorragia digestiva masiva.

La historia clínica muestra que el paciente no mostraba compromiso hemodinámico ni al ingreso en urgencias ni en la reevaluación realizada por Cirugía siete horas después, pues presentaba tensión arterial mantenida, frecuencia cardíaca normal y con unos valores de hemoglobina y hematocrito que no eran compatibles con una pérdida de sangre (hipovolemia) grave, por lo que se adoptó actitud expectante, sin transfusión. En tales circunstancias no existía indicación de colonoscopia urgente.

La contundencia de estas conclusiones, reiteradas por todos los informes obrantes en el expediente, incluido el de la Inspección Médica, impiden aceptar la alegación consistente en que, como el paciente estaba estable, procedía efectuarle inmediatamente la colonoscopia, como apuntan los reclamantes con ocasión del trámite de audiencia.

## 2. La administración de fármacos que aumentaban el riesgo de sangrado.

Para los actores, la administración al paciente de dos medicamentos (Emportal y Clexane) que aumentan el riesgo de hemorragia, habría contribuido al fatal desenlace. La Inspección Médica, sin embargo, considera que la prescripción farmacológica fue la adecuada, pues era evidente la necesidad de uso de profilaxis antitrombótica tanto por la edad del paciente y su patología de base (cardiópata con episodios previos de fibrilación auricular) como por el tipo de cirugía y el encamamiento prolongado que era esperable. Todo lo encuadraba en el grupo de riesgo más elevado para la aparición de fenómenos tromboembólicos y era obligada la profilaxis de los mismos. Para ello se usó enoxaparina (Clexane), heparina de bajo peso molecular, que presenta un menor riesgo de producir fenómenos hemorrágicos que las heparinas tradicionales.

Respecto del Emportal, fármaco usado para combatir el estreñimiento, de frecuente aparición en enfermos encamados, señala la Inspección que no produce en ningún caso hemorragias digestivas. Si éstas aparecen, se aconseja su supresión para no aumentar más la irritación del intestino. De conformidad con las órdenes de tratamiento obrantes en la historia clínica, su prescripción data del 24 de enero, dado el estreñimiento del paciente, y no consta que se administrara tras la aparición de los síntomas hemorrágicos el 26 de enero. Así, en la orden de tratamiento correspondiente a esta fecha (folio 61 del expediente), ya no figura el indicado fármaco.



En cualquier caso, los tiempos de hemorragia, coagulación y protrombina se mantenían en valores normales (conclusión sexta del informe de la compañía aseguradora), por lo que no parece que la administración de los fármacos interviniera en la producción de la hemorragia digestiva.

Corolario de lo expuesto es que no se advierte en el supuesto sometido a consulta la defectuosa asistencia sanitaria a la que se pretende imputar la desgraciada muerte del padre de los actores, toda vez que la actuación facultativa, tanto en el tratamiento farmacológico pautado como en el manejo de la hemorragia digestiva baja, fue ajustado a normopraxis, como de forma coincidente manifiestan todos los juicios valorativos que de dicha actuación se han unido al procedimiento.

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

### **CONCLUSIÓN**

**ÚNICA.-** Se dictamina favorablemente la propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación, al no concurrir todos los elementos 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 de asistencia sanitaria y el fallecimiento del paciente.

No obstante, V.E. resolverá.



## DICTAMEN 257/2010

<b>Asunto</b>	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos durante el desarrollo de su actividad como profesor de educación física.
<b>Consultante</b>	Consejero de Educación, Formación y Empleo
<b>Fecha</b>	16/12/2010

### Extracto de Doctrina

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 (Dictámenes 188/02, 247/2002 y 86/2004), este último sobre un supuesto similar al suscitado en el presente caso.

### ANTECEDENTES

**PRIMERO.-** El 21 de diciembre de 2009, el Director del Centro Público de Educación Especial (CPEE) “Pérez Urruti” de Murcia remite al Servicio de Prevención de Riesgos Laborales de la Consejería de Educación, Formación y Empleo la reclamación presentada por x, solicitando una indemnización de 320 euros por los daños sufridos (rotura de gafas). También acompaña un informe de la Dirección del CPEE, de 17 de diciembre anterior, en el que hace constar los hechos.

Con posterioridad, el 1 de junio de 2010 se remite de nuevo la documentación a la Consejería consultante, añadiendo la factura original.

En su reclamación, el profesor de educación física del centro de educación especial expone lo siguiente:

*“... durante la sesión de Ed. Física, mientras me disponía a colocar y a sujetar a x. en su silla, x. se me abalanzó tirándome las gafas al suelo, rompiéndose uno de los cristales (el izquierdo), doblándose la montura y esportillándose el otro cristal, quedando las gafas inservibles”.*

En el parte de incidencias suscrito por el profesor el mismo día del accidente, expone los hechos de forma coincidente a lo relatado en el escrito de reclamación, afirmando que ocurrieron en la pista de baloncesto del centro educativo especial, y añade que, como medida de corrección ante el incidente, se separó a la menor del grupo y se le llamó la atención.

**SEGUNDO.-** El 22 de junio de 2010, la instructora del procedimiento solicita al Director del centro educativo que informe sobre los hechos ocurridos, lugar, persona responsable de los alumnos, entre otros aspectos, siendo evacuado por fax el mismo día en el siguiente sentido:

*“Que el pasado día 8 de octubre de 2009, siendo las 9,30 horas, x., mientras desarrollaba su labor como maestro de Educación Física y estando sólo en el gimnasio del centro con un grupo de alumnos (5 alumnos pluridiscapacitados y/o con trastorno generalizado del desarrollo), mientras colocaba y sujetaba a una alumna usuaria de silla de ruedas, una alumna se le abalanzó tirándole las gafas al suelo (...).”*

**TERCERO.-** Otorgado un trámite de audiencia al interesado al objeto de que pudiera examinar el expediente, formular alegaciones y presentar cuantos documentos y justificaciones estimase pertinentes, no consta que haya hecho uso de este derecho.

**CUARTO.-** La propuesta de resolución estima la reclamación presentada, al existir conexión entre el daño sufrido y el funcionamiento del servicio público, destacando que ha sido en el desempeño de sus funciones cuando recibe la agresión descontrolada de una alumna de atención educativa especial, con resultado de pérdida del objeto personal (las gafas), que debe reponer por ser imprescindible. No obstante, condiciona el pago de la cantidad a que no se haya hecho efectivo por MUFACE la contingencia indemnizatoria de rotura de gafas, en el caso de que el reclamante haya hecho uso de esta vía compensatoria específica.

**QUINTO.-** Con fecha 31 de agosto de 2010 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 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 CPEE “Pérez Urruti” 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, la doctrina del Consejo Jurídico (por todos, Dictamen 175/2009) ha alcanzado las siguientes conclusiones sobre la

aplicación del instituto de la responsabilidad patrimonial para el resarcimiento de los daños ocasionados al profesorado:

1. La responsabilidad patrimonial es una vía de resarcimiento para los empleados públicos, cuando no existe un procedimiento específico de compensación, o incluso, existiendo, su aplicación no repare los daños causados, siempre, claro está, que concurren los requisitos determinantes de la responsabilidad patrimonial (Dictámenes 75 y 76 de año 1999): 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).

2. Para que pueda imputarse el daño al funcionamiento del servicio público en los accidentes ocurridos en centros escolares, ha de ser atribuible como propio e inherente 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. 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.

3. 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”.*

4. La compensación a los empleados públicos descansa en el principio de indemnidad, 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 funcionarial, siempre que no haya mediado culpa o negligencia de su parte (por todos nuestro Dictamen núm. 143/2003). Dicha doctrina refleja el principio general de la indemnidad a favor de los empleados públicos por aquellos daños y perjuicios que puedan sufrir en su persona o en sus bienes por el desempeño de funciones o tareas reconocidos en la legislación sobre función pública.

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 (Dictámenes 188/02, 247/2002 y 86/2004), este último sobre un supuesto similar al suscitado en el presente caso.

El recordatorio de la doctrina expresada resulta justificado en el presente caso, pues la propuesta elevada hace referencia a un vía específica de resarcimiento por parte del interesado, concretamente al régimen de aseguramiento social de MUFACE, que prevé, según refiere la instructora, la contingencia indemnizatoria de rotura de gafas en accidentes de servicio (aunque debería actualizarse la referencia normativa, pues el Decreto 843/1976, de 18 de marzo, que cita fue derogado), vía que resulta de aplicación preferente, como ha recordado este Consejo Jurídico en algunos de sus Dictámenes (por todos, los núms. 141/05 y 31/07), sin que se haya acreditado en el presente caso si el interesado ha percibido la correspondiente indemnización a través de dicha cobertura; por tanto, se considera acertado que en la propuesta elevada se condicione el pago efectivo de la cantidad solicitada a que se verifique previamente si ha sido compensado en su totalidad o parcialmente.

A este respecto conviene reiterar las consideraciones que realizamos en nuestro Dictamen núm. 31/2007 acerca de la compatibilidad de la vía resarcitoria específica del seguro escolar con el instituto de la responsabilidad patrimonial: *“centrándonos ya en el supuesto que nos ocupa cabe plantearse si la existencia de otra vía resarcitoria paralela (seguro escolar) excluye la acción por responsabilidad patrimonial. También este supuesto ha sido abordado por este Órgano Consultivo en varias ocasiones (por todos, Dictamen núm. 141/2005), en el que concluíamos que si bien es*

*cierto que cuando exista en el ordenamiento una vía específica de resarcimiento para perjuicios acaecidos en el seno de una determinada relación jurídica, tal vía resulta de aplicación preferente, no lo es menos que si en el supuesto que se trate concurren los elementos constitutivos de la responsabilidad patrimonial (artículos 139 y ss. LPAC), la Administración debe resarcir al perjudicado en el daño no cubierto o insuficientemente cubierto por la vía resarcitoria principal, conclusión que se alcanza atendiendo a la finalidad del instituto de la responsabilidad patrimonial de obtener la reparación íntegra del daño sufrido”.*

Por lo tanto, cuando se ha previsto en el ordenamiento una vía específica de resarcimiento para perjuicios acaecidos en el seno de una determinada relación jurídica, tal vía resulta de aplicación preferente. De esta forma se consigue evitar una indeseable duplicidad de vías resarcitorias, conforme a la doctrina del Consejo de Estado (por todos Dictamen núm. 640/2003).

**CUARTA. Concurrencia de los requisitos determinantes de la responsabilidad patrimonial en el presente caso.**

Ha quedado acreditado en el expediente un daño o perjuicio patrimonial efectivo, individualizado en el reclamante y valorado en 320 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, la alumna causante del daño no puede ser considerada como un tercero, ejercitándose sobre ella 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 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 del reclamante, quien en el desempeño de su labor profesional no puede venir obligado 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 el reclamante sufrió un daño, consistente en la rotura de sus gafas por la acción de una alumna de educación especial.

Cabe concluir, pues, que la Administración debe reparar el daño sufrido por el 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, siempre y cuando el interesado no haya sido indemnizado previamente en la cuantía reclamada por la vía específica de resarcimiento indicada en la Consideración anterior.

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

### **CONCLUSIONES**

**PRIMERA.-** Debe acreditarse en el expediente si el interesado tiene derecho a ser resarcido del daño a través del régimen de aseguramiento social específico señalado en la propuesta elevada, con el fin de evitar duplicidad de indemnizaciones.

**SEGUNDA.-** En el caso de que no fuese titular de tal derecho, se dictamina favorablemente la propuesta de resolución sometida a consulta.

No obstante, V.E. resolverá.





## DICTAMEN 258/2010

<b>Asunto</b>	Resolución de contrato formalizado con la entidad mercantil x., S.L., para la construcción de un centro educativo en Dolores de Pacheco.
<b>Consultante</b>	Ayuntamiento de Torre Pacheco
<b>Fecha</b>	16/12/2010

### 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 15 de enero de 2008 el Pleno del Ayuntamiento de Torre Pacheco adjudicó a la mercantil --, S.A. (x), la concesión del dominio público constituido por una parcela municipal sita en el sector de suelo apto para urbanizar residencial número 2 de Dolores de Pacheco, término municipal de Torre Pacheco, a los fines de la construcción y puesta en funcionamiento de un Centro de Educación con las modalidades legalmente permitidas.

El contrato se formalizó, según se desprende de los informes que obran en el expediente, el día 4 de marzo de 2008, y, según la base 3 del Pliego de Condiciones Jurídicas, Económicas y Administrativas (en lo sucesivo, Pliego de Condiciones), *“la construcción y puesta en funcionamiento del Centro de Educación habrá de tener lugar dentro de los dos años siguientes a la formalización del documento de concesión. En el mismo plazo habrán de obtenerse la oportunas licencias de construcción y apertura de los centros y la autorización de la Administración competente, en los términos legales correspondientes, y la suscripción de concierto educativo con dicha Administración a los efectos de que tal concierto permita el sostenimiento con fondos públicos”*.

El acuerdo plenario antes citado recoge, entre otros, los siguientes compromisos, ofertados por la adjudicataria en su proposición:

- La duración de la concesión será de 45 años.
- El canon a abonar al Ayuntamiento será de 6.000 euros anuales.

**SEGUNDO.-** El 20 de febrero de 2008, la adjudicataria propone al Ayuntamiento una cesión del contrato a favor de la mercantil --, SL, sociedad constituida por x, como único socio, a cuyo efecto la primera *“manifiesta su compromiso de asumir todas las obligaciones derivadas de la concesión que se pretende ceder”*. La solicitud es atendida por la Corporación Local que, en sesión plenaria celebrada el día 27 de marzo de 2008, acordó aprobar el cambio de titularidad de la concesión a favor de la mercantil --, S.L.

Dicha cesión se formaliza en documento administrativo de fecha 30 de mayo de 2008 y figura incorporado al expediente (folios 1 a 27).

**TERCERO.-** Mediante escrito que tuvo entrada en el Registro General del Ayuntamiento de Torre Pacheco el 7 de septiembre de 2009, la contratista se dirige a la Corporación Local indicando la imposibilidad de construir el centro escolar para la fecha prevista en el contrato, es decir, el 4 de marzo de 2010, debido a que la Consejería de Educación, Ciencia e Investigación de la Región de Murcia, *“ha resuelto que sólo sería procedente conceder el régimen de conciertos a las enseñanzas de Educación Secundaria Obligatoria. De este modo se excluye la posibilidad de acceder a este régimen concertado la Educación Infantil de primer y segundo ciclo y la Educación Primaria”*. También hace constar la imposibilidad de construir el centro educativo, dado que no ha podido obtener la financiación necesaria para ello debido a la crisis económica que atraviesa el país.

La imposibilidad de construir el centro educativo, por la ausencia de financiación, unida a la falta de concierto de los niveles educativos antes citados, constituyen, a juicio de la contratista, un supuesto de riesgo imprevisible que le impide cumplir en plazo el objeto del contrato. Solicita, pues, la resolución del contrato por imposibilidad de acometer la inversión por causas ajenas a la adjudicataria, o bien que se le conceda una prórroga de, al menos, dos años, a contar desde el vencimiento del plazo, de modo que el cumplimiento de las obligaciones de construcción y puesta en funcionamiento del centro educativo no sean exigibles hasta el 4 de marzo de 2012.

**CUARTO.-** Previo informe jurídico emitido por el Jefe de Sección de Asuntos Generales y Personal del Ayuntamiento, el Pleno de dicha Entidad adopta, el día 29 de abril de 2010, acuerdo por el que se decide iniciar procedimiento de resolución del contrato basándose para ello en el hecho de que *“si bien aún no se ha cumplido el plazo máximo para el cumplimiento de las condiciones impuestas al concesionario (marzo de 2010), sí que se ha manifestado expresamente por la interesada la imposibilidad de cumplir dichos plazos y, además, se han incumplido las*

condiciones del contrato al no abonarse los gastos en concepto del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, así como al habersele denegado el concierto por la Consejería correspondiente de la CARM". Se acuerda, asimismo, conceder trámite de audiencia al contratista y, en el supuesto de que se proponga la incautación de la fianza, conceder el mismo trámite a x., entidad avalista.

**QUINTO.-** Por el Interventor del Ayuntamiento se lleva a cabo una valoración de los daños y perjuicios ocasionados por la contratista al Ayuntamiento, cifrándolos en la cantidad de 7.500 euros, según el siguiente desglose:

- 4 Plenos x 1.000 euros..... 4.000 euros
- 1 Junta de Gobierno Local x 500 euros..... 500 euros
- Informes 3 x 1.000 euros..... 3.000 euros

**SEXTO.-** El acuerdo de iniciación del procedimiento resolutorio, así como la valoración de daños y perjuicios, son notificados a la empresa --, S.L., con fecha 9 de septiembre de 2010, y el siguiente día 15, x., en nombre y representación de --, S.L., presenta alegaciones en las que hace constar lo siguiente:

1. El contrato administrativo ya se encuentra resuelto de mutuo acuerdo por silencio administrativo. En efecto, afirma el contratista que el 7 de septiembre de 2009 presentó escrito solicitando la resolución del contrato y al haber transcurrido más de un año desde esa fecha sin haber recibido contestación, debe entenderse estimada la solicitud.

2. Existiendo un acto administrativo presunto, no se puede dictar una resolución expresa que contradiga dicho acto, por prohibirlo así expresamente el artículo 43.3 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), al establecer que *"en los casos de estimación por silencio administrativo, la resolución expresa posterior a la producción del acto sólo podrá dictarse de ser confirmatorio del mismo"*.

3. Inexistencia de incumplimiento imputable a la empresa concesionaria, pues en la oferta presentada en su día y aceptada por el Ayuntamiento, se preveía que el colegio funcionara exclusivamente en régimen de concierto en todos los niveles ofertados.

*“No obstante -manifiesta la empresa alegante- la Dirección General de Centros Docentes de la Consejería de Educación de Murcia ha resuelto que sólo sería procedente conceder el régimen de conciertos a las enseñanzas de Educación Secundaria Obligatoria. La Dirección ha desechado expresamente la posibilidad de que la Educación infantil de primer y segundo ciclo y la Educación Primaria accedan al régimen de concierto.*

*A la vista de la denegación del concierto educativo, todas las entidades de crédito han denegado la financiación para llevar a cabo la obra de construcción del colegio...”*

Todo lo anterior, a juicio del contratista, determina la imposibilidad de ejecución del contrato por causas completamente ajenas a su voluntad, constituyendo un claro caso de riesgo imprevisible e inevitable, lo que conlleva:

a) Que la resolución haya de ser por mutuo acuerdo, sin que quepa, por lo tanto, la incautación de fianza ni la indemnización por daños causados a la Corporación Local.

b) Que, sin perjuicio de lo anterior, se considera que la valoración de daños que se ha llevado a cabo resulta desproporcionada e injustificada.

**SÉPTIMO.-** El 23 de septiembre de 2010 se emite informe jurídico por una Técnica de Administración General, conformado por el Jefe de Sección de Asuntos Generales y Personal, en el que manifiesta 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, indicando, en síntesis, lo siguiente:

1. En cuanto a la posibilidad de que el contrato se hubiera resuelto de mutuo acuerdo por silencio administrativo positivo, se estima que dicho acto presunto sería, de haberse producido, nulo en función de lo establecido en el artículo 62.1,f) LPAC.

2. Respecto del incumplimiento del contrato por parte de la mercantil --, S.A. (sic), no sólo se ha incumplido por no haber obtenido la financiación necesaria para su ejecución, sino que, además, no se han abonado por la adjudicataria los gastos originados por el Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, lo que constituye una obligación para ella por así establecerlo el Pliego de Condiciones.

3. Basándose en el informe de la Intervención Municipal de Fondos, cifra los gastos originados al Ayuntamiento por el incumplimiento contractual en la cantidad de 7.500, euros, a la que cabe adicionar la de 8.302,10 euros de gastos originados por el impuesto antes mencionado. Por lo tanto, concluye, de la fianza prestada habría que retener la cantidad total de 15.820, 10 euros.

Finaliza señalando que, al proponerse la incautación de la fianza y haberse opuesto el contratista a la resolución pretendida por la Administración, resulta preceptivo conceder trámite de audiencia a la entidad avalista y solicitar Dictamen del Consejo Jurídico de la Región de Murcia.

**OCTAVO.-** Figura en el expediente escrito dirigido a x., notificado el 30 de septiembre de 2010, por el que se le comunica el inicio del expediente de resolución de contrato en el que se propone incautar la fianza por el importe antes indicado. La avalista no hace uso de su derecho al no comparecer ni formular alegación alguna.

**NOVENO.-** Mediante oficio registrado de salida en el Ayuntamiento de Torre Pacheco el 2 de noviembre de 2010, el Teniente de Alcalde-Delegado del Área de Presidencia y Función Pública, solicita de este Consejo Jurídico la emisión de su preceptivo Dictamen, acompañando el expediente tramitado e índice de los documentos que lo conforman. Dicha solicitud es registrada en este órgano consultivo el siguiente día 4 de noviembre.

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 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 advierten las siguientes anomalías procedimentales que deberán subsanarse:

1.<sup>a</sup> A tenor de lo establecido en el artículo 2.3 *in fine* del Reglamento de Organización y Funcionamiento de este Consejo Jurídico, aprobado por Decreto 15/1998, de 2 de abril (RCJ), en relación con el artículo 11 LCJ, las consultas formuladas por los Ayuntamientos a este Órgano Consultivo se llevarán a cabo a través de su Alcalde. Si dicha competencia estuviese delegada debe hacerse constar así, indicando la norma o resolución mediante la que se haya llevado a cabo.

2.<sup>a</sup> 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 citado RCJ.

3.<sup>a</sup> Las actuaciones realizadas han de culminar con la formal propuesta de resolución que contenga la voluntad del órgano instructor respecto de la resolución del procedimiento, que debe ser el objeto del Dictamen interesado, lo que se subsana mediante la formulación de dicha propuesta, que ha de incluir la debida separación entre hechos y fundamentos jurídicos aplicables y la parte dispositiva de la misma (art. 46.2,b)1.º RCJ).

### **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 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 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 96/2009, al que nos remitimos.

Muy tempranamente, este Consejo Jurídico (por todos, Dictamen 57/2000) sostuvo una posición integradora entre la normativa contractual y la 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, es decir, 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

concorre 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 LPAC 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 (Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Región de Murcia, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 11 de marzo 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 90, 96 y 181 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 29 de abril de 2010, 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.**

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, en cuya solicitud deben atenderse las observaciones contenidas en la Consideración Segunda del presente Dictamen.

En relación con el trámite de audiencia a la mercantil contratista deberá indicarse que las alegaciones han de ser formuladas por la empresa cesionaria, --, S.L., y no por la empresa adjudicataria, --, S.L., al haber asumida la primera la total responsabilidad de la ejecución del contrato frente a la Administración, en virtud del contrato suscrito el 30 de mayo de 2008, tras haber aceptado la Corporación Local la cesión propuesta por el adjudicatario.

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 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 259/2010**

**Asunto** Responsabilidad Patrimonial instada por x. en nombre y representación de su hijo, debida a accidente escolar

**Consultante** Consejero de Educación, Formación y Empleo

**Fecha** 16/12/2010

**Extracto de Doctrina**

Nota: igual doctrina que la expresada en el Dictamen 14.



**DICTAMEN 260/2010**

**Asunto** Proyecto de Orden por el que se establece el currículo del ciclo formativo de grado medio correspondiente al título de Técnico en Instalaciones Eléctricas y Automáticas en el ámbito de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.

**Consultante** Consejero de Educación, Formación y Empleo

**Fecha** 20/12/2010

**Extracto de Doctrina**

Nota: igual doctrina que la expresada en el Dictamen 157/2010.



**DICTAMEN 261/2010**

**Asunto** Proyecto de Orden por la que se modifica la Orden de 17 de mayo de 2007, de la Consejería de Sanidad, por la se que 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

**Fecha** 20/12/2010

**Extracto de Doctrina**

Nota: igual doctrina que la expresada en el Dictamen 157/2010.



**DICTAMEN 262/2010**

**Asunto** Resolución del contrato de consultoría y asistencia técnica para la redacción del proyecto y dirección de obras y coordinación de seguridad y salud de la reforma y ampliación 2ª fase del Hospital Virgen del Castillo de Yecla.

**Consultante** Consejera de Sanidad y Consumo

**Fecha** 20/12/2010

**Extracto de Doctrina**

El Consejo Jurídico, en su Dictamen núm. 29/2000, hizo referencia a los requisitos necesarios para la aplicación de esta causa de resolución: “junto con la presencia del interés público, para que proceda resolver un contrato por desistimiento unilateral de la Administración es preciso que el contratista haya cumplido con sus obligaciones, lógicamente sólo las que le serían exigibles al tiempo de acordarse aquélla”.

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** El 4 de mayo de 2006, x, Director Gerente del Servicio Murciano de Salud (SMS en adelante), y x, arquitecto de profesión, formalizan el contrato administrativo de consultoría y asistencia técnica para la redacción del proyecto, dirección de obras y coordinación de seguridad y salud de la reforma y ampliación de la 2ª fase del Hospital Virgen del Castillo de Yecla, tramitada por el procedimiento negociado sin publicidad, conforme a lo previsto en el artículo 210.b) del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (TRLCAP).

Dicho contrato, que es definido como complementario del que se suscriba para las obras de reforma y ampliación de la 2ª fase del Hospital Virgen del Castillo de Yecla (cláusula segunda), se sujeta al Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP), que han sido aceptadas por el adjudicatario a través de su oferta (cláusula primera).

El precio total pactado es de 327.643,16 euros, IVA incluido, desglosado en tres anualidades (cláusula sexta), teniendo derecho el contratista al abono de los trabajos efectivamente realizados, previa presentación de la correspondiente factura, procediéndose a su abono una vez realizada la conformidad de los mismos (cláusula séptima).

**SEGUNDO.-** En ejecución del referido contrato, constan en el expediente las aprobaciones de las siguientes facturas presentadas por el contratista:

1. Por Resolución de 4 de julio de 2007 del Director Gerente del SMS se aprobó la factura de 146.431,29 euros, correspondiente a los honorarios de redacción del proyecto de obras de la reforma y ampliación 2ª fase del Hospital Virgen del Castillo. Previamente, por Resolución del mismo órgano de 12 de junio de 2007, se había aprobado una modificación del contrato, incrementando el importe de los honorarios de redacción del proyecto en una cuantía de 23.112,86 euros.

2. Por Resolución de 11 de marzo de 2009 se aprueba la factura correspondiente a 37.679,10 euros, por los conceptos que se reseñan en el folio 88.

**TERCERO.-** Se incorporaran al expediente las actas sobre recepción de las obras de reforma y ampliación del Hospital Virgen del Castillo de Yecla, adjudicadas a la UTE --, S.A. y --, S.L. de fechas 13 de marzo y 6 de abril de 2009, en la primera de las cuales se hace referencia a que se ha resuelto el contrato de obras y que no se considera procedente recibir las mismas dadas las deficiencias existentes. En la segunda, correspondiente al 6 de abril de 2009, se establece la fecha para la medición de las obras realmente ejecutadas, instándose la aportación de la certificación correspondiente, en la que se indicarán todas las unidades de obra realizadas correcta e incorrectamente, valorándolas.

**CUARTO.-** El 8 de febrero de 2010 se remite una comunicación interior del Director de la Gerencia del Altiplano al Secretario General Técnico del SMS, en la que expone:

*“Después de recabar informes del Servicio de Ingeniería y Mantenimiento, Dirección de Gestión y diversos Servicios del Hospital, le envío informe sobre la conveniencia de un cambio en la dirección facultativa de la obra a realizar en el Hospital Virgen del Castillo de Yecla.*

*Este cambio se justifica por la necesidad de tener la mejor dirección facultativa posible ante la nueva fase de la reforma del Hospital que afectará a servicios esenciales situados en el corazón del mismo, por lo que solicito que la próxima dirección facultativa se lleve a cabo por los propios servicios técnicos del SMS y la Ingeniería existente en el Hospital para una toma de decisiones más rápida ante cualquier anomalía que pudiera producirse y un mejor desarrollo de las mismas”.*

Lo anterior se sustenta en una comunicación anterior del Director de Gestión y Servicios Generales del Área V de Salud, de 1 de febrero de 2010, en la que se explican más ampliamente las razones para proponer tal cambio en la dirección facultativa:

*“Una vez recabados los oportunos informes del Servicio de Mantenimiento (ingeniero jefe) y demás responsables de los distintos Servicios del Hospital (muy especialmente de Quirófanos, Laboratorios y Urgencias), paso a reseñarte los motivos que justifican, según criterio unánime de los distintos profesionales antes mencionados, la conveniencia de cambiar la Dirección Facultativa en la ejecución de la última fase de las obras de ampliación que han de realizarse en el Hospital Virgen del Castillo, a saber:*

*-Esta nueva fase de ejecución de obras de ampliación y reforma del Hospital afectará a los servicios esenciales situados en el “corazón” del mismo y ello determina la necesidad inexcusable de que la dirección y seguimiento de la precitada obra la asuman los propios Servicios Técnicos SMS y la Ingeniería existente en el Hospital, dado que son los únicos conocedores, tanto del complejo funcionamiento de aquellos, como de sus instalaciones y diseño, que requieren, por su singularidad, una especialización muy concreta, y, te repito, un perfecto y amplio conocimiento de los mismos.*

*-Necesidades prácticas, en especial las referidas a la toma de decisiones de una forma ágil ante cualquier anomalía que se produzca, y, muy especialmente, por la exigencia inexcusable de adecuar perfectamente las viejas instalaciones que deberán seguir funcionando puntualmente, con las nuevas que han de acometerse, y que sólo los Técnicos del Servicio Murciano de Salud conocen por su dilatada experiencia en situaciones similares a la nuestra; también para lograr la consecución de un mejor desarrollo en la ejecución y resolución de las mismas de forma accesible, evitando las dilaciones innecesarias de etapas anteriores en la ejecución de las precitadas obras de reforma y ampliación del Hospital “Virgen del Castillo” que, a la fecha, han perjudicado directamente y en última instancia a los usuarios de la atención sanitaria que estamos obligados a prestar, persiguiendo, igualmente, que aquellas culminen en los plazos previstos, circunstancia ésta de vital importancia precisamente por el carácter asistencial que prestamos a toda la población que conforma el Altiplano y a la que antes me he referido (razones de interés público).*

*-Conveniencia de tener la mejor Dirección Facultativa posible ad hoc, conocedora de las singularidades de la presente obra, así como de las dificultades añadidas y derivadas de la circunstancia de tratarse de un complejo Hospitalario.*



*Para concluir, sólo contando con el personal técnico especializado del Servicio Murciano de Salud y el propio de nuestra Área podremos cumplir las exigencias que vienen determinadas por la función asistencial, económica y técnica de la presente obra, en beneficio siempre de los usuarios”.*

**QUINTO.-** Previa propuesta del Secretario General Técnico del SMS, el 16 de marzo de 2010 el Director Gerente del citado Organismo autoriza la iniciación del expediente para la resolución por desistimiento del contrato suscrito con x. el 4 de mayo de 2006, al amparo de lo previsto en los artículos 214.b) y 215.3 TRLCAP, otorgando un trámite de audiencia de 10 días al citado contratista.

**SEXTO.-** El 14 de abril de 2010, el Servicio Jurídico del SMS emite informe favorable a la resolución del contrato por desistimiento unilateral de la Administración, sosteniendo que el artículo 214.b) TRLCAP suministra la base jurídica suficiente para la resolución del contrato objeto de informe, dado que contempla como causa de resolución el simple desistimiento, amparado en el presente caso por la búsqueda de la satisfacción del fin público perseguido, conforme a la justificación contenida en el informe del Director Gerente del Área V de Salud.

**SÉPTIMO.-** El contratista presenta escrito de alegaciones el 4 de mayo de 2010, oponiéndose a dicha resolución contractual por carecer de interés público el desistimiento, en tanto que después de seis años de proceso de obras y de haber realizado el proyecto de terminación de la segunda fase, la dirección facultativa es la que mejor conoce las instalaciones del Hospital, además de poseer un importante *curriculum* en obras sanitarias, por lo que no encuentra justificado su sustitución por técnicos del SMS.

Asimismo, señala que no procede la liquidación del contrato por el 10% de los trabajos pendientes de realizar, porque el desarrollo de las obras hasta la resolución del contrato con la empresa adjudicataria “UTE --, S.A. y --, S.L.” ha tenido un proceso totalmente anómalo, lo que se ha traducido en una intervención con una dedicación muy superior a la convencional, por causas totalmente ajenas. En tal sentido, afirma que las incidencias están totalmente documentadas en las 109 actas de reuniones de obra, de las que tiene conocimiento el SMS, aportando un gráfico en el que representa el volumen de obra certificado hasta el mes de julio de 2009, que refiere como fecha límite de su vinculación a la obra. A la vista del citado gráfico sostiene que a dicha fecha el volumen de obra ejecutado por la contratista era del 20,02%, sin embargo, el tiempo de dedicación de esta dirección facultativa ha sido el 73,33% sobre el tiempo de duración total.

Por ello sostiene que existe una total desproporción entre el tiempo de vinculación de la dirección facultativa con la obra y el rendimiento de los honorarios que serían de aplicación por causas ajenas a su actuación.

Finalmente, solicita una liquidación por importe del 73% de los honorarios inicialmente contratados, a los que hay que deducir las cantidades ya certificadas, lo que vendría a satisfacer, en su opinión, el trabajo realizado.

**OCTAVO.-** Los motivos de oposición del contratista son objeto de estudio y valoración el 15 de junio de 2010 por el Servicio de Obras y Contratación del SMS (folios 113 a 119), alcanzando la siguiente conclusión:

*“(...) 2. Las alegaciones del contratista, formuladas en trámite de audiencia, no desvirtúan las razones tenidas en cuenta por el órgano de contratación para acordar el inicio del expediente de resolución del contrato por desistimiento. Se ha justificado en el expediente la existencia de razones de interés público que motivan la decisión, a pesar del cumplimiento por el contratista de sus obligaciones contractuales, el cual ha percibido los honorarios correspondientes a la actividad profesional efectivamente desempeñada, en función del volumen de obra certificada, y de conformidad con los criterios de pago contenidos en el contrato y en los pliegos de aplicación”.*

**NOVENO.-** Por Resolución del Director Gerente del SMS, de 8 de septiembre de 2010, se acuerda declarar la caducidad del procedimiento por el transcurso del plazo de los tres meses para resolver desde la iniciación, autorizando en la misma Resolución el inicio de un nuevo procedimiento para la resolución contractual, incorporando al mismo todos los informes y documentos del procedimiento anterior cuya caducidad se declara.

En la misma Resolución se acuerda otorgar un nuevo trámite de audiencia al contratista.

**DÉCIMO.-** El 21 de octubre de 2010, x. presenta nuevo escrito de alegaciones, en el que manifiesta:

1. En primer lugar, expresa su interés en volver a constituirse en dirección facultativa, ya que, al menos, quedan 12 meses de obra. Pone de manifiesto que la causa para acordar el desistimiento de la Administración es falsa, teniendo en cuenta que el SMS ha iniciado y concluido un procedimiento para la contratación de un coordinador de seguridad y salud, dirección de ejecución y de instalaciones.

2. La caducidad acordada es inválida, pues dicho instituto opera *ope legis* y no requiere una declaración expresa, habiéndose convertido la terminación del anterior procedimiento en un acto firme, sin que pueda iniciarse un nuevo procedimiento, pues la Administración sólo puede reaccionar acogiendo a la declaración de nulidad y revisión de oficio.

3. El procedimiento iniciado es nulo de pleno derecho, en tanto su finalidad es revisar las consecuencias de un procedimiento anterior, alegando también indefensión.

Finalmente, solicita que se restituya al contratista en sus derechos y obligaciones dimanantes del contrato adjudicado con efectos de 16 de junio de 2010, fecha en la que se produjo la caducidad del procedimiento anterior. Subsidiariamente, solicita que se le indemnice en la cuantía solicitada en el anterior escrito de alegaciones.

**UNDÉCIMO.-** El informe del Servicio de Obras y Contratación de 3 de noviembre de 2010 examina las alegaciones precitadas, señalando que la Resolución de 8 de septiembre de 2010 declara la caducidad, conforme a lo previsto en el artículo 44.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), si bien el artículo 92.3 de la citada Ley establece que la caducidad por sí sola no producirá la prescripción de las acciones.

Sostiene que los efectos de la caducidad producida y declarada quedan limitados a la finalización y archivo de las actuaciones practicadas, impidiendo la continuación del procedimiento iniciado por Resolución de 16 de marzo de 2010; pero ello no es óbice para que el órgano de contratación, una vez archivadas las anteriores actuaciones, inicie un nuevo procedimiento ejerciendo su prerrogativa de resolución del contrato por desistimiento, incorporando al mismo los informes y otros documentos que sirvieron de fundamento a la resolución del contrato por los mismos motivos de interés público acreditados, que permanecen inmutables y no han de verse afectados por la declaración de caducidad, según lo dispuesto en el artículo 92.3 LPAC, teniendo en cuenta que la dirección de las obras ha sido ya asumida por los Servicios Técnicos del SMS.

Además, frente a lo manifestado por el contratista sobre la falsedad de la causa alegada, los técnicos informantes aclaran que el SMS no ha contratado una nueva dirección facultativa, como sugiere en sus alegaciones, sino que ha contratado a arquitectos técnicos para el desempeño de determinadas prestaciones relativas al control de la ejecución de las obras (seguridad de las obras), por no disponer la Oficina Técnica del SMS de personal suficiente en tal categoría, pero en todo

momento sometidos a las instrucciones de la dirección de obra desempeñada por un arquitecto del citado Organismo, quien sule al x. por las razones de conveniencia e interés público acreditadas en el expediente.

**DUODÉCIMO.-** El 4 de noviembre de 2010, el Secretario General Técnico del SMS propone declarar la resolución del contrato sobre el que versa el presente procedimiento, así como que se elabore la liquidación del mismo en aplicación de lo dispuesto en el artículo 215.3 TRLCAP.

Mediante Resolución de 5 de noviembre de 2010 del Director Gerente del SMS, se acuerda la suspensión del plazo máximo para resolver el procedimiento desde el mismo día (coincidente con la fecha de registro de salida de la Consejería consultante solicitando el presente Dictamen) hasta su recepción, conforme a lo previsto en el artículo 42.5,c) LPAC, así como su notificación al interesado.

**DECIMOTERCERO.-** Con fecha 9 de noviembre de 2010 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 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, por lo que el Dictamen se emite con carácter preceptivo.

#### **SEGUNDA.- Normativa de aplicación y cuestiones procedimentales.**

1. El presente contrato de consultoría y asistencia técnica se encuentra así calificado en el PCAP, al tener por objeto la redacción del proyecto de arquitectura e instalaciones, dirección técnica de obras e instalaciones y coordinación en materia de seguridad y salud de la reforma y ampliación 2ª fase del Hospital Virgen del Castillo de Yecla.

Dicha caracterización viene prefigurada por el artículo 196.2,a) TRLCAP, que considera contratos de consultoría y asistencia a aquellos que tengan por objeto elaborar proyectos de carácter técnico, así como la dirección, supervisión y control de la ejecución de obras.

Una nota destacada de este tipo de contrato es su carácter complementario del contrato principal de obras de reforma y ampliación 2ª fase del centro hospitalario, al que se encuentra vinculado en los extremos señalados por los artículos 198.2 y 214,d) TRLCAP; este último precepto hace referencia a que este tipo de contratos complementarios quedarán resueltos cuando se resuelva el principal. En tal sentido, se infiere de las actas sobre recepción de las obras de 13 de marzo y de 6 de abril de 2010 y de los alegatos de la contratista, que el contrato de obras suscrito con la UTE --, S.A. y --, S.L. quedó resuelto antes de ejecutar la totalidad de las actuaciones, habiendo continuado el SMS con la tramitación necesaria para la nueva licitación de las obras (folio 60).

Dentro de las prerrogativas que ostenta el órgano contratante (Director Gerente del SMS), 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 registrarán, 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 desistimiento unilateral de la Administración (artículo 214,a) TRLCAP) por razones de interés público y con la finalidad de sustituir la dirección facultativa contratada externamente por los propios servicios técnicos del SMS y del Servicio de Ingeniería del Hospital Virgen del Castillo de Yecla.

2. En cuanto al procedimiento seguido, constan acreditados los trámites exigidos, conforme al artículo 109 RCAP: a) audiencia al contratista por plazo de diez días naturales; b) informe del Servicio Jurídico; y c) en 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.

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 (artículo 42.3 LPAC) del presente procedimiento, que fue incoado por el órgano de contratación el 8 de septiembre del 2010, habiéndose acordado con efectos de 5 de noviembre siguiente la suspensión del plazo máximo legal por el tiempo que media entre la petición y la recepción de nuestro Dictamen (artículo 42.5,c LPAC), si bien no consta en el expediente remitido la notificación practicada al contratista comunicándole la suspensión del procedimiento, tal y como se acuerda en la Resolución de 5 de noviembre de 2010.

Un vez recibido nuestro Dictamen por la Consejería consultante, que igualmente habrá de ser notificado al contratista por exigencias del artículo 42.5,c LPAC, el órgano de contratación dispondrá para acordar y notificar la resolución el tiempo restante hasta el vencimiento de los tres meses expresados.

**TERCERA.- Sobre la causa invocada para la resolución del contrato: El desistimiento unilateral de la Administración.**

Conforme a la propuesta elevada, la causa esgrimida para la resolución del contrato de consultoría y asistencia expresada es la prevista específicamente para este tipo de contratos por el artículo 214.b) TRLCAP: el desistimiento unilateral de la Administración. En principio la legislación de contratos no establece ningún requisito especial que funde la resolución del contrato por esta causa, teniendo, no obstante, como antecedente el artículo 1.594 del Código Civil.

Resulta, por tanto, necesario examinar cuáles son los requisitos que, doctrinal y jurisprudencialmente, vienen exigiéndose para resolver un contrato administrativo por el solo juego de la voluntad de la Administración: por un lado, al acordarse tal desistimiento debe salvaguardarse en todo caso el interés público; por otro lado, también deben quedar a salvo los derechos económicos que en tales casos corresponden al contratista.

Dichos requisitos son expresados, entre otros, por el Dictamen núm. 3895/1996 del Consejo de Estado, que sintetiza su doctrina al respecto:

1. En primer lugar, debe verificarse el requisito de que concurren razones de interés público que hagan innecesaria o inconveniente la permanencia del contrato. Es evidente que las causas que pretendan justificar, desde el punto de vista del interés público, el carácter innecesario o inconveniente de la permanencia del contrato podrán ser diversas y de diferente intensidad.

2. El segundo de los requisitos apuntados hace referencia a la necesaria protección y cobertura que debe ser objeto los derechos económicos del contratista, estableciendo el artículo 215.3 TRLCAP que tendrá derecho, como indemnización por lucro cesante, al 10 % del precio de los estudios, informes, proyectos o trabajos pendientes de realizar en concepto de beneficio dejado de obtener.

También el Consejo Jurídico, en su Dictamen núm. 29/00, hace referencia a los requisitos necesarios para la aplicación de esta causa de resolución: *“junto con la presencia del interés público, para que proceda resolver un contrato por desistimiento unilateral de la Administración es preciso que el contratista haya cumplido con sus obligaciones, lógicamente sólo las que le serían exigibles al tiempo de acordarse aquélla”*.

La concurrencia de ambos requisitos en el presente caso (interés público y suficiente cobertura de sus derechos) es cuestionada por el adjudicatario; su examen será abordado posteriormente.

En el presente caso, por el Servicio de Contratación no se pone en duda el cumplimiento por el adjudicatario de sus obligaciones por razón del contrato, si bien ha de reconocerse que la resolución del contrato principal por causas imputables a la UTE adjudicataria, a tenor de lo indicado en las actas obrantes en el expediente, condicionó de forma inevitable el contrato cuya resolución ahora se propone, pues el mismo contratista sostiene en su escrito de alegaciones que estuvo vinculado al SMS hasta el mes de julio de 2009, fecha en la que se le solicitó aclaraciones sobre la medición final de la obra. Por tanto, cuando se inicia el presente procedimiento de resolución contractual (el 8 de septiembre de 2010), el presente contrato de consultoría y asistencia se encontraba suspendido *de facto* más de un año, suspensión que si hubiera sido acordada por la Administración sería también motivo suficiente para la resolución contractual, a tenor de lo dispuesto en el artículo 214,b) TRLCAP, teniendo los mismos efectos indemnizatorios que el desistimiento.

**CUARTA.- Sobre los motivos de oposición a la resolución del contrato alegados por el adjudicatario y motivación de la causa alegada.**

El contratista sostiene en los escritos de alegaciones defectos procedimentales que vician de nulidad de pleno derecho al nuevo procedimiento iniciado, carencia de interés público para aplicar la causa de desistimiento en la resolución del contrato y la improcedencia de liquidar el contrato por el 10% de los trabajos pendientes de realizar, considerando dicho porcentaje claramente insuficiente con la dedicación invertida en la dirección facultativa de las obras, que considera que debería ser resarcida con el 73% de los honorarios inicialmente contratados, deduciendo las cantidades ya certificadas.

Frente a tales argumentos, este Órgano Consultivo realiza las siguientes consideraciones:

1ª) Sobre los defectos procedimentales.

El Consejo Jurídico considera que el órgano de contratación se ha ajustado en el presente procedimiento a su doctrina por las siguientes razones:

a) La declaración de caducidad del procedimiento anterior no obsta a que el mismo órgano inicie un nuevo procedimiento de resolución contractual, como se indicaba en nuestro 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 LPAC).

Así, en la Memoria de este Órgano Consultivo correspondiente al año 2009 (con cita al Dictamen 177/2009) se señalaba a este respecto:

*“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 (artículo 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 cuyo satisfacción se dirige el contrato. De modo similar, la doctrina legal establecida por el Tribunal Supremo en el ámbito del procedimiento administrativo 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 ejercite potestades sancionadoras, artículo 44.2 LPAC, no extingue la acción de la Administración para ejercitar las potestades aludidas en ese precepto, siéndole plenamente aplicable el artículo 92.3 de la misma Ley”.*

b) También se ajusta a las previsiones del artículo 66 LPAC la incorporación al presente procedimiento de las actuaciones e informes evacuados con anterioridad, decisión que ha sido puesta en conocimiento del contratista, a través del nuevo trámite de audiencia, por lo que, en ningún caso se le ha ocasionado indefensión, frente a la que ha tenido la posibilidad de formular nuevos alegatos, destacándose lo oportuno de esta decisión, en tanto el mismo contratista se remite al primer escrito de alegaciones en lo concerniente a la determinación de la indemnización.

2. Sobre la carencia de interés público de los motivos alegados por el órgano de contratación.

El contratista alega que la sustitución de la dirección facultativa por los servicios técnicos del SMS, debido a que éstos conocen mejor todas las condiciones de las instalaciones del centro hospitalario, lo que resulta esencial para la reforma de los servicios esenciales del “corazón” del Hospital, no es motivo suficiente para desistir el contrato, puesto que él conoce mejor dichas instalaciones al haber realizado el proyecto de la obra y disponer de una dilatada experiencia en reformas y ampliaciones de obras sanitarias.

Frente a tal posicionamiento, los informes evacuados del Servicio de Obras y Contratación reiteran que la iniciación del procedimiento de resolución contractual sólo se encuentra justificada en razones de interés público, que sintetizan en que la atribución de la dirección facultativa a los técnicos del SMS va a suponer una mayor agilidad y rapidez en la toma de decisiones, puesto que además de estar cualificados, disponen de una mayor disponibilidad y conocimiento de los servicios hospitalarios afectados.

Ciertamente, los motivos alegados para la asunción de la dirección facultativa por los técnicos del SMS en la continuación de las obras del Hospital adjudicadas a otra empresa, no han sido confeccionados *ad hoc* por el órgano de contratación para la resolución del presente contrato, sino que figuran documentados (folios 91 y 92), correspondiendo la iniciativa de su formulación a los propios Servicios internos del Hospital Virgen del Castillo (de Mantenimiento, Quirófanos, Laboratorios, y Urgencias), que justifican el interés público del cambio de la dirección facultativa, no sólo en que la nueva fase de ejecución afectará a los servicios esenciales del Hospital y ello

determina que la dirección y el seguimiento de la obra la asuman los propios servicios técnicos y el Servicio de Ingeniería existente en el Hospital, puesto que tales servicios son concedores del complejo funcionamiento de las instalaciones esenciales, sino también en necesidades prácticas para que la toma de decisiones sea ágil ante cualquier anomalía que se produzca, por la exigencia inexcusable de adecuar las viejas instalaciones, que deberán continuar en funcionamiento puntualmente, con las nuevas que han de acometerse con la dificultad y enorme complejidad añadida que ello supone; también para evitar las dilaciones innecesarias de las obras sufridas en etapas anteriores, que han perjudicado en última instancia a los usuarios de la atención sanitaria.

De otra parte, no conviene olvidar el contexto en el que se ha producido la propuesta de resolución del contrato de consultoría y asistencia técnica, pues, conforme a lo indicado en el expediente, el contrato principal de obras fue resuelto por el SMS (el artículo 214,d TRLCAP vincula la resolución de ambos contratos) y, aunque la terminación de las obras se haya adjudicado a otra empresa, la dirección facultativa ya ha sido asumida por el SMS, que desmiente categóricamente, frente a lo que sostiene el contratista, que se haya contratado a nuevos técnicos para realizar sus funciones, pues el Servicio de Contratación señala que la dirección facultativa ha sido asumida por el Arquitecto Superior de la Administración regional, habiéndose contratado a arquitectos técnicos para realizar determinadas prestaciones en las tareas de control en la ejecución de obras, por no disponer la Oficina Técnica del SMS de personal suficiente en dicha categoría profesional.

Tampoco conviene olvidar, en relación con el contrato objeto de resolución, que, como ya se ha señalado, a fecha 8 de septiembre de 2010 (de iniciación del nuevo procedimiento) el contrato se encontraba suspendido “*de facto*” más de un año, puesto que, según el contratista, estuvo vinculado a la obra hasta el mes de julio de 2009.

Por tanto, frente a los motivos esgrimidos por el contratista, este Órgano Consultivo considera justificado en el procedimiento el desistimiento unilateral del contrato de consultoría y asistencia técnica.

**QUINTA.- Los efectos de la resolución del contrato.**

La propuesta elevada establece que la liquidación del contrato se elabore en aplicación de lo dispuesto en el artículo 215.3 TRLCAP, que señala:

*“En el caso del párrafo b) del artículo anterior, el contratista tendrá derecho al 10% del precio de los estudios, informes, proyectos o trabajos pendientes de realizar en concepto de beneficio dejado de obtener”.*

Frente a dicha previsión legal, el contratista solicita el 73% de los honorarios inicialmente contratados, a lo que habría que deducir las cantidades ya certificadas, lo que vendría a satisfacer, en su opinión, el trabajo realizado por la dirección facultativa, que ha sufrido el proceso anómalo en la ejecución de las obras por la UTE adjudicataria del contrato principal anterior, habiéndole supuesto una intervención en tiempo muy por encima de lo convencional y por causas ajenas a él, teniendo también en cuenta los trabajos de liquidación de la obra (que se hubieran hecho al final del contrato) cuando se resolvió aquél contrato de obras.

Sobre el régimen de abono de los trabajos, la cláusula séptima del contrato establece que *“el contratista tendrá derecho al abono de los trabajos efectivamente realizados, previa presentación de la correspondiente factura en el Registro General de Facturas, procediéndose a su abono una vez realizada la conformidad de los mismos”*. Entre los condicionantes para el pago del precio convenido por los trabajos de dirección de la obra y coordinación de seguridad y salud durante la ejecución de las obras, el apartado 11 del Cuadro de Características del Pliego tipo de Cláusulas Administrativas Particulares vincula el 80% del precio pactado por tal concepto a la obra certificada, previa presentación de la factura correspondiente. El 20 % restante se abonará tras la presentación de la documentación indicada y la aprobación de la liquidación de la obra.

Sobre la base de tales previsiones que rigen el contrato, el Servicio de Contratación expone que la última factura presentada por el contratista, de fecha 15 de diciembre de 2008, correspondiente a las certificaciones de obra 1 a 13, fue aprobada por Resolución del Director Gerente del SMS de 11 de marzo de 2009, sin que haya presentado otras certificaciones posteriores, por lo que ha percibido los honorarios que le corresponden conforme a las cláusulas pactadas, sin perjuicio de su derecho a percibir el 10% de los trabajos pendientes de realizar en concepto de beneficio dejado de percibir, de acuerdo con lo expresado con anterioridad.

En primer lugar, este Órgano Consultivo considera que la propuesta elevada no recoge todos los efectos de la resolución del contrato, pues ha de tenerse en cuenta que ha de contener pronunciamiento expreso sobre la devolución de la garantía constituida (artículos 44, en relación con el 113.5 ambos TRLCAP), al no mediar culpa del contratista (cláusula octava del contrato), conforme expresan los Dictámenes núms. 2575/2002 y 1949/2007, entre otros, del Consejo de Estado.

En segundo lugar, respecto a la liquidación del contrato han de tenerse en cuenta los siguientes criterios:

1º) Sobre los trabajos realizados.

El apartado 1 del artículo 215 TRLCAP señala que la resolución del contrato dará derecho al contratista, en todo caso, a percibir el precio de los estudios, informes, proyectos, trabajos o servicios que efectivamente hubiese realizado con arreglo al contrato y que hubiesen sido recibidos por la Administración.

Según los datos obrantes en el expediente, el contratista habría presentado las siguientes facturas al SMS: la primera de 11 de mayo de 2007, núm. RY-1, correspondiente a los honorarios de la redacción del proyecto de obras, por un importe de 146.431,29 euros, fue aprobada por Resolución del Director Gerente del SMS de 4 de julio de 2007. La segunda factura núm. YII-01, expedida por el contratista el 15 de diciembre de 2008, que se corresponde a la dirección de las certificaciones 1 a 13, por un importe de 37.679,10 euros, fue aprobada por Resolución del Director Gerente de la citada Entidad el 11 de marzo de 2009.

Si bien no constan facturas posteriores al 15 de diciembre de 2008, sin embargo, el contratista sí presentó ante el SMS el 30 de abril de 2009 la medición general de la obra y la certificación final, así como informes de la dirección facultativa de 13 de marzo de 2009 y de 6 de abril de 2009, como consecuencia del expediente de resolución del contrato principal de obras suscrito entre el SMS con la UTE --, S.A y --, S.L. con la finalidad de continuar con la tramitación necesaria para la nueva licitación de las obras pendientes de ejecutar. Dicha documentación figura en los folios 44 a 76 del expediente.

Por lo tanto, estos trabajos expresados del contratista no se incluyeron en la última factura aprobada correspondiente al 15 de diciembre de 2008, ni consta que hayan sido abonados por la Administración contratante, con independencia de que el contratista prolongue más allá su vinculación con las obras (sostiene que hasta el mes de julio del citado año).

En consecuencia, al amparo del artículo 215.1 TRLCAP, el contratista tiene derecho a percibir el precio de los estudios, informes, proyectos, trabajos o servicios que efectivamente hubiese realizado con arreglo al contrato y recibidos por la Administración (Dictamen 1382/2008 del

Consejo de Estado), entre los que se han de incluir los expresados tendentes a la liquidación del contrato principal resuelto.

2º) Sobre los trabajos pendientes de realizar.

En este punto, no le asiste la razón al contratista cuando solicita el porcentaje del 73% de los honorarios inicialmente contratados, puesto que legalmente se establece el 10% en concepto del beneficio dejado de percibir (artículo 215.3 TRLCAP) para los trabajos pendientes y la propuesta elevada se acomoda a la normativa aplicable, lo que no excluye para este tipo de contratos la eventual procedencia del abono de aquellos daños y perjuicios cuya efectividad quede acreditada de modo real y fundado por el contratista, si bien los perjuicios alegados como consecuencia de la ejecución anómala del contrato principal de obras atribuibles a la UTE adjudicataria, traducidos en una dedicación mayor en el tiempo invertido, no son imputables en ningún caso a la Administración contratante, que en todo caso prefiguró a este contrato en el PCAP como complementario del principal de obras.

3º) 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 la liquidación del contrato ha de efectuarse conforme a un procedimiento que preceptivamente ha de incluir la audiencia del contratista.

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

### **CONCLUSIONES**

**PRIMERA.**- Procede resolver el contrato administrativo de referencia por la causa propuesta de desistimiento de la Administración, dentro del plazo indicado en la Consideración Segunda. La resolución que se acuerde habrá de contener la procedencia de la devolución de la garantía constituida por el contratista.

**SEGUNDA.**- Procede ordenar la liquidación de las cantidades que correspondan, conforme a los criterios expresados en la Consideración Quinta del presente Dictamen.

No obstante, V.E. resolverá.



**DICTAMEN 263/2010**

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

**Consultante** Consejera de Sanidad y Consumo

**Fecha** 20/12/2010

**Extracto de Doctrina**

El diagnóstico en medicina es, en primer término, casi siempre probabilístico y está basado en la prevalencia de la enfermedad en una población dada, en una edad, sexo o raza, o en la frecuencia de asociación de determinados signos y síntomas con dicha afección. En el supuesto sometido a consulta, la paciente sólo mostró, y aún de forma discontinua, un síntoma de la enfermedad neoplásica (el dolor abdominal difuso), el resto de los que presentaba eran los más frecuentes de otras patologías y, además, carecía de factor de riesgo alguno que pudiera hacer sospechar la presencia de una patología oncológica.

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** La reclamación a que se contrae el presente ya fue objeto de conocimiento por el Consejo Jurídico, concluyendo en su momento (Dictamen 208/2009) que no podía entrarse en el análisis del fondo, dada la necesidad de completar la instrucción con la incorporación al procedimiento de los preceptivos informes de dos facultativos intervinientes (médico de atención primaria y digestólogo) y la conveniencia de ampliar el emitido por la Inspección Médica en relación con nuevas imputaciones realizadas por la parte actora con ocasión del trámite de audiencia.

Sin perjuicio de dar por reproducidos los Antecedentes del referido Dictamen, se considera oportuno recordar los más relevantes.

**SEGUNDO.-** 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 Torreveja (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".

**TERCERO.-** El informe del Servicio de Cirugía General y Aparato Digestivo del Hospital “Reina Sofía”, se expresa en los siguientes términos:

*La paciente “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 hematíes.*

*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 al que plantean el deseo de requerir una segunda opinión en otro Centro Hospitalario...”.*

**CUARTO.-** 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 del esposo de la reclamante -fallecida el 23 de junio de 2006-, quien actúa en nombre y representación de su hijo menor de edad.

**QUINTO.-** 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.- La 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, éstas 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 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 en que estaba el tumor, para todos los especialistas consultados y la bibliografía que existe al respecto.*

*(...)*

*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”.*

**SEXTO.-** El 28 de noviembre de 2008, los herederos de la reclamante aportan al procedimiento un informe médico que concluye como sigue:

*“1ª.- La 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, Alergólogo y 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”.*

**SÉPTIMO.-** 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”.*

**OCTAVO.-** 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.

Se cuantifica la indemnización solicitada en 140.683'28 euros y se aporta declaración de herederos ab intestato de la paciente fallecida.

**NOVENO.-** 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.

**DÉCIMO.-** Nuestro Dictamen 208/2009 concluye que es necesario completar la instrucción sobre la base de la siguiente consideración:

*“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)".*

**UNDÉCIMO.-** Por el órgano instructor se solicita de la Gerencia de Área la remisión de una copia de la historia clínica de la paciente en Atención Primaria desde el 20 de abril de 2004, así como informe del médico de cabecera y del especialista de Aparato Digestivo de Zona que la atendieron con anterioridad a acudir al Hospital "Reina Sofía".

Unida dicha documentación al expediente, el informe del médico de cabecera relata las distintas asistencias que prestó a la paciente desde el 20 de abril al 14 de noviembre del 2004, fecha en la que obtiene un nuevo destino. Se expresa en los siguientes términos:

*“El 20 de abril, la paciente x., acude a mi consulta de medicina de familia por dolor abdominal cólico sin otros síntomas acompañantes y solicitando disminuir peso. Prescribo tratamiento dietético y fármaco para disminuir la absorción de las grasas y cito a la paciente para que acuda en 2-3 semanas y ver la evolución de su cuadro y el peso.*

*La paciente no acude en la fecha indicada, según consta en la historia clínica.*

*El 30 de Junio y el 7 de Julio la paciente acude con el principal motivo de consulta de una erupción o rash fluctuante, de localización cambiante, con prurito. El 30 de Junio le prescribo un antihistamínico para el prurito (Atarax). En la visita del 7 de Julio el rash tiene aspecto eritemato-maculoso y papular y le prescribo tratamiento más intenso para el rash, distinto al Atarax, ya que la paciente refiere que el Atarax le ocasiona dolor abdominal cólico, difuso. En esta visita le solicito analítica con hemograma y bioquímica con pruebas de función hepática.*

*El 16 de Julio se objetiva en la analítica una anemia microcítica e hipocroma, con resto de parámetros normales, sin alteración que sugiera patología digestiva, e interrogando a la paciente: no refiere astenia significativa para la anemia que presenta y relata irregularidades menstruales con sangrados abundantes, por lo que derivo a Ginecología para estudio de origen de su anemia.*

*El 21 de Julio y el 12 de agosto acude por reaparición del rash o erupción, tras mejoría transitoria con el tratamiento anteriormente prescrito para el rash o erupción. En ningún momento manifiesta dolor abdominal. Ante la ausencia de mejoría de la erupción la remito a Dermatología.*

*El 12 de Agosto ha sido vista por Ginecología que le prescribe anticonceptivos (para disminuir sangrado) y le solicita citología y ecografía para estudio de anemia y valoración de sus pérdidas menstruales.*

*El 30 de Septiembre acude por no tolerar el hierro en sobres (Profer), por dolor abdominal. Relata entonces dolor abdominal cólico difuso de varios meses, sin alteración del hábito intestinal. No se dispone del resultado de la ecografía solicitada por ginecología.*

*El 20 de Octubre presenta alteración del ánimo y problemas íntimos. Tras la valoración se inicia antidepresivo.*

*Hasta el 14 de Noviembre, fecha en que permanezco en la plaza como médico de familia no acude de nuevo, por lo que mi último contacto con la paciente en consulta fue el 20 de Octubre de 2004.*

*El 25 de Noviembre es valorada por el médico de familia que me sustituye en la plaza de Monteagudo, quién a su vez la revisa a finales de Diciembre.*

*En una analítica, revisada en consulta, posteriormente a mi marcha del Centro de Salud, presentaba una elevación de enzimas hepáticas y discreta mejoría de la anemia.*

*Posteriormente acude a su médico de familia, para valorar una analítica que se realizó el 14 de Diciembre de 2004, (...) se observan depósitos de hierro (ferritina) en límites normales, enzimas hepáticas normales y mejora parcial de los parámetros de anemia, aunque se observa elevación de la velocidad de sedimentación globular.*

*En mi actuación como médico de familia, remití para estudio en función de los signos y síntomas que la paciente presentaba. El ginecólogo valoró la posibilidad de que el origen de su anemia fuera las pérdidas ginecológicas prescribiéndole anticonceptivos, para regular sus ciclos menstruales, y hierro y solicitando estudio diagnóstico. Cuando presentó la erupción cutánea fue remitida por mí para estudio y tratamiento al dermatólogo, ante la ausencia de respuesta al tratamiento inicial.*

*El cáncer de colon es una neoplasia que se presenta en la edad adulta, habitualmente a partir de los 50 años, con excepción de los casos con antecedentes familiares de cáncer de colon o de poliposis colónica familiar (antecedentes que no presentaba la paciente, según consta en la historia clínica).*

*En la prevención del cáncer de colon, el cribado o diagnóstico precoz de esta enfermedad, está actualmente protocolizado a partir de los 50 años, dado que por debajo de esa edad no ha demostrado su efectividad.*

*El dolor abdominal cólico difuso, no es un síntoma específico de enfermedades neoplásicas. En la investigación de una anemia en una mujer joven, en edad fértil, es la pérdida de sangre de*

*origen ginecológico, hecho que la paciente refirió en la anamnesis realizada, como particularmente importante en el último año.*

*La paciente citada no presentó síntomas que sugiriesen proceso neoplásico colónico. No presentó alteración del hábito intestinal, ni rectorragia o hemorragia digestiva visible, ni astenia, ni pérdida de peso, en el tiempo que fue atendida por mí en consulta. Como médico de familia realicé el estudio en función de los datos clínicos que se iban presentando cronológicamente, remitiendo a los especialistas correspondientes para completar el estudio diagnóstico”.*

**DUODÉCIMO.-** En relación con el especialista de digestivo que atendió a la paciente, comoquiera que ya no presta servicios en el SMS, se solicita al Jefe de Servicio de Digestivo del Hospital “Reina Sofía” que emita informe, contestando que en la historia clínica de la paciente no existe documentación escrita sobre la atención prestada por el indicado facultativo.

**DECIMOTERCERO.-** Solicitado informe complementario al Servicio de Inspección y Prestaciones Asistenciales (Inspección Médica), se emite con las siguientes conclusiones:

*“1. La x., tenía en el momento de los síntomas relatados 34 años, como se demostró en el informe, es altamente infrecuente el sufrir una neoplasia digestiva a esa edad. La edad es un factor de riesgo fundamental objetivándose un incremento brusco de la incidencia a partir de los 50 años. La presencia de un familiar de primer grado afecto duplica el riesgo o lo cuadriplica si el diagnóstico de éste es antes de los 60 años. No era este el caso.*

*2. La paciente no presentaba ninguno de los síntomas más frecuentes de dicha enfermedad, salvo el dolor abdominal difuso, que además se presentaba de forma intermitente (no lo comentaba siempre que iba a consulta), tampoco nunca fue motivo de primera consulta. La mala suerte hizo que la paciente tuviera otras patologías asociadas (alteraciones menstruales abundantes, obesidad, rash que precisaba tratamiento con corticoides y otros fármacos, anemia, cuya causa más frecuente en mujer joven es ginecológica, tratamiento con hierro que produce alteraciones digestivas, etc). Por tanto, los pocos síntomas que presentaban quedaban enmascarados en otras patologías que presentaba y que eran más frecuentes.*

*3. El diagnóstico en medicina es en primer término casi siempre probabilístico, está basado en la prevalencia de la enfermedad considerada en una población dada, en una edad, sexo o raza, o en la frecuencia de asociación de determinados signos y síntomas con dicha afección. Este tipo de razonamiento se utiliza mucho en Medicina, y sobre todo, en la atención primaria. Un viejo*



*aforismo clínico reza: "Pensar siempre en lo frecuente, pero sin olvidar lo raro". En este caso, no se dieron asociaciones de síntomas, que hubieran alertado, sino que se limitaba a un síntoma y además intercurrente.*

*4. Este método es de gran utilidad, pero siempre debe tenerse presente que el paciente que atendemos puede padecer de una enfermedad infrecuente, y para él esta afección no lo es, por lo que lo tendremos como orientador y siempre debemos estar atentos ante cualquier señal que nos pueda revelar un padecimiento inusual. (...) La paciente en ningún momento presentó síntomas que sugirieran un proceso neoplásico colónico (no presentó alteración del hábito intestinal, ni rectorragia ni hemorragia visible, ni astenia, pérdida de peso...).*

*5. La pericia del digestólogo hizo que, a pesar de presentar un solo síntoma digestivo, y la ecografía había dado negativa, solicitar una nueva prueba complementaria, debido quizás a la larga evolución del dolor abdominal, y ésta fue la que dio con el diagnóstico definitivo.*

*6. A partir de aquí, se le ofertó a la paciente todo el arsenal de terapia, que está descrita para esta patología, aunque la paciente y su familia decidieran otras alternativas.*

*Por tanto, los médicos que le atendieron en atención primaria, fueron actuando en función de la aparición de los síntomas de forma proporcionada a la aparición y forma de presentación, sólo un mal azar quiso que la paciente no presentara otros síntomas que apoyaran el diagnóstico o que los que presentaba fueran los más frecuentes de otras enfermedades que presentaba o no tener ningún factor de riesgo que hubiera inducido a sospechar otra patología (incluido una edad muy joven). Es incierto saber qué hubiera sucedido en estas condiciones en otras consultas o saber si la evolución hubiera sido mejor con un diagnóstico anterior y con un tratamiento diferente".*

**DECIMOCUARTO.-** Conferido trámite de audiencia, los reclamantes presentan alegaciones en las que se ratifican en lo ya alegado y en el informe médico pericial aportado con anterioridad.

En tal estado de tramitación y una vez incorporados los preceptivos extracto de secretaría e índice de documentos, se remitió de nuevo el expediente en solicitud de Dictamen, mediante escrito recibido en el Consejo Jurídico el pasado 18 de agosto de 2010.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

## **CONSIDERACIONES**

### **PRIMERA.-Carácter del Dictamen, plazo, legitimación y procedimiento**

Cabe dar por reproducidas las consideraciones que, en relación a dichos extremos, se contienen en nuestro Dictamen 208/2009, de constante cita. En cuanto al procedimiento, una vez realizadas las actuaciones instructoras complementarias que allí se indicaban, puede concluirse que no se advierten carencias formales esenciales.

### **SEGUNDA.- Responsabilidad patrimonial en materia sanitaria. Requisitos.**

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

Los elementos constitutivos de la responsabilidad patrimonial de la Administración, de naturaleza objetiva, han sido desarrollados por la LPAC, en particular por sus artículos 139 y 141, pudiéndose concretar en los siguientes:

1) El primero de los elementos es la lesión patrimonial, entendida como daño ilegítimo o antijurídico, y esta antijuridicidad o ilicitud sólo se produce cuando el afectado no hubiera tenido la obligación de soportar el daño.

2) La lesión ha de ser real y efectiva, nunca potencial o futura, evaluable económicamente e individualizada en relación a una persona o grupo de personas.

3) El vínculo entre la lesión y el agente que la produce, es decir, entre el acto dañoso y la Administración.

4) Por último, también habrá de tenerse en cuenta que no concorra fuerza mayor u otra causa de exclusión de la responsabilidad.

Además de estos principios comunes, dada la especialidad de la actuación administrativa en el campo de la sanidad, ha de tenerse en cuenta que la atención médica que el ciudadano debe esperar de los poderes públicos no es una prestación de resultado sino de medios, es decir, que el servicio sanitario ha de poner todos los medios posibles para la curación del paciente, atribuyéndole, por tanto, y cualquiera que sea el resultado del tratamiento, una obligación de medios a emplear por el médico, que puede condensarse en los siguientes deberes (STS, Sala 1ª, de 25 de abril de 1994): 1) utilizar cuantos remedios conozca la ciencia médica y estén a disposición del médico en el lugar en que se produce el tratamiento, de manera que la actuación del médico se desarrolle por la denominada "lex artis ad hoc" o módulo rector de todo arte médico, como principio director en esta materia, en consideración al caso concreto en que se produce la actuación e intervención médica y las circunstancias en que la misma se desarrolle; 2) informar al paciente o, en su caso, a los familiares del mismo, siempre que ello resulte posible, del diagnóstico de la enfermedad o lesión que padece, del pronóstico que de su tratamiento puede esperarse y de los riesgos potenciales del mismo (artículo 9 y 10 de la Ley General de Sanidad); 3) continuar con el tratamiento del enfermo hasta el momento en que éste puede ser dado de alta, advirtiéndole al mismo de los riesgos que el abandono le puede comportar.

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

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

Para los reclamantes la causa de la muerte de la paciente se encuentra en el tardío diagnóstico del cáncer de aparato digestivo que la aquejaba, el cual sólo fue descubierto cuando ya se encontraba en un estadio muy avanzado, lo que hizo imposible su curación. Es decir, la imputación del daño se objetiva así como omisión de medios, escatimando la Administración pruebas y recursos que, de haberse realizado en un momento anterior (enema opaco, colonoscopia, sangre en heces), hubieran revelado precozmente la existencia de la neoplasia, posibilitando su tratamiento y curación. La determinación de si se adoptaron las medidas necesarias para llegar al diagnóstico de la enfermedad, durante las numerosas ocasiones en que acudió a su Centro de Salud y a los servicios de urgencias hospitalarias en los meses anteriores a la fecha en que se alcanzó el diagnóstico de certeza, se convierte en cuestión nuclear del

problema, en orden a calificar el daño sufrido como antijurídico y para poder dilucidar si existe o no nexo causal entre aquél y la actuación omisiva de la Administración.

Y es que la obligación que incumbe a la Administración en la prestación sanitaria es, como ya se ha dicho, de medios, no de resultados, pues si bien no se le puede exigir una curación en todos los casos, dado el carácter contingente de la salud y la vida de los pacientes, sí que viene compelida a prestar la asistencia sanitaria con el despliegue de todos los medios a su alcance. De no hacerlo así o de no acreditar su efectiva utilización, el daño devendrá en antijurídico.

Aplicado al supuesto objeto de consulta, la antijuridicidad del daño y el nexo causal entre la actuación administrativa y el daño sufrido derivarían de la no aplicación de todos los medios diagnósticos adecuados, cuestión que aparece íntimamente relacionada con el criterio jurisprudencialmente configurado de la “lex artis”. Ésta actúa como elemento modulador de la objetividad predicable de toda responsabilidad administrativa cuando del ámbito sanitario se trata, como tiene declarado el Tribunal Supremo en numerosas resoluciones. Por todas, la STS, Sala 3ª, de 22 de diciembre de 2001 afirma: *“ciertamente que en el instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración el elemento de la culpabilidad del agente desaparece frente al elemento meramente objetivo del nexo causal entre la actuación del servicio público y el resultado lesivo o dañoso producido, si bien, cuando del servicio sanitario o médico se trata, el empleo de una técnica correcta es un dato de gran relevancia para decidir si hay o no relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y el resultado producido, ya que, cuando el acto médico ha sido acorde con el estado del saber, resulta extremadamente complejo deducir si, a pesar de ello, causó el daño o más bien éste obedece a la propia enfermedad o a otras dolencias del paciente”*.

Asimismo, la obligación de medios que incumbe a la Administración no supone que en todo momento y bajo cualquier circunstancia se hayan de agotar todas las posibilidades y técnicas diagnósticas, hasta las más avanzadas y complejas, sino que esta exigencia también aparece limitada por la “lex artis”, que se revela así como estándar de comportamiento profesional medio o normal exigible en un determinado supuesto. La *lex artis* es un criterio de normalidad de carácter relativo que se aplica “ad hoc”, en relación siempre a un caso concreto, y que exigirá valorar la prestación sanitaria en atención a las circunstancias en que se desarrolla, sin poder exigir en todos los casos que el criterio de la *lex artis* venga definido por la avanzadilla del progreso de la ciencia médica o por el agotamiento de todos los recursos conocidos por la medicina para efectuar el juicio clínico que es el diagnóstico. Así, el Tribunal Supremo, en sentencia de su Sala 1ª, de 24 de mayo de 1999, entiende que *“los criterios médicos a desarrollar se ceñirán a los que se estiman correctos*

*para una actuación concreta, siempre en base a la libertad clínica y a la prudencia (...) supone tomar en consideración el caso concreto en el que se produce la actuación médica y las circunstancias en que la misma se desarrolla, así como las incidencias inseparables a una actuación profesional normal, teniendo en cuenta las especiales características del realizador del acto médico, de la profesión, de la complejidad del caso, de la trascendencia vital del paciente y, en su caso, de la influencia de otros factores endógenos (estado e intervención del enfermo) o exógenos (incidencia de sus familiares o de la misma organización sanitaria), para calificar el acto como conforme o no a la técnica media normal requerida”.*

Descrita a grandes rasgos la doctrina relativa a la *lex artis*, habremos de acudir al expediente para desvelar en qué medida la actuación de los profesionales intervinientes se adecuó a dicho estándar, pues tal cuestión no deja de ser un problema de prueba.

La historia clínica muestra diversas asistencias solicitadas por la paciente desde el 20 de abril de 2004, fecha en la que por primera vez consta entre los síntomas que relata a su médico de cabecera el dolor abdominal. Dichas asistencias son confirmadas por dicho facultativo y por la documentación obrante en el expediente. La valoración de dichas asistencias y en qué medida en ellas podía ya haberse identificado la verdadera etiología de las dolencias que presentaba la paciente, bien con las técnicas exploratorias utilizadas bien mediante la aplicación de otras técnicas posibles pero omitidas, exige un juicio técnico que únicamente puede ser realizado por los profesionales de la medicina. Siendo necesarios, por tanto, conocimientos científicos para enjuiciar hechos o circunstancias relevantes en el asunto -artículo 335 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC)-, resulta trascendental la valoración de los informes periciales obrantes en el expediente -la especial eficacia probatoria de los informes médicos en los procedimientos de responsabilidad patrimonial por asistencia sanitaria es puesta de relieve por el Tribunal Supremo en sentencia de su Sala de lo Contencioso Administrativo de 1 de marzo de 1999-.

Obran en el expediente los siguientes informes técnicos valorativos de la asistencia médica prestada:

a) Los de la Inspección Médica, que tiene encomendada por la normativa regional, entre otras tareas, la elaboración de los informes técnico-sanitarios en los expedientes de reclamaciones de responsabilidad patrimonial que se instruyan por el Servicio Murciano de Salud. La relevancia de sus informes a efectos probatorios viene justificada por el análisis especialmente imparcial y objetivo que le impone su obligación de velar en el curso de sus actuaciones por la tutela de los derechos de los ciudadanos en el sistema sanitario, reconociéndole el derecho regional una total

autonomía sobre los centros inspeccionados (artículos 14.6,a, 14.3,c, y 12 del Decreto regional 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). Estos informes, el inicial y el complementario evacuado a instancias de este Consejo, no aprecian infracción de la praxis médica seguida con la paciente.

b) El de la Compañía Aseguradora del SMS, que tampoco aprecia actuación contraria a normopraxis, en la medida en que las decisiones facultativas se ajustaban a los síntomas que en cada momento presentaba la paciente y que, en ningún momento anterior a la consulta con el especialista en digestivo, eran sugestivas de neoplasia de colon.

c) El unido al procedimiento por los reclamantes, según el cual no es ajustado a la "lex artis" que no se diagnostique el proceso tumoral hasta once meses después de la primera asistencia en Atención Primaria por dolor abdominal y nueve meses después de la aparición de una anemia. Considera el perito de los actores que ambos síntomas, los más frecuentes en la presentación de este tipo de tumoración, debieron hacer sospechar la existencia de la neoplasia y que se solicitaran pruebas complementarias que pudieran confirmar el diagnóstico. En su lugar, no se hizo un estudio serio de ellos ni se determinó la causa de la anemia. Ello le lleva a concluir que 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 infracción de la praxis médica correcta, lo que determina un retraso de once meses en la detección del adenocarcinoma de colon que transformó lo inicialmente curable en incurable.

La clara contradicción existente entre los pareceres técnicos expuestos exige que, para su valoración haya de estarse al criterio legal impuesto por el artículo 348 LEC, es decir, la sana crítica. De conformidad con dicho criterio se pasa a continuación a estudiar las imputaciones de mala praxis realizadas por el perito de los reclamantes y su contraste con las justificaciones que de cada actuación médica se ofrecen en los otros informes obrantes en el expediente.

La fecha de la asistencia médica que los actores señalan como la primera en la que debió empezarse a sospechar de la existencia de una patología digestiva es la correspondiente al 20 de abril de 2004, pues en ella ya se consulta por dolor abdominal tipo cólico. La Inspección Médica, sin embargo, no comparte este parecer, pues el referido dolor aparece como síntoma único, que no relaciona con ninguna circunstancia que induzca a sospechar un diagnóstico grave o patología oncológica. Tampoco movía a dicha sospecha el resto de circunstancias de la paciente, cuya edad la excluía de los colectivos de mayor riesgo, no contaba con enfermedades predisponentes como la

poliposis colónica, ni tenía antecedentes familiares. De hecho, la paciente consulta tanto por el dolor abdominal como porque quería adelgazar. Fue citada para control en dos o tres semanas, sin que acudiera a la consulta, por lo que cabe pensar que mejoró de sus síntomas. Considera la Inspección Médica que no estaba indicada la realización de nuevas pruebas.

El 30 de junio la paciente acude por un rash fluctuante de varios días de evolución. Se le prescribe tratamiento farmacológico (hidroxicina) para la afección cutánea. No hay constancia de que a esa fecha continuara el dolor abdominal. De hecho, cuando el 6 de julio acude de nuevo a consulta, la paciente relaciona la ingesta del fármaco con la indicada molestia. En esta visita se solicita analítica, con hemograma y pruebas de función hepática.

El 16 de julio, la analítica revela una anemia microcítica e hipocroma, siendo el resto de parámetros normales y sin alteración bioquímica alguna que sugiera patología digestiva. No refiere astenia y, sin embargo, sí relata irregularidades menstruales con sangrados abundantes. Para la Inspección, la anemia ferropénica es la más común y se produce por déficit de hierro. Ese déficit lo más frecuente es que se produzca por pérdidas excesivas de hierro, debido a sangrado. Lo más habitual en una mujer joven en edad fértil es el déficit por motivo menstrual. A este respecto, la historia clínica muestra cómo en la hoja interconsulta por la que se remite a la paciente a Ginecología, se refiere una menstruación cada 15 días y con sangrados abundantes.

La otra causa frecuente de anemia ferropénica es la de hemorragias digestivas, las cuales son también un síntoma de los procesos neoplásicos colónicos. Sin embargo, no hay constancia en la historia clínica de que la paciente presentara rectorragia, ni hemorragia digestiva visible.

Ante este cuadro, la Inspección Médica considera que, al tratarse de una mujer joven en edad fértil (34 años), con irregularidades menstruales y sangrados abundantes, que es la causa más frecuente de anemia microcítica, no era necesario realizar otras pruebas, pues dicha anemia es benigna y revierte con tratamiento de hierro. Sólo hubiera estado indicado realizar otras pruebas en caso de no revertir la anemia con el tratamiento, en caso de no tener menstrualidades (sic) o en caso de tener más de 50 años, considerando, además, que era el único síntoma que presentaba.

El 21 de julio y el 12 de agosto consulta por reaparición de la afección cutánea, sin manifestar dolor abdominal.

El 12 de agosto ya ha sido vista por Ginecología, que le ha prescrito anticonceptivos (para disminuir el sangrado) y ha solicitado pruebas para filiar la anemia, que se considera de origen ginecológico.

El 30 de septiembre acude por no tolerar el hierro, por dolor abdominal. Relata que éste es de tipo cólico, difuso y de varios meses de evolución. No manifiesta alteración del hábito intestinal. La Inspección Médica puntualiza que entre los efectos secundarios del tratamiento con hierro se encuentran las alteraciones gastrointestinales y dolor epigástrico.

El 20 de octubre presenta síntomas de alteración psicológica, para lo que se instaura tratamiento. No se alude a problemas intestinales.

El 3 de diciembre aparece leucocitosis y elevación de transaminasas y se remite a urgencias para descartar hepatitis. Se considera que las alteraciones en las enzimas hepáticas se deben al tratamiento anticonceptivo.

El 14 de diciembre se observa una mejoría de los parámetros de la anemia y depósitos de hierro en niveles normales.

El 21 de enero de 2005, la paciente es vista por el especialista en digestivo, derivada por el médico de atención primaria, por dolor abdominal difuso de meses de evolución y que no mejora. Se realiza ecografía que no revela nada anormal y se prescribe enema opaco, que se realiza el 14 de marzo, que es la prueba que permite diagnosticar el tumor.

A la luz de lo expuesto, la Inspección Médica descarta que en las sucesivas ocasiones en las que la paciente demandó atención sanitaria presentara síntomas o signos de un proceso neoplásico en el colon, salvo el dolor abdominal difuso que, además, se presentaba de forma intermitente. Éste, por otra parte, podía imputarse a circunstancias distintas a la patología oncológica, dado que el tratamiento para el rash cutáneo y la anemia tenía descrito entre sus efectos secundarios las molestias gastrointestinales y aquélla, a su vez, era achacable a las abundantes pérdidas menstruales que padecía la paciente, mujer joven y sin antecedentes familiares de enfermedad neoplásica y sin signos de hemorragia digestiva que pudiera ubicar el origen de la anemia en la patología colónica.

De hecho, aunque el perito de los actores considera que la anemia no filiada tenía su origen en la enfermedad neoplásica, no justifica dicha apreciación con apoyo en la historia clínica, la cual



puede interpretarse en sentido contrario cuando se advierte que el 14 de diciembre de 2004, tras varios meses de tratamiento anticonceptivo que regula el sangrado menstrual, la paciente presenta una mejoría de los parámetros de su anemia.

El conjunto de tales circunstancias hacía verdaderamente difícil sospechar la existencia del proceso cancerígeno, considerando que el diagnóstico en medicina es, en primer término, casi siempre probabilístico y está basado en la prevalencia de la enfermedad en una población dada, en una edad, sexo o raza, o en la frecuencia de asociación de determinados signos y síntomas con dicha afección. En el supuesto sometido a consulta, la paciente sólo mostró, y aún de forma discontinua, un síntoma de la enfermedad neoplásica (el dolor abdominal difuso), el resto de los que presentaba eran los más frecuentes de otras patologías y, además, carecía de factor de riesgo alguno que pudiera hacer sospechar la presencia de una patología oncológica.

Fue precisamente la permanencia durante meses del dolor abdominal lo que llevó finalmente a efectuar pruebas complementarias por parte del especialista en digestivo y lo que finalmente permitió alcanzar el diagnóstico, pero estas pruebas no se ha demostrado que estuvieran indicadas en momentos anteriores a aquél en que se prescribieron. Al efecto, la Inspección Médica resalta que el diagnóstico de adenocarcinoma de colon suele efectuarse de forma tardía, porque en su estado inicial no produce síntomas o, cuando los produce no son específicos. También es frecuente el diagnóstico meramente casual al realizar un screening, el cual sin embargo y dada la edad de la paciente, no estaba indicado en su caso.

No cabe, en consecuencia, considerar probado que la actuación de los médicos que atendieron a la paciente con anterioridad a la consecución del diagnóstico del adenocarcinoma pueda ser calificada como contraria a la "lex artis" y, en consecuencia, el daño sufrido como antijurídico ni que éste fuera debido a un anormal funcionamiento del servicio público sanitario.

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 elementos generadores de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, singularmente el nexo causal entre el funcionamiento del servicio público sanitario y el desgraciado fallecimiento de la paciente, cuya antijuridicidad no ha sido probada.

No obstante, V.E. resolverá.



**DICTAMEN 264/2010**

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

**Consultante** Consejera de Sanidad y Consumo

**Fecha** 27/12/2010

**Extracto de Doctrina**

Los protocolos médicos de diagnóstico aplicables en los servicios de urgencias no están encaminados a obtener un diagnóstico pleno de cualesquiera enfermedades que pueda sufrir el paciente, sino a lograr el diagnóstico, la sospecha, la exclusión o la no exclusión de aquellos procesos patológicos que, en función del cuadro que presente el paciente, puedan requerir una actuación médica urgente.

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** Mediante escrito fechado el 5 de septiembre de 2005, x., en nombre y representación de su marido, x., presenta reclamación de responsabilidad patrimonial por la deficiente asistencia sanitaria recibida en el Hospital Universitario Virgen de la Arrixaca (HUVA). Según la reclamante los hechos ocurrieron del siguiente modo:

1. El día 7 de septiembre de 2004 el x. sufre unas molestias en su lugar de trabajo (mareos, vómitos y malestar general), siendo atendido por los profesionales del 061.

2. Tras dicho reconocimiento lo trasladaron al servicio de urgencias del HUVA en el que ingresó sobre las 20:45 horas, quedando en observación.

3. El cuadro clínico que presentaba el paciente era perfectamente compatible desde el primer momento con el de un infarto cerebeloso, si bien la actuación médica seguida en el citado servicio de urgencias no se ajustó a dicha circunstancia, pues desde que el paciente entra en observación hasta que le realizaron las pruebas diagnósticas adecuadas transcurren varias horas, de hecho la realización de la tomografía axial computarizada (TAC) tuvo lugar con bastante retraso. Por el contrario sí se produjo una sedación del paciente, lo cual está totalmente contraindicado en cualquier proceso de infarto cerebral.

4. El documento de alta facilitado a la familia no aclara el proceso que sigue el paciente en el tiempo transcurrido desde que ingresó en el servicio de urgencias, hasta su traslado al Servicio de Neurología.

Según la reclamante los anteriores antecedentes evidencian que bien no se hizo un seguimiento del paciente en el servicio de urgencias o bien se demoró injustificadamente la práctica de las pruebas diagnósticas o bien se produjo un error diagnóstico inicial, tesis que parece la más posible, teniendo en cuenta que se sometió al paciente a un tratamiento contraindicado en los procesos de infarto cerebral.

Como consecuencia de la deficiente asistencia sanitaria recibida el paciente sufre hemiparesia derecha moderada severa, con limitación funcional. Termina su escrito solicitando se reconozca la existencia de una asistencia sanitaria defectuosa y, en consecuencia, se le indemnice por razón de los daños y perjuicios sufridos, en la cantidad de 338.528,22 euros, según desglose que se indica en el escrito de reclamación (folios 5 y 6).

Acompaña a su escrito copia de diversa documentación relacionada con la asistencia sanitaria recibida, entre la que se encuentra la de un escrito presentado por la hija del paciente, x., el día 17 de septiembre de 2004, ante la Consejería de Sanidad, solicitando una investigación de los posibles errores médicos que se pudieran haber cometido en la asistencia prestada a su padre, al tiempo que reclama la indemnización que pudiera corresponder en concepto de responsabilidad patrimonial.

**SEGUNDO.-** El escrito se admite a trámite mediante Resolución del Director Gerente del Servicio Murciano de Salud (SMS) por la que también se designa órgano instructor. Este último solicita de la Gerencia de Atención Primaria (GAP) del 061 y del Director Gerente del HUVA, copia cotejada de las historias clínicas y los informes de los profesionales que atendieron al marido de la reclamante; al mismo tiempo comunica a esta última la recepción de su reclamación, el órgano encargado de su tramitación, el plazo para la resolución, el efecto del silencio administrativo y le requiere para que concrete los medios de prueba de que pretenda valerse. Finalmente comunica la interposición de la reclamación a la Dirección General de Asistencia Sanitaria y a la aseguradora del SMS.

**TERCERO.-** La reclamante, mediante escrito presentado el 15 de noviembre de 2005, propone la práctica de la siguiente prueba documental:

1. Parte de asistencia del servicio 061.
2. Informe clínico del servicio de urgencias del HUVA.
3. Pruebas diagnósticas solicitadas al servicio de radiodiagnóstico, con indicación de la hora en la que se solicitaron.
4. Informe clínico de la unidad de cuidados intensivos (UCI).
5. Informe clínico del servicio de neurología.
6. Informe completo de alta médica.

**CUARTO.-** Desde la GAP de Murcia se remite la historia clínica del paciente en la que figura la hoja de asistencia de urgencia domiciliaria, en la que se hace constar como posible diagnóstico el de isquemia miocárdica y como tratamiento el de cafinitrina sublingual. Asimismo figura el traslado en ambulancia al servicio de urgencias del HUVA.

**QUINTO.-** El Director Gerente del HUVA, mediante escrito fechado el 22 de noviembre de 2005, remite copia de la historia clínica del x., así como informe del Dr. x., Coordinador de Urgencias, en el que manifiesta lo siguiente:

*“Según consta en la Historia Clínica, el paciente ingresa en Urgencias del Hospital Universitario Virgen de la Arrixaca, el día 7 de septiembre de 2004, con un cuadro clínico compatible con síndrome vertiginoso (mareos, náuseas, vómitos).*

*Como no cede la sintomatología con el tratamiento administrado (primperan y dogmatil), el paciente es trasladado a la Sala de Observación.*

*A las tres horas del día 8 de septiembre de 2004, la familia fue informada de la situación clínica del paciente y que se quedaba en el Área de Observación.*

*El día 8/09/04, se le realizó un TAC craneal simple en el que se informa de infarto cerebeloso derecho isquémico agudo-subagudo. No hidrocefalia ni sangrado agudo intra ni extraxial.*

*El paciente es ingresado en planta sufriendo un deterioro progresivo como a veces ocurre con los infartos de fosa posterior, como queda reflejado en la Historia Clínica.*

*Durante su estancia en Urgencias las atenciones de enfermería y el tratamiento médico administrado fue correcto según consta en la Historia Clínica”.*

**SEXTO.-** Con el fin de practicar la prueba propuesta por la reclamante, la instructora dirige escrito al Director Gerente del HUVA, solicitando sendos informes del servicio de neurología y de la UCI de dicho Hospital. Asimismo, se recaba la remisión de las pruebas diagnósticas llevadas a cabo por el servicio de Radiodiagnóstico, con indicación de las horas en las que se solicitaron y se practicaron.

El requerimiento es atendido mediante escrito fechado el 11 de enero de 2006, en el que se indica lo siguiente:

1.º El informe del Servicio de Neurología fue emitido el 13 de junio de 2005 a instancia de la Inspección Médica, en el curso de una investigación abierta como consecuencia de la reclamación presentada por la hija del paciente ante la Secretaría Autonómica de Atención al Ciudadano, Ordenación Sanitaria y Drogodependencia.

2.º No consta que el paciente estuviese ingresado en la UCI; donde sí estuvo fue en la Unidad de Reanimación, cuyo informe de alta, obrante en la historia clínica, se manifiesta en los siguientes términos:

*“MOTIVO DE INGRESO EN REANIMACIÓN: paciente procedente de quirófano de urgencias tras drenaje ventricular externo por hidrocefalia aguda.*

*AP: No AMC. No HTA, Hernia de disco lumbar. No antecedentes quirúrgicos.*

*Enfermedad actual: El 7-9-04 (corregido a mano “8-9-04”) ingresa en la planta de neurología por infarto cerebeloso derecho con edema y efecto masa sobre IV ventrículo sin signos de hidrocefalia ni de sangrado agudo. El 8.09.04 por la mañana (corregido a mano “tarde”) se encuentra en estado de coma con respuesta a estímulos dolorosos pero no verbales y pupilas mióticas débilmente reactivas por lo que se le realiza TAC de urgencia que informa de signos de herniación transtentorial con obliteración total del IV ventrículo y cisternas peritroncales más dilatación del sistema ventricular. Se interviene de urgencia, bajo anestesia general, realizándose trépano derecho y drenaje ventricular con salida de LCR a poca presión conectada a bolsa y medición de PIC. Ingresas en reanimación intubado, sedado, con ventilación mecánica y estable hemodinámicamente.*

*Evolución: El paciente tras la retirada de la sedación presenta respuesta de extensión al dolor y pupilas mióticas poco reactivas con PIC normalizada se retira catéter ventricular al 4º día de su ingreso. Se le realiza traqueostomía y se inicia tratamiento con cefotaxima y tobramicina por infiltrado basal derecho con cultivo de secreciones bronquiales positivo a *serratia marcescens* sensible a tratamiento antibiótico.*

*Progresivamente el paciente evoluciona neurológicamente con respuesta a órdenes verbales y movilidad de las cuatro extremidades. Se realiza TAC craneal de control en el que se observa hidrocefalia y se reinterviene para colocar drenaje ventricular con medición de PIC que permanece estable tras 48 h del cierre del drenaje y se retira el catéter y se inicia periodo de destete. Al alta presenta glasgow de 12 con resolución de la neumonía basal derecha tanto analítica como radiográficamente con una PO2 110, PCO2 36 y PH 7.43 y Na 129 que se trata con hipersalino.*

*Juicio Clínico:*

- 1. Infarto cerebeloso izquierdo con efecto masa sobre IV ventrículo.*
- 2. Hidrocefalia resuelta tras drenaje ventricular externo (retirado).*
- 3. Neumonía basal derecha por *serratia marcescens* resuelta.*

*Tratamiento: Según hoja adjunta”.*

3.º En relación con las pruebas diagnósticas efectuadas por el Servicio de Radiodiagnóstico, señala que “*existe constancia de que tanto en la fecha de ingreso como en las posteriores se solicitaron y practicaron abundantes pruebas, quedando únicamente reflejadas la fecha de realización de las mismas, pero no la hora exacta en que se solicitan o se emiten. Dejar constancia que las pruebas solicitadas por el Servicio de Urgencias se practican en el acto*”.

**SÉPTIMO.-** Seguidamente el órgano instructor solicita de la Inspección Médica copia del informe del servicio de neurología que obra en su poder, que es remitido con fecha 2 de marzo de 2006, y cuyo contenido se transcribe a continuación:

*“En relación a la reclamación presentada por los familiares de x. se contesta a las siguientes preguntas:*

*¿Qué tipo de observación se le realizó?*

*¿Quién tomó las decisiones?*

*¿Por qué sabiendo en un determinado momento que existe una dolencia grave, no se le mantuvo bajo monitorización y observación?*

*¿Por qué se le dejó en planta a la espera de la visita de otro médico que le reconocerá al día siguiente?*

*X. acudió a puerta de urgencias el día 7 de septiembre de 2004 con hora de asistido a las 21:12 horas con cuadro clínico de mareo y vómitos. El paciente es valorado por puerta de Urgencias y tras realización de anamnesis, exploración física y exploraciones complementarias es ingresado a cargo de Neurología con juicio clínico de ACV cerebeloso el día 8 de septiembre de 2004 a las 15:39 horas. El paciente llega a planta de Neurología el mismo día 8 de septiembre de 2004 a las 18:35 horas. A las 18:45 horas tras ser avisados por las enfermeras, los internistas de guardia valoran al paciente solicitando TAC urgente en el mismo momento. El TAC se realiza a las 19:20 horas. Se decide intervención por hidrocefalia pasando el paciente a quirófano a las 19:35 horas siendo intervenido el paciente con éxito.*

*Desde el punto de vista neurológico el paciente es ingresado a cargo del Servicio de neurología el día 8 de septiembre de 2004 a las 15:39 horas por lo que como cualquier paciente queda pendiente de valoración por el especialista correspondiente a la mañana siguiente. Durante ese intervalo el paciente, queda a cargo del internista de guardia. En este caso el internista de guardia estaba valorando al paciente a los 10 minutos de su llegada a la planta y 60 minutos después el paciente había sido valorado incluso con exploraciones complementarias e iniciado el tratamiento prescrito, tras consulta con Neurocirugía, siendo intervenido el día 30 de septiembre de 2004. Viene a la planta de Neurología hasta que se recupera y se traslada después de 57 días a clínica concertada para su convalecencia”.*

Junto con este informe la Inspección Médica remite copia del elaborado por dicho órgano como conclusión a la investigación reservada llevada a cabo, en el que se indica lo siguiente:

*“Los síntomas iniciales de un infarto cerebeloso, son similares a los de un síndrome vertiginoso, por lo que el error inicial en el diagnóstico no puede considerarse mala praxis o negligencia.*

*No se ha podido constatar en qué momento, los síntomas que presentaba x. durante la madrugada del día 08/09/04 mientras permanecía en Urgencias, hicieron sospechar que no se trataba de un síndrome vertiginoso y determinaron la realización del primer TAC craneal.*



*No hay constancia, en la historia clínica, de la vigilancia a la que fue sometido mientras estaba en Urgencias, tras la realización del primer escáner, y hasta el momento en que fue trasladado a planta.*

*Desde las 13,30 horas del día 08/09/04, cuando una médico de urgencias le comunica a la familia que se ha producido un infarto cerebeloso, hasta las 19,45 horas en que el neurólogo de guardia reconoce al paciente en planta, a petición de la familia, no hay constancia de los controles sobre el paciente.*

*En la dinámica habitual de trabajo en Urgencias, una vez que un paciente es diagnosticado y se ordena su ingreso, transcurre un tiempo en el que no aparecen registros, ya que se ha cerrado la historia en urgencias y está pendiente de reabrirse con el ingreso en planta. Este período de tiempo, es más o menos largo en función de la disponibilidad de camas, y este puede ser el motivo de que no aparezca constancia del control sobre el paciente durante casi seis horas.*

*Hasta un 10% de los infartos cerebelosos pueden desarrollar un edema rápidamente progresivo, en el que se puede comprimir el tronco del encéfalo, el cuarto ventrículo o el acueducto de Silvio, llegando a producir hidrocefalia aguda y la muerte del paciente. La cirugía descompresiva de la fosa posterior, asociada o no a una exéresis del infarto o a un drenaje ventricular externo supratentorial, puede mejorar radicalmente el pronóstico de estos pacientes. Esta fue la actuación médica que se realizó con x., consiguiendo salvar su vida, pero no pudiendo evitar las secuelas que se derivan del infarto cerebeloso y de la hidrocefalia secundaria al mismo”.*

**OCTAVO.-** La Inspección Médica en su informe destaca la existencia de una serie de cuestiones que no han sido resueltas por el servicio de neurología, lo que provoca que la Instructora se dirija a dicho servicio con el fin de que informe sobre lo siguiente:

*“1. Desde el diagnóstico en Urgencias de Infarto Isquémico Agudo Subagudo cerebeloso, asistencia prestada (tratamiento instaurado, controles efectuados...).*

*2. Modificaciones en el tratamiento a su llegada a planta (si las hubo).*

*3. Valore la posibilidad de haber realizado otro tratamiento o actuación clínica, que hubiera evitado la hidrocefalia secundaria y las secuelas”.*

El requerimiento es atendido por el Jefe de Servicio de Neurología, Dr. x., en el siguiente sentido:

*“El paciente entró en la planta de Neurología y con el personal de la misma el día 8 de septiembre.*

*Cuando un paciente tiene un infarto cerebeloso a veces no se ve en los estudios iniciales de Neuroimagen, a pesar de la alta sospecha clínica. La actitud correcta entonces es la observación clínica que es el único tipo de monitorización válida que se realiza, es decir, es el personal de enfermería y médico el que observa y vigila los parámetros clínicos, como es el estado de conciencia, a veces deprimido y otras agitado, y en ocasiones es necesario una sedación juiciosa. Valora además la necesidad y el tiempo preciso para la realización de TC de control y la periodicidad del mismo, por si (puede ocurrir o no) el infarto aumenta de tamaño y comprime estructuras vitales como el tronco cerebral y además bloquea el drenaje de líquido cefalorraquídeo, como ocurrió en este paciente. Esta complicación es impredecible y puede ser gradual, o súbita.*

*Entonces hay que proceder a un tratamiento antiedema, como se hizo, y a intervención quirúrgica, como se hizo por el servicio de Neurocirugía, sin dilación ni demora, a derivación externa de líquido cefalorraquídeo intracraneal bloqueado.*

*Por tanto, la actitud clínica del personal fue la correcta, actitud expectante y adaptada a la evolución, con el tratamiento adecuado en todo momento, y no existe otra alternativa terapéutica en estos casos. Las secuelas son las propias de un proceso de riesgo vital, que en este paciente por el seguimiento y por la actitud correcta en todo momento se pudo evitar”(sic).*

**NOVENO.-** Solicitado, el día 7 de abril 2006, informe al Servicio de Inspección de Prestaciones Asistenciales, es emitido con fecha 18 de junio de 2008. En él la Inspectora informante, tras analizar la documentación obrante en la historia clínica y entrevistar personalmente a la Dra. D.<sup>a</sup> x., facultativa que realizó el seguimiento del paciente en observación en el servicio de urgencias el día 8 de septiembre de 2004, concluye del siguiente modo:

*“1.º El paciente x., ingresó en la sala de observación de Urgencias del Hospital Virgen de la Arrixaca de Murcia a las 21 horas del día 7 de Septiembre de 2004 con síntomas de mareo y vómitos con cortejo vegetativo. Tras realizarle las pruebas complementarias básicas, se le puso tratamiento sintomático al que respondió bien y del que iba a ser alta para estudio posterior por su médico de familia.*

2.º Debido a la diligencia profesional de los profesionales de urgencias, al ver la persistencia del mareo al día siguiente se solicitó un TAC que reflejó el diagnóstico preciso, indicándose en ese mismo momento el cambio de tratamiento, actitud y se instauró vigilancia indicada en estos casos.

3.º Desfavorablemente, el paciente sufrió de forma precoz (en la evolución) y rápida (en su ejecución), la complicación de hidrocefalia por hernia transtecal que ocurre en el 10% de los casos, sin que haya nada que se pueda hacer para evitar su aparición, y ocurrió antes de lo usual tras la aparición del infarto. El paciente debió sufrir el deterioro de conciencia en el trayecto desde la sala de observación hasta su presencia en planta.

4.º De forma inmediata, acudió el facultativo de guardia, quien realizó un diagnóstico preciso y tratamiento eficaz, siendo el tratamiento de elección para este proceso que refleja la medicina basada en la evidencia”.

Finaliza señalando que “el paciente, no solo estuvo bien tratado y atendido, sino que dadas las circunstancias de aparición de su enfermedad y posterior complicación, fue atendido con gran esmero, dedicación y profesionalidad. Aunque, puede que no se satisficiera la información que en ese momento precisara la familia”.

**DÉCIMO.-** El Letrado del Ilte. Colegio de Abogados de Murcia, x., presenta escrito por el que solicita a la instrucción del expediente que se le considere como director letrado en el procedimiento, a cuyo efecto acompaña escritura de poder otorgada a su favor por x.

**UNDÉCIMO.-** La Compañía de Seguros envía al órgano instructor informe de los Dres. x, y, especialistas en Neurología, en el que, tras resumir los hechos y efectuar las consideraciones médicas que en el informe se recogen, concluyen del siguiente modo:

“1. El paciente que nos ocupa sufrió un infarto cerebeloso de características atípicas en cuanto a su presentación clínica y evolución.

2. La ausencia de factores de riesgo vascular, la edad del paciente y la ausencia de signos cerebelosos en la exploración neurológica inicial, son factores que añadieron dificultad al proceso diagnóstico y que contribuyeron a que no se estableciera este diagnóstico desde el principio.

3. *No obstante, el paciente permaneció en observación en las horas siguientes y a pesar de que experimentó una notable mejoría, lo que llevó a sus médicos a programar el alta para la mañana del día siguiente, se decidió con buen criterio reevaluarlo, lo que permitió, sospechar otras posibilidades diagnósticas y solicitar una TC cerebral que llevó al diagnóstico definitivo de infarto cerebeloso.*

4. *Es muy probable que si se hubiera realizado esta prueba al ingreso, a pesar de no existir una sospecha clínicamente fundada y tal como reclama la familia del paciente, el infarto cerebeloso no fuera visible todavía y no hubiera permitido adelantar el diagnóstico.*

5. *A la vista de este nuevo escenario clínico, se modificó el tratamiento añadiendo un antiagregante plaquetar (aspirina®) y un fármaco anti edema (fortecortin®), se ordenó vigilancia neurológica y se cursó ingreso a cargo de Neurología.*

6. *Unas horas mas tarde, el paciente sufrió un deterioro rápido del nivel de conciencia, Se valoró de nuevo al paciente, se constató su situación de coma y se indicó una nueva TC cerebral. El resultado de la misma confirmó cambios con respecto al previo de la mañana: la presencia del edema cerebeloso, la situación de herniación transtentorial, la hidrocefalia y la hipertensión intracraneal.*

7. *A la vista de todo ello, se reforzaron las medidas anti edema (manitol© y nueva dosis de fortecortin®) y se contactó con Neurocirugía para realizar tratamiento quirúrgico, lo que como se ha expuesto con anterioridad, se realizó inmediatamente.*

8. *La precocidad en la presentación de esta complicación debe considerarse como muy infrecuente puesto que a pesar de que puede presentarse hasta en un tercio de los pacientes que sufren un infarto cerebeloso, es excepcional que se desarrolle en las primeras 24 horas de evolución.*

9. *Es muy frecuente las situaciones de agitación y confusión en la fase aguda del infarto cerebral y para ello se recomienda el uso de medicación sedante, en concreto los neurolepticos son los fármacos de primera elección, no estando, sin embargo contraindicados el uso de benzodiazepinas. Por tanto, es erróneo, como afirma la familia, que los sedantes estén contraindicados en la fase aguda del infarto cerebral.*

10. *Con respecto a lo anterior, al paciente no se le administró en ningún momento barbitúricos, recibió dogmatil (neuroléptico sedante vestibular) y valium® (diazepam, benzodiazepina), la última dosis de estos fármacos administrada fue a las 10:00 h de la mañana del 8 de septiembre de 2004.*

11. *Por los motivos antes expuestos, la administración de este tipo de tratamiento no puede considerarse relacionado ni con la evolución clínica del paciente (infarto cerebeloso que desarrolla edema y condiciona hipertensión intracraneal), ni con la neumonía posterior sufrida días después de la intervención y muy probablemente relacionada con su ingreso en la unidad de reanimación y con la necesidad de intubación, traqueostomía y ventilación mecánica prolongada.*

12. *Para terminar debemos afirmar que el paciente salvó su vida por la actuación prudente, profesional y diligente de los médicos que le atendieron que reevaluaron su situación clínica en varias ocasiones, no dando por sentado ninguna de las impresiones diagnósticas previas, lo que llevó a alcanzar el diagnóstico definitivo, diagnosticar precozmente la complicación de la hipertensión intracraneal y a aplicar el mejor tratamiento médico y quirúrgico en un plazo de apenas una hora”.*

**DUODÉCIMO.-** Conferido trámite de audiencia a las partes, la aseguradora no comparece, en tanto que el Letrado del interesado presenta alegaciones (folios 275 a 289, inclusive), mediante las que rebate las conclusiones de los informes médicos emitidos por la Inspección Médica y por los peritos de la aseguradora, reiterando su apreciación sobre la concurrencia de una mala praxis médica en el diagnóstico y tratamiento de las dolencias que sufría el paciente. Acompaña a su escrito Resolución del Instituto Nacional de la Seguridad Social, por la que se reconoce al x. en situación de gran invalidez y lleva a cabo una nueva cuantificación de la indemnización solicitada que cifra en 595.305,44 euros.

**DECIMOTERCERO.-** Mediante escrito fechado el 13 de enero de 2009, la instructora traslada a la Inspección Médica las alegaciones formuladas por el interesado, solicitando la emisión de un informe complementario. Tras ser reiterada dicha solicitud en dos ocasiones (13 de enero y 30 de noviembre de 2009), el informe es emitido con fecha 10 de diciembre de 2009, aunque tiene entrada en registro del SMS el 20 de enero de 2010, y en él, tras dar respuesta a las cuestiones planteadas en el escrito de alegaciones, la Inspectora concluye ratificándose en su primer informe, al considerar que las alegaciones del reclamante no alteran el mismo, ni añaden ninguna circunstancia que lo contradiga.

**DECIMOCUARTO.-** Conferido nuevo trámite de audiencia a las partes, la aseguradora tampoco comparece, haciéndolo, sin embargo, el letrado del interesado alegando que la emisión del informe complementario ha constituido un trámite dilatorio y que, con el fin de no alargar más la resolución del expediente, renuncia a formular alegación alguna.

Seguidamente fue formulada propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación, al considerar que no concurren los requisitos necesarios para la declaración de la responsabilidad patrimonial.

En tal estado de tramitación V.E. dispuso la remisión del expediente al Consejo Jurídico en solicitud de Dictamen, mediante escrito que tuvo entrada el día 2 de marzo de 2010.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

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

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

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

El paciente, al ser quien sufre el daño que se imputa al funcionamiento del servicio público, es quien ostenta 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). La iniciación del presente procedimiento se llevó a cabo, en nombre y representación del x., por su esposa, x., sin que tal representación se haya acreditado, según establece el artículo 32 LPAC, por cualquier medio válido en derecho que deje constancia fidedigna, o mediante declaración en comparecencia personal del interesado. Sin embargo, tal defecto procedimental ha de entenderse subsanado con la comparecencia en el expediente de un

letrado, debidamente autorizado para ello mediante poder otorgado por el x. ante notario, lo que supone una ratificación de los actos realizados por la que compareció inicialmente en su nombre.

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 a las personas, de carácter físico o psíquico, 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 8 de septiembre de 2004, sin embargo el paciente no fue dado de alta hospitalaria hasta el día 9 de enero de 2005, precisando aún tratamiento rehabilitador, por lo que la reclamación, presentada el día 6 de septiembre de 2005, ha de entender deducida dentro 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 7 de abril de 2006, fecha en la que se solicita informe de la Inspección Médica, hasta el día 18 de junio de 2008, fecha en la que se emite. Posteriormente también consta la paralización del expediente entre el día 13 de enero de 2009, fecha en la que se solicita a dicha Inspección la emisión de un informe complementario, hasta el día 15 de diciembre de 2009, en que tiene entrada en el Registro General de la Consejería consultante escrito del Jefe de Servicios de Inspección de Prestaciones Asistenciales al que adjunta el informe solicitado. 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, hubo una mala praxis médica que se concretaría, a su juicio, en que cuando ingresó en el servicio de urgencias no fue debidamente atendido, demorándose, injustificadamente, la realización del TAC o, en su defecto, se produjo un error en el diagnóstico inicial, todo lo cual ha dado lugar a que el paciente sufra unas secuelas permanentes consistentes en hemiparesia derecha moderada, disartria y disfagia e incontinencia urinaria.

A tenor de lo establecido en el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, corresponde al reclamante la prueba de todos los hechos constitutivos de la obligación cuya existencia alega. En particular, tiene la carga de acreditar que se ha producido una violación de la *lex artis* médica y que ésta ha sido causa directa e inmediata de los daños y perjuicios cuya indemnización reclama.

En el expediente objeto del presente Dictamen no ha sido acreditado por el reclamante ni resulta del mismo que se haya producido una violación de dicha *lex artis*, sin que tampoco haya resultado probada la existencia de nexo causal entre la actuación médica y las secuelas alegadas por el interesado.

Por el contrario, de acuerdo con los documentos incorporados al expediente el paciente fue sometido a las pruebas indicadas en el protocolo médico de urgencias. A este respecto señala la Inspectora Médica *“que en más del 50% de los pacientes atendidos en urgencias no se llega a un diagnóstico preciso, ya que la capacidad de jerarquizar es la habilidad más relevante en los profesionales de la salud que atienden servicios de urgencias, y se define como: ordenar las prioridades del tratamiento de un individuo en la sala de urgencias, independientemente del motivo de consulta”*. Los protocolos médicos de diagnóstico aplicables en los servicios de urgencias no están encaminados a obtener un diagnóstico pleno de cualesquiera enfermedades que pueda sufrir el paciente, sino a lograr el diagnóstico, la sospecha, la exclusión o la no exclusión de aquellos procesos patológicos que, en función del cuadro que presente el paciente, puedan requerir una actuación médica urgente.

Cuando el x. fue trasladado al servicio de urgencias del HUVA no presentó durante casi 12 horas *“ningún síntoma o signo que indicara que debían repetirse más pruebas complementarias y/o atenciones especiales, aunque se indicara un seguimiento posterior para averiguar las causas del mismo. Este equipo dejó el informe de alta a domicilio realizado con el Diagnóstico (Juicio Clínico, equivale a diagnóstico probable) de ‘síndrome vertiginoso’, así como el tratamiento que debía seguir y los consejos en la evolución (seguimiento por el Médico de Familia)”*. En este sentido, los peritos de la aseguradora también describen como adecuada la atención prestada al paciente ante

los síntomas y constantes que presentaba: tensión arterial de 150/85; frecuencia cardiaca de 77 latidos por minuto; temperatura de 35°C y 12 respiraciones por minuto. La exploración general no mostraba anomalías relevantes y la exploración neurológica fue igualmente normal. Afirman que *“consta específicamente que se realizaron maniobras de exploración cerebelosas, siendo éstas normales en ese momento (‘dedo-nariz normal’)*”. También se le practicaron análisis de sangre y Rx de tórax y abdomen que, igualmente, fueron normales. Se le diagnóstica síndrome vertiginoso, se administra tratamiento con Dogmatil y Sulpiride y queda en observación.

Según la Inspección Médica esta decisión fue ajustada a *lex artis*, puesto que *“el paciente de mediana edad y sin factores de riesgos cardiovasculares, ingresó en urgencias con síntomas inespecíficos, para los que se instauró un tratamiento que le produjo ligera mejoría, no mostrando ningún síntoma o signo que hiciera pensar en pedir pruebas suplementarias a las habituales”*. De modo taxativo afirma al folio 366 del expediente que *“ha quedado sobradamente demostrado tanto en el informe pericial de la inspección como en el informe de los Neurólogos (Dres. x, y), como en la bibliografía consultada y referida en ambos informes y en este informe complementario, que el paciente no presentaba ningún signo, síntoma o factor de riesgo que orientara a un infarto cerebeloso”*, de ahí que se considere adecuada la decisión de dejar al paciente en la sala de observación del servicio de urgencias, que son *“zonas para vigilancia, monitorización y tratamiento médico de procesos agudos que, por su complejidad diagnóstica y terapéutica, precisan un nivel asistencial por encima del de otras áreas de Urgencias”*.

Fue al día siguiente cuando la Dra. x., entrante de guardia, detectó que el paciente al levantarse persistía en su sintomatología de mareo y vértigo, por lo que decide practicarle un TAC que se informa de *“imagen hipodensa que afecta a hemisferio cerebeloso derecho y mitad derecha de la región vermiana, con borramiento de surco y efecto de masa sobre el IV ventrículo y lámina cuadrigémina, compatible con infarto isquémico agudo-subagudo. Lesión isquémica de pequeño tamaño en hemisferio cerebeloso izquierdo y tálamo izquierdo. No hidrocefalia ni sangrado agudo intra ni extra axial”*. En relación con esta prueba la Inspectora médica considera, en primer lugar, que se solicitó en el momento que se hizo aconsejable; antes no se había presentado una sintomatología que indicara la conveniencia de practicar esta prueba. En segundo lugar, la Dra. x., ante el resultado de la TAC, cambia, de modo correcto, el diagnóstico del paciente recogiendo ahora el de accidente cerebrovascular agudo y suministra una medicación adecuada: aspirina (fármaco antiagregante) y fortecortín (fármaco antiedema); informa a la familia del nuevo diagnóstico y tramita su ingreso en el servicio de neurología.

De acuerdo con estos informes médicos incorporados al expediente, no hubo violación alguna de la *lex artis* médica en el Servicio de Urgencias del HUVA ni en el diagnóstico de la patología que sufría el paciente, ni en el tratamiento médico que se le dispensó.

Por lo que respecta a la herniación transtecal, también ha de considerarse ajustada a normopraxis las actuaciones médicas que se llevaron a cabo. Estiman los facultativos informantes que dicha complicación debió surgir en el intervalo de tiempo que se empleó para trasladar al enfermo desde el servicio de urgencias al de neurología. Según la Inspectora Médica *“el paciente sufrió de forma precoz (en la evolución) y rápida (en su ejecución), la complicación de hidrocefalia por hernia transtecal que ocurre en el 10% de los casos, sin que haya nada que se pueda hacer para evitar su aparición, y ocurrió antes de lo usual tras la aparición del infarto”*. Una vez en planta el paciente, ante la observación de los familiares del rápido descenso del nivel de conciencia, se solicita una nueva valoración médica que se prestó a los 10 minutos. Se practicó una nueva TAC cerebral en el que se pudieron apreciar los cambios producidos en relación con la mañana; así la nueva prueba evidencia la presencia del edema cerebeloso, la situación de herniación transtentorial, la hidrocefalia y la hipertensión intracraneal. También consideraran los facultativos informantes que esta rápida evolución hacia la hernia transtentorial debe considerarse como muy infrecuente, puesto que a pesar de que puede presentarse hasta en un tercio de los pacientes que sufren un infarto cerebeloso, es excepcional que se desarrolle en las primeras 24 horas de evolución. Valorada por el neurólogo esta nueva TAC se procedió inmediatamente a poner en marcha el correspondiente protocolo para intervenir quirúrgicamente al paciente, que ingresó en el quirófano a las 19:35 horas, es decir, antes de que transcurriera una hora desde el momento en el que se le trasladó del servicio de urgencias a la planta de neurología.

Cabe analizar también la afirmación vertida en la reclamación en relación con el inadecuado tratamiento farmacológico que se dispensó al paciente (barbitúricos y sedantes), contraindicado en un infarto cerebeloso debido a que aumenta el riesgo de depresión respiratoria y neumonía. Tanto la Inspección Médica como los peritos de la aseguradora discrepan de estas alegaciones. En primer lugar, manifiestan, que la medicación sedante puede estar indicada en supuestos de infarto cerebral con el fin de reducir las situaciones de agitación y confusión que pueden aparecer en la fase aguda de dichos infartos; en estos casos los fármacos de primera elección suelen ser los neurolepticos, sin que esté contraindicado el uso de benzodiazepinas. En segundo lugar, a pesar de lo que se indica en la reclamación, al paciente en ningún momento se le administraron barbitúricos, se le prescribió *“dogmatil (neuroleptico sedante vestibular) y valium (diazepam, benzodiazepina), sin que la ingesta de esta medicación pueda considerarse relacionada ni con la evolución clínica del paciente (infarto cerebeloso que desarrolla edema y condiciona hipertensión*

*intracraneal), ni con la neumonía posterior sufrida días después de la intervención y muy probablemente relacionada con su ingreso en la unidad de reanimación y con la necesidad de intubación, traqueostomía y ventilación mecánica prolongada”.*

Finalizan los informes médicos afirmando con rotundidad que el paciente salvó su vida debido a la actuación prudente, profesional y diligente de los profesionales sanitarios que le atendieron, que siempre se ajustaron en su comportamiento a las reglas de la *lex artis*, reevaluando en cada momento al interesado cuando los síntomas variaban, pudiendo, así, alcanzar un diagnóstico correcto, cuya consecución se presentaba muy difícil por las razones que se han expuesto anteriormente. Además, una vez establecido el diagnóstico, se aplicaron, en menos de una hora, los tratamientos médico y quirúrgico adecuados.

Ante estos informes evacuados por quienes tienen los conocimientos técnicos y científicos adecuados para ello, las manifestaciones vertidas por el interesado en la reclamación y en el escrito de alegaciones, tendentes a establecer una relación directa entre la actuación de los profesionales de la medicina que le atendieron en el HUVA y las secuelas que padece, carecen de eficacia enervante por constituir meras afirmaciones de parte no avaladas por dictamen médico alguno.

Lo expuesto conlleva que no pueda apreciarse nexo de causalidad entre el daño y el funcionamiento de los servicios públicos sanitarios, que aplicaron los medios diagnósticos y terapéuticos que la ciencia médica aconsejaba para los síntomas y el cuadro clínico del paciente. Ello, a su vez, impide considerar el daño como antijurídico y, por tanto, resarcible por la vía de la responsabilidad patrimonial, que en el supuesto planteado ha de declararse inexistente.

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

### **CONCLUSIÓN**

**ÚNICA.-** Se informa favorablemente la propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación, al no concurrir los requisitos necesarios para el nacimiento de la responsabilidad patrimonial de la Administración,

No obstante, V.E. resolverá.





**DICTAMEN 265/2010**

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

**Consultante** Consejera de Sanidad y Consumo

**Fecha** 27/12/2010

**Extracto de Doctrina**

Cabría considerar los gastos realizados en la sanidad privada porque, a diferencia de otros supuestos abordados por este Consejo Jurídico (vgr. en los Dictámenes 157/04 y 50/08), en los que el reclamante que acudió a dicha sanidad estaba bajo la cobertura del sistema sanitario público, en el presente caso el reclamante no tenía dicha cobertura (Antecedente Séptimo), por lo que no podía haber acudido, al menos de forma gratuita, a la sanidad pública para la realización de la referida intervención, y ello aunque tuviera suscrito un seguro sanitario privado.

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** El 1 de agosto de 2008 x. presentó en el Servicio de Atención al Usuario del Hospital “*Virgen de la Arrixaca*” y en el registro del Servicio Murciano de Salud (SMS) sendos escritos de reclamación de responsabilidad patrimonial, con similar contenido. En ellos expresa, en síntesis, que su marido, x., asegurado de ASISA, acudió el 11 de marzo de 2007 a Urgencias del Centro de Salud de Santomera por un episodio de hemorragia nasal, donde le colocan un taponamiento, y dado que aquélla no cesaba, acudió a la clínica “*Virgen de la Vega*” de dicha aseguradora, en donde, al no poder controlar la hemorragia con otro taponamiento (epistaxis incoercible), le derivan al hospital “*Virgen de la Arrixaca*”, donde fue atendido en Urgencias, controlando la hemorragia y dándosele el alta en la madrugada del día 12.

El día 13 de marzo sufre nueva epistaxis, acudiendo nuevamente a la clínica “*Virgen de la Vega*”, donde le realizan un nuevo taponamiento, que resulta infructuoso, por lo que se traslada a la “*Clínica Belén*”, también de la referida aseguradora, en donde le realizan bajo anestesia un taponamiento posterior, pero ante la hemorragia que reaparece en la madrugada, deciden trasladarlo al antes reseñado hospital público, estando ingresado en el mismo desde el 14 hasta el 22 de marzo siguiente, durante el que tuvieron que realizarle varios taponamientos, si bien desde el 16 la fosa nasal izquierda y desde el 20 la derecha ya no le sangraban, sin que les fueran lavadas, salvo en los dos últimos días de estancia. Señala que durante la misma les decían constantemente

que no les correspondía estar allí, pues pertenecían a otra Comunidad Autónoma, y que a su esposo le dieron el alta sin estar en condiciones, pues estaba muy débil, y que le prescribieron lavados nasales con suero fisiológico sin indicación de cómo hacerlo.

El 4 de abril acude a consultas externas del citado hospital, donde el médico les comunica que en ambas fosas nasales a su esposo se le han formado sinequias (cicatrices) que se pegaron y que obstruyen los orificios nasales, y que la única solución es una intervención quirúrgica. A partir de entonces y ante la desconfianza en la asistencia sanitaria de su aseguradora, acuden a otros médicos privados, operándose el 25 de mayo siguiente, habiendo recuperado el 85% de su capacidad respiratoria. Por todo ello, solicita de forma genérica una indemnización por los daños y perjuicios causados.

**SEGUNDO.-** Mediante Resolución del Director Gerente del SMS de 18 de septiembre de 2007 fue admitida a trámite la reclamación, lo que fue notificado a las partes, a la vez que se requirió a la reclamante para que propusiese los medios de prueba de que pretendiera valerse. En la misma fecha se solicitó al hospital "Virgen de la Arrixaca" y a la clínica "Virgen de la Vega" copia de la historia clínica del paciente e informe de los facultativos que le atendieron.

**TERCERO.-** Desde la clínica "Virgen de la Vega" se remitió informe médico del paciente correspondiente a su estancia el día 11 de marzo de 2007 y un informe de 10 de octubre de ese año de su Subdirector médico, según el cual aquél *"fue atendido en nuestra Clínica en el Servicio de Urgencias el día 11 de marzo de 2007. Posteriormente, acudió de nuevo a dicho Servicio el 13 de marzo de 2007, donde fue atendido por el Dr. x., quien trasladó al paciente a Clínica Belén para ser intervenido de urgencia (colocación de taponamiento posterior, según se desprende de la documentación remitida), quedando toda la información del proceso en los archivos de dicha Clínica. Si necesitan el Historial de esa asistencia deben dirigirse a Clínica Belén para solicitarla."*

**CUARTO.-** Mediante oficio de 10 de octubre de 2007, desde el hospital "Virgen de la Arrixaca" se remitió copia de la historia clínica e informe de la misma fecha del Dr. x., del Servicio de Otorrinolaringología, en el que expresa lo siguiente:

*"En relación a la reclamación patrimonial de referencia, revisada la historia clínica y la evolución durante su estancia y curso clínico durante la permanencia en el Servicio de Otorrinolaringología del Hospital Universitario "Virgen de la Arrixaca" del paciente x., nos remitimos al correspondiente informe clínico de alta, si bien dejamos constancia que dicho paciente únicamente fue visto por mí el último día de estancia y estando desde hacía 5 días sin cuadro*

*hemorrágico, buen estado general y constantes mantenidas, razones por las cuales se procedió a emitir el alta médica”.*

**QUINTO.-** El 15 de octubre de 2007 x. presenta un escrito en el que ratifica los presentados por su esposa en su nombre, reiterando sustancialmente lo alegado en los mismos, añadiendo que la indemnización por las secuelas y días de incapacidad que imputa a los servicios sanitarios regionales la concretará posteriormente, pues sigue en tratamiento. Adjunta informes de sus dos altas en el hospital “*Virgen de la Arrixaca*” e informes de médicos privados sobre a la asistencia prestada por los mismos.

**SEXTO.-** Solicitada a la clínica “*Ntra. Sra. de Belén*” copia de la historia clínica e informe de los facultativos, la primera fue remitida mediante oficio de 20 de noviembre de 2007.

**SÉPTIMO.-** Solicitado informe a la Gerencia de Atención Primaria de Murcia, el 28 de diciembre de 2007 dicha unidad indica que el reclamante no está en alta en el sistema de la Seguridad Social, constando su baja en el año 1987.

**OCTAVO.-** Obra en el expediente un Dictamen Médico, de fecha 11 de agosto de 2008, aportado por la aseguradora del SMS, emitido por especialista en Otorrinolaringología, en el que, tras analizar la historia clínica del reclamante, concluye:

*1. Se trataba de un paciente con una patología general que hacía difícil el control de su hemorragia.*

*2. El tratamiento en el hospital público en Urgencias y en planta de ORL fue escrupulosamente correcto.*

*3. La indicación y la realización de los taponamientos fueron adecuadas y consiguieron detener la hemorragia.*

*4. El paciente permaneció ingresado y fue dado de alta en el momento oportuno.*

*5. El tratamiento al alta era correcto.*



6. *La aparición de las sinequias es una complicación frecuente en casos de este tipo, no se deben a mala práctica sino a las circunstancias de los taponamientos urgentes y a la capacidad de cicatrización del paciente.*

7. *La cirugía sobre las sinequias era necesaria y el paciente decidió realizarla en el ambiente privado "motu proprio", sin que ninguna causa le obligara a ello.*

8. *Al final del proceso el paciente está recuperado y sin secuelas.*

9. *No observo ningún tipo de actuación médica que se aparte de la "lex artis ad hoc" en este caso".*

**NOVENO.-** Solicitado informe a la Inspección Médica del SMS, fue emitido el 9 de febrero de 2010, concluyendo lo siguiente:

1) *x., de 46 años, padecía hemorragia nasal en relación con un cuadro de hipertensión arterial mal controlada. Todo el tratamiento realizado fue ajustado a una buena práctica médica, resultando la Epistaxis incoercible por lo que precisó diferentes niveles de tratamiento, primero taponamientos anteriores, después taponamiento posterior y por ultimo la sonda de Reuter.*

2) *En la historia clínica se objetiva que se atiende al paciente en cada situación de hemorragia y a cualquier hora del día o la noche en los diferentes niveles de asistencia.*

3) *El alta hospitalaria se produce tras 5 días sin cuadro hemorrágico, con recomendaciones para control de TA y anemia.*

4) *La complicación surgida de sinequias nasales son debidas a la naturaleza del proceso, los reiterados tratamientos que precisó y la capacidad de cicatrización del paciente.*

5) *La cirugía sobre las sinequias era necesaria y el paciente decidió realizarla en el servicio privado al no convenirle las opciones que le facilitó su aseguradora. Según informe de octubre de 2007 el resultado de la intervención fue satisfactorio".*

**DÉCIMO.-** Otorgado trámite de audiencia a los interesados, no consta la presentación de alegaciones.

**UNDÉCIMO.-** El 29 de marzo de 2010 se formula propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación; en síntesis, por considerar, de acuerdo con los informes emitidos, que no se ha acreditado la existencia de una infracción a la “*lex artis ad hoc*” en la actuación de los servicios sanitarios regionales.

**DUODÉCIMO.-** En la fecha y por el órgano indicado en el encabezamiento del presente se solicitó el preceptivo Dictamen de este Consejo Jurídico, acompañando el expediente y su extracto e índice reglamentarios.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

**PRIMERA.- Carácter del Dictamen.**

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

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

I. Por lo que se refiere a la legitimación activa, corresponde al reclamante, por ser quien sufre los daños por los que reclama indemnización. La Administración regional está legitimada pasivamente 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 a la temporaneidad de la acción de reclamación, a ejercer en el 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), no puede oponerse objeción al respecto, vistas las fechas de los hechos y la de presentación de la reclamación objeto de Dictamen (vid. Antecedente Primero).

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:

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

- 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.

- Ausencia de fuerza mayor.

- 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 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”*.

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.- Los daños por los que se reclama indemnización.**

Conforme se desprende de los Antecedentes, el interesado no llega a concretar la cuantía de la indemnización pretendida, por considerar que su proceso sanitario aún no ha concluído. Sin embargo, en el informe de 10 de octubre de 2007, aportado por el mismo y emitido, según se deduce, por el facultativo que le intervino privadamente de las sinequias padecidas, se expresa que la intervención tuvo resultados satisfactorios, pasando revisiones periódicas. Quiere decirse que no se acredita secuela alguna derivada de la asistencia sanitaria pública, por lo que desde la perspectiva del daño físico sólo cabría plantearse, en términos de mera hipótesis, el resarcimiento

por un período de incapacidad temporal, tras el alta médica en la sanidad pública y hasta el alta posterior a la referida intervención.

También cabría considerar los gastos realizados en la sanidad privada porque, a diferencia de otros supuestos abordados por este Consejo Jurídico (vgr. en los Dictámenes 157/04 y 50/08), en los que el reclamante que acudió a dicha sanidad estaba bajo la cobertura del sistema sanitario público, en el presente caso el reclamante no tenía dicha cobertura (Antecedente Séptimo), por lo que no podía haber acudido, al menos de forma gratuita, a la sanidad pública para la realización de la referida intervención, y ello aunque tuviera suscrito un seguro sanitario privado.

**QUINTA.- Relación de causalidad adecuada entre el funcionamiento de los servicios sanitarios regionales y los daños por los que se reclama indemnización: inexistencia.**

Conforme con lo expresado en la Consideración Tercera, procede desestimar la reclamación de referencia por cuanto las imputaciones de mala praxis a la actuación de los servicios sanitarios regionales carecen de fundamento alguno. A este respecto, no sólo no se aporta informe médico alguno que sostenga tales imputaciones, sino que los informes emitidos por la Inspección Médica del SMS y la aseguradora de dicho Ente coinciden en señalar que las altas médicas expedidas por dichos servicios sanitarios y la asistencia sanitaria dispensada al reclamante fueron plenamente correctas. En especial, y por lo que se refiere a la producción de sinequias o cicatrices nasales que obstruyeron las fosas nasales del paciente, aparecidas tras los numerosos taponamientos que hubo que realizarle para controlar las sucesivas e importantes hemorragias nasales que iba padeciendo (las cuales no podían ser evitadas a pesar de administrarse la medicación adecuada, según dichos informes), debe destacarse lo informado por la aseguradora del SMS en el sentido de que *“son secuelas inevitables en estos casos en que se actúa de forma muy urgente y la colocación de los taponamientos se ha de hacer apresuradamente. Las sinequias son complicaciones que aparecen en un 10% a 30% de los casos en que se precisan colocar múltiples taponamientos. No obedecen a un defecto de técnica, sino que dependen de las condiciones anatómicas y de cicatrización de los pacientes.”* El informe de la Inspección Médica del SMS confirma tal apreciación.

En consecuencia, no habiéndose acreditado la existencia de una infracción a la *“lex artis ad hoc”* sanitaria, no puede apreciarse la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración regional.

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

## **CONCLUSIÓN**

**ÚNICA.-** No concurre la relación de causalidad adecuada, a efectos de declarar la pretendida responsabilidad patrimonial de la Administración regional, entre el funcionamiento de los servicios sanitarios regionales y los daños por los que se reclama indemnización, por las razones expresadas en el presente Dictamen. En consecuencia, la propuesta de resolución, desestimatoria de la reclamación, se informa favorablemente.

No obstante, V.E. resolverá.



**DICTAMEN 266/2010**

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

**Consultante** Consejera de Sanidad y Consumo

**Fecha** 27/12/2010

**Extracto de Doctrina**

Nota: igual doctrina que la expresada en el Dictamen 2.





**DICTAMEN 267/2010**

**Asunto** Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hijo, debida a accidente escolar.

**Consultante** Consejero de Educación, Formación y Empleo

**Fecha** 27/12/2010

**Extracto de Doctrina**

Nota: igual doctrina que la expresada en el Dictamen 1.



**DICTAMEN 268/2010**

**Asunto** Reconocimiento de obligación y propuesta de pago derivado de la encomienda de gestión relativa al Servicio de Defensa contra Incendios Forestales en la Región de Murcia durante agosto de 2008, con omisión del trámite de fiscalización previa

**Consultante** Consejero de Agricultura y Agua (2004)

**Fecha** 27/12/2010

**Extracto de Doctrina**

Nota: igual doctrina que la expresada en el Dictamen 246.



**DICTAMEN 269/2010**

**Asunto** Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hijo, debida a accidente escolar.

**Consultante** Consejero de Educación, Formación y Empleo

**Fecha** 27/12/2010

**Extracto de Doctrina**

Al no existir suficientes elementos de juicio para adoptar una resolución congruente procede que el instructor, en cumplimiento del artículo 78 LPAC, recabe la información necesaria para ello, requiriendo al centro para que describa el ejercicio en el que se produjo el accidente y exponga las demás circunstancias de éste.

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** El 12 de febrero de 2009 el Secretario del Instituto de Educación Secundaria Obligatoria nº 2 de Fuente Álamo remitió a la Consejería de Educación, Formación y Empleo una comunicación de accidente escolar ocurrido el 30 de enero de 2009 durante la actividad de Educación Física del segundo curso de la ESO que afectó al alumno x., según el cual *“los alumnos estaban realizando un ejercicio de acrosport cuando se han caído involuntariamente sobre las gafas del alumno en cuestión rompiéndolas”*.

**SEGUNDO.-** La madre del menor había presentado el 9 de febrero de 2009 un escrito solicitando una indemnización de 120 euros, fundamentado en la responsabilidad patrimonial que a la Administración incumbe según los preceptos de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en lo sucesivo LPAC), al que acompaña la siguiente documentación: a) fotocopia del Libro de Familia, acreditativa del parentesco que une al menor con el reclamante, y b) factura de una óptica por importe de 120 euros, en concepto de 2 cristales y una montura de gafas.

**TERCERO.-** Acordada la admisión de la solicitud y designado instructor el 4 de noviembre de 2009, fue reclamado el informe de la Directora del centro, quien se limita a señalar que *“los desperfectos ocasionados en las gafas del alumno x. durante la ejecución de la figura Acrosport en la clase de Educación Física se produjeron de forma accidental y fortuita según las declaraciones recabadas del profesor en cuestión”*.

**CUARTO.-** El 4 de junio de 2010 se confiere trámite de audiencia a la reclamante, quien compareció ante el instructor declarando lo que sigue:

- La figura de Acrosport que los alumnos practicaban consiste en formar una especie de torre humana, en la cual su hijo formaba parte de los alumnos que se ponían en la parte baja, es decir, en la base de la torre. Para formar la figura de la torre los alumnos se disponen a cuatro patas, los primeros sobre el suelo, y los demás de forma sucesiva unos sobre la espalda de los que van quedando debajo, hasta formar la torre humana.

- Dado que su hijo estaba situado en la parte inferior de la torre y teniendo en cuenta la postura que debía adoptar, y con compañeros sobre él, el profesor debía haber tenido la precaución de indicar al alumno que se quitara las gafas, o que al menos no hubiera ocupado la parte inferior por el riesgo de usar gafas.

- La rotura de las gafas se produjo al desmoronarse la torre y golpear en la cara a x. uno de los compañeros que tenía sobre él, tirándole las gafas al suelo y cayendo encima de las mismas algunos alumnos. Finaliza reiterando que el profesor tenía que haber previsto el riesgo de caída de la torre y la consiguiente pérdida y aplastamiento de las gafas de los alumnos que las usan.

**QUINTO.-** Tras ello, fue formulada propuesta de resolución estimatoria. Aun partiendo de que el informe del centro es extremadamente parco y no permite tener acreditadas las circunstancias del accidente, aprecia la existencia de nexo causal entre el funcionamiento del centro escolar y los daños padecidos por el alumno, ya que, según se dice, al no ser las gafas imprescindibles para la realización del ejercicio, el profesor debió indicar a los alumnos que se quitaran las gafas.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

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

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

Consejo Jurídico de la Región de Murcia (LCJ), en relación con el 12 del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en Materia de Responsabilidad Patrimonial (RRP).

**SEGUNDA.- Sobre la instrucción.**

En las ocasiones en las que el Consejo Jurídico ha afrontado el examen de expedientes de responsabilidad patrimonial por accidentes escolares producidos durante la clase de educación física ha indicado que se ha de tener en cuenta que no todos los accidentes sufridos en el marco de tales clases han de tener el mismo tratamiento (Dictámenes 49/2002, 188/2003, entre otros). En efecto, en el desarrollo de una actividad deportiva usual u ordinaria pueden no existir elementos de peligrosidad, de tal modo que los accidentes producidos durante su ejecución deben considerarse como hechos casuales surgidos con ocasión de la prestación del servicio público educativo, pero no como consecuencia de su funcionamiento. Sin embargo, en otras ocasiones, la propia naturaleza del ejercicio a desarrollar puede generar un riesgo susceptible de producir un daño y, si así ocurriese, corresponderá indemnizarlo al que ha puesto en marcha el mecanismo de riesgo que excede de los patrones socialmente aceptables, según tiene declarado el Tribunal Supremo (entre otras, sentencia de 28 de octubre de 1998).

Por otra parte, también hemos manifestado en multitud de ocasiones que la jurisprudencia ha señalado 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.

El análisis de la documentación obrante en el expediente no permite conocer con precisión ni la clase de ejercicio físico que practicaban los alumnos ni las circunstancias concretas que provocaron el accidente: el estado de la pista polideportiva en la que se desarrollaba la clase, las instrucciones impartidas por el profesor y las medidas de precaución que, en su caso, se adoptaran, cual fue la causa de la caída, si la actividad estaba recogida en la programación del centro, actitud de los alumnos, etc.

En las observaciones y sugerencias recogidas en la Memoria del año 1999, el Consejo Jurídico manifestó que *“el instructor debe procurar que el expediente de cada procedimiento plasme sus contenidos legales, es decir, que se desarrolle mediante los actos que permitan determinar, conocer y comprobar todos los datos en virtud de los cuales haya de dictarse resolución, tal como la LPAC prescribe en su artículo 78, actos que deben ser realizados de oficio.*

*La labor del instructor consiste, pues, en traer al expediente toda la información que, en hipótesis, pueda ser necesaria para decidir el contenido de la resolución, sin perjuicio de que, con posterioridad, fundamente su propuesta en los hechos y razonamientos jurídicos que juzgue convenientes. Y se trata de una potestad fiduciaria, que no ejerce para sí en función de la propuesta de resolución que decida elevar a la autoridad competente para resolver, sino que la ejerce, precisamente, para que dicha autoridad pueda adoptar la resolución final, siguiendo la propuesta o separándose de ella, pero contemplando la totalidad de hechos, elementos, circunstancias y alegaciones que influyan o puedan influir en la bondad de su acuerdo. En tal sentido, la actividad del instructor, al desarrollarse para el órgano resolutorio, es una actividad debida, de tal forma que, en cualquier caso, ha de someter a valoración del órgano competente la cuantía indemnizatoria pretendida, porque sólo del resultado global de la prueba podrá obtenerse un juicio sobre la estimación o no de la existencia de responsabilidad”.*

Al no existir suficientes elementos de juicio para adoptar una resolución congruente procede que el instructor, en cumplimiento del artículo 78 LPAC, recabe la información necesaria para ello, requiriendo al centro para que describa el ejercicio en el que se produjo el accidente y exponga las demás circunstancias de éste.

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

### **CONCLUSIÓN**

**ÚNICA.-** Se dictamina desfavorablemente la propuesta de resolución estimatoria, al ser procedente completar la instrucción en los términos expresados en la Consideración Segunda.

No obstante, V.E. resolverá.



## DICTAMEN 270/2010

**Asunto** 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

**Fecha** 29/12/2010

### Extracto de Doctrina

La Administración no ha probado que medió causa de fuerza mayor para poder apreciar la ruptura del nexo causal (STS, Sala 3ª, de 10 de octubre de 1998), correspondiéndole la carga de su prueba, como ha sostenido la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

### ANTECEDENTES

**PRIMERO.-** El 30 de marzo de 2007 tiene entrada en el Registro General de la Consejería de Obras Públicas y Ordenación del Territorio reclamación formulada por x., en representación de -, S.A., por los daños materiales sufridos por el vehículo (marca Citroën, con matrícula “—”) de su asegurado x., con motivo de la caída de una rama de un árbol cuando el 29 de junio de 2006 se encontraba dicho vehículo estacionado junto a la carretera C-415a, en el lado exterior a la vía, a la altura del Km. 62, frente a la fábrica x.

En cuanto a la legitimación de su representada, expone que la citada aseguradora ha pagado la reparación de los daños ocasionados al vehículo por la caída de una rama de grandes dimensiones, que asciende a la cantidad de 506,82 euros, en virtud de la póliza suscrita con el x.

Atribuye la causa del daño al mal funcionamiento de los servicios públicos encargados del mantenimiento de los árboles que lindan con la carretera C-415a, cuyas ramas debían haber sido podadas a fin de evitar una situación de peligro tanto para los usuarios de la carretera, como para los viandantes.

Por último, acompaña la documentación que consta en los folios 2 a 18 del expediente, destacando por su relación con el evento lesivo:

- Diligencia núm. 18/06, de fecha 29 de junio de 2006, incoada por el Destacamento de Caravaca de la Agrupación de Tráfico de la Guardia Civil, por comparencia del x. el mismo día del accidente por la noche.

- Diligencia de Identificación y Manifestación del x. de 3 de julio de 2006 en las dependencias del Destacamento de Tráfico de Caravaca de la Cruz, en la que se recoge el relato de lo sucedido y los desperfectos sufridos.

- Diligencia de la misma fuerza actuante, en la que se hace constar la titularidad del vehículo siniestrado, que figura a nombre de la esposa del denunciante y asegurado (folio 35).

- Diligencia de práctica de una inspección ocular del lugar por los agentes encargados el mismo día 3 de julio, en el que se observa una rama en el suelo en el lado derecho de la carretera, en el lugar de los hechos.

- Fotografías de los daños sufridos por el vehículo.

- Condiciones particulares de la póliza del vehículo a nombre del x.

- Factura de reparación de los daños.

- Certificación de x. en la que se recoge que el 17 de noviembre de 2006 se emitió una orden de transferencia a favor de x. por la cantidad de 506,82 euros, que coincide con la reclamada.

**SEGUNDO.-** Con fecha de 23 de abril de 2007 se solicitan informes al Servicio de Conservación correspondiente y al Parque de Maquinaria, ambos de la Dirección General de Carreteras; asimismo se recaba copia autenticada de las Diligencias instruidas por la Guardia Civil de Tráfico, Destacamento de Caravaca.

El mismo día se solicita a la mercantil reclamante la mejora y subsanación de la reclamación presentada con la documentación que se reseña en los folios 29 a 32 del expediente, suspendiendo el plazo para resolver el procedimiento, de conformidad con lo previsto en el artículo 42.5 a) de la ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC).



**TERCERO.-** El Sargento 1º del Destacamento de Caravaca de la Cruz de la Agrupación de Tráfico de la Guardia Civil remite el 24 de abril de 2007 (registro de salida) copia de las Diligencias núm. 18/06, incoadas por desprendimiento de la rama de un árbol a la altura del Km. 62 en la carretera C-415 (folios 34 a 40).

**CUARTO.-** El Jefe de Sección Conservación III de la Dirección General de Carreteras emite informe el 18 de mayo de 2007, en el que expone:

*“A) En esta Jefatura de Sección no se ha tenido conocimiento del accidente indicado en el asunto hasta el momento.*

*En la documentación aportada acerca de las diligencias efectuadas ante y por la agrupación de tráfico, Destacamento de Caravaca, lo único que aporta la pareja de guardias civiles desplazada al lugar donde se indica se produjo el accidente, cuatro días después de la fecha indicada por el propietario del vehículo, es apreciar una rama de árbol en la margen derecha de la carretera sin indicar apreciación alguna de restos del cristal de la luna trasera del vehículo, ni la certeza del hecho.*

*B) Solicitada información al instituto Meteorológico sobre la velocidad del viento en esa fecha indican una velocidad de 36 km./h. lo que no se considera una velocidad que normalmente pueda causar roturas de ramas de árbol. Sobre la actuación del perjudicado o de un tercero no puedo facilitar información por desconocimiento de los hechos.*

*C) En este tramo de carretera C-415a, de acuerdo con la información facilitada por el Sr. Inspector de Carreteras, se han producido accidentes por diversos motivos relacionados con los árboles plantados junto a la calzada*

*D) De la información recabada sobre el mantenimiento de los árboles situados junto a la carretera se tiene constancia de haber efectuado las operaciones necesarias y adecuadas al mismo. No existiendo informe del Sr. Inspector de Carreteras de la zona de la necesidad de volver a efectuar nuevas operaciones para su mantenimiento, poda de los mismos, hasta finales de noviembre de 2006.*

*E) De las actuaciones antes referidas y del control visual que se hace de los mismos frecuentemente, se deduce que en el caso de ser cierto el daño producido por caída de rama éste se ha producido de manera fortuita en la que la Administración nada ha podido hacer para impedir*

*el hecho, salvo que se acuda a la de proceder a cortar estos árboles que por su historia identifican este tramo de carretera como la Alameda de Caravaca.*

*F) Control visual del estado de los árboles con gran frecuencia por obligación del Sr. Inspector de Carreteras y del Sr. Vigilante de Conservación, y por constituir esta Alameda lugar de paso hacia su residencia en Caravaca*

*Poda de los mismos en el año anterior.*

*G) Por las características expuestas por el reclamante en la forma de producirse el hecho denunciado especificando que el vehículo se encontraba aparcado fuera de la carretera, no se estiman aspectos relativos a la carretera que puedan ayudar a aclarar la forma y responsables de este accidente.*

*H) Este hecho se pudo producir en el caso de que la rama ofreciera aspecto sano por la corteza y no en el interior, pero al no tener conocimiento esta Jefatura de Sección del hecho no se pudo personar en el lugar para comprobar el mismo ni inspeccionar la rama rota y como la Guardia Civil tampoco hace mención a esta posibilidad, no puedo ni tan siquiera conjeturar.*

*J) No existe conocimiento de esta Jefatura de Sección de aviso desde la Guardia Civil de Tráfico de la producción de este hecho ni para poner en conocimiento los daños ni para que retirásemos la rama que dicen cayó del árbol.*

*La documentación aportada indica que la rama cae un jueves 29 de junio y la Pareja de la Guardia Civil acude el lunes siguiente 3 de julio, sin comunicar al Servicio de Carreteras el accidente.*

*No se tiene conocimiento en esta Jefatura de Sección de haber efectuado la retirada de la rama causante del accidente”.*

**QUINTO.-** Con fecha 2 de mayo de 2007 se recibe escrito del representante de la mercantil para cumplimentar la documentación solicitada por el órgano instructor, que por error no acompaña, y que finalmente aporta el 8 de mayo de 2007 (folios 49 a 56).

**SEXTO.-** Con fecha 17 de octubre de 2008 se emite informe por el Jefe del Parque de Maquinaria de la Dirección General de Carreteras, que señala:

*“- Valor venal del vehículo en la fecha en que se produjo el siniestro: el valor venal del vehículo en la fecha del siniestro era de 7.250 euros.*

*- Valoración de los daños del vehículo atendiendo al modo de producirse el siniestro:*

*Se acompañan al expediente fotos del estado en que quedó el vehículo tras el siniestro. Entendemos que los daños que se observan pueden haber sido perfectamente ocasionados por la caída de una rama del árbol.*

*En cuanto al coste de la reparación de los daños ocasionados, se adjunta factura emitida por la mercantil “x” que los valora en la cantidad de 506,82 euros y que entendemos que son perfectamente razonables y en consonancia con el coste real en la fecha de reparación”.*

**SÉPTIMO.-** El 19 de octubre de 2009 se otorga un segundo trámite de audiencia a la mercantil reclamante (el primero data de 20 de septiembre de 2007), que presenta escrito de alegaciones el 4 de noviembre de 2009, en el que manifiesta que concurren todos los requisitos previstos en la LPAC para el reconocimiento de la responsabilidad patrimonial. Sobre la realidad del accidente en el lugar indicado y la causa del mismo, se sostiene que han quedado acreditadas a través del Atestado de la Guardia Civil de Tráfico, que tan sólo tres días después del accidente certifica que la rama se encuentra en el mismo lugar donde se produjo.

Reitera que la causa del accidente se debe al funcionamiento de los servicios públicos, concretamente al Servicio de conservación que se ocupa del arbolado colindante a la carretera y que debía haber evitado el riesgo para los usuarios de la vía o viandantes, que finalmente se materializó en el daño al vehículo estacionado, y que podría haber evitado con la poda de sus ramas, de grandes dimensiones, que pueden partirse en cualquier momento.

**OCTAVO.-** La propuesta de resolución, de 23 de junio de 2010, desestima la reclamación presentada, pese a admitir la existencia del hecho y del daño, al sostener una ruptura del nexo causal por tratarse de un caso fortuito (mal interno de la rama, viento, etc.), sin que se advierta un incumplimiento por parte de la Administración regional de los deberes de poda del arbolado existente junto a la carretera.

**NOVENO.-** Con fecha 8 de julio de 2010 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 de responsabilidad patrimonial fue presentada por la entidad aseguradora, que goza de legitimación activa por subrogación en la posición del tomador del seguro, al haber desembolsado la cantidad resultante de la factura expedida por el taller de reparación (506,82 euros), según la orden transferencia realizada el 17 de noviembre de 2006 a favor de x., que se acompaña como doc. 9 al escrito de reclamación. Por ello, deben modificarse los datos del reclamante en el encabezamiento y en el primer antecedente de la propuesta elevada, puesto que no es el asegurado.

En cuanto a la legitimación pasiva, queda acreditada la titularidad autonómica de la carretera C-415a, de acuerdo con el informe del técnico de la Dirección General de Carreteras.

2. En cuanto al plazo, la acción se ha interpuesto dentro del año previsto en el artículo 142.5 LPAC.

3. La tramitación seguida se ha ajustado al procedimiento previsto en el artículo 6 y ss. del Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en Materia de Responsabilidad Patrimonial, aprobado por RD 429/1993, de 26 de marzo (RRP), salvo en el plazo máximo para resolver (artículo 13.3), habiéndose detectado importantes paralizaciones durante la instrucción, cuando ha de ser impulsada de oficio, como hemos destacado en la Memoria correspondiente al año 2002, sin que tampoco se sustente tal demora en la complejidad del asunto en cuestión, ni en la realización de otras actuaciones instructoras complementarias; por ello, puede afirmarse que la duración del procedimiento ha rebasado en exceso los límites razonables de duración sin que concurra circunstancia alguna que lo justifique, lo que colisiona frontalmente con

los criterios de eficiencia, celeridad e impulso de oficio que deben inspirar la actuación administrativa.

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

El artículo 139.1 de la 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. Sobre la realidad del evento lesivo y los daños alegados.

Ha quedado acreditada en el expediente la realidad del evento lesivo a través de las Diligencias núm. 18/06, instruidas por el Destacamento de Caravaca de la Cruz de la Agrupación de Tráfico de la Guardia Civil, pues si bien es cierto que los agentes se personaron en el lugar cuatro días después del suceso (aún así visionaron la rama en el suelo), lo cierto es que el x. acudió de forma inmediata a las dependencias oficiales a presentar la correspondiente denuncia por los daños en el vehículo por el desprendimiento de una rama de un árbol, según se infiere de la Diligencia de inicio (folio 39), que está fechada el 29 de junio de 2006, a las 21,30 horas, aunque la Diligencia de Identificación y Manifestación del denunciante se realizara el 3 de julio (folio 38), así como la inspección ocular por los agentes (folio 36).

También se han probado los daños alegados (abolladuras en el techo y en la parte trasera a la altura de la luz de frenado, etc.) a través de la factura presentada y las fotografías aportadas por la mercantil interesada, y que fueron acordes con la forma en que aquéllos se produjeron, siendo éste un aspecto destacado por el informe del Jefe del Parque de Maquinaria de la Dirección General de Carreteras (folio 64): *“entendemos que los daños que se observan pueden haber sido perfectamente ocasionados por la caída de la rama de un árbol”*.

De otra parte, tampoco se ha realizado por el órgano instructor ninguna actuación instructora adicional, tendente a cuestionar el estacionamiento del vehículo del asegurado en el lugar donde se produjo el daño, cuando podría haber tenido la posibilidad de dirigirse a la fábrica x, en la que trabajaba el x, para verificar el lugar donde aparcan sus empleados durante la jornada laboral. En todo caso, existen indicios que hacen verosímil el suceso descrito por la mercantil reclamante, tales como el estacionamiento del vehículo en el lugar de trabajo, inspección ocular de los agentes de la Guardia Civil que encontraron una rama en el suelo en el lugar indicado por el asegurado, personación inmediata en las dependencias oficiales el mismo día del evento lesivo, fotografías aportadas de los daños en el vehículo y su adecuación a la causa que los origina, así como la existencia de árboles históricos junto a la carretera que identifican a la misma como “la Alameda de Caravaca”, según el técnico de la Dirección General de Carreteras, y en donde se han producido otros sucesos similares al presente caso, alguno de ellos dictaminados por este Consejo Jurídico (por ejemplo, bajo el núm. 22/2003) en sentido favorable a su estimación.

## 2. Sobre la relación de causalidad.

Acreditada la realidad del suceso y los daños alegados, ha de determinarse si éstos son imputables al funcionamiento del servicio público y si concurre el imprescindible nexo causal entre el daño alegado y el funcionamiento del servicio público, teniendo en cuenta que la explotación de una carretera comprende las operaciones de conservación y mantenimiento (artículo 20 de la Ley regional 9/1990, de 27 de agosto, entonces aplicable), correspondiendo al titular de la vía la responsabilidad de su mantenimiento en las mejores condiciones posibles de seguridad para la circulación (artículo 139 del Reglamento General de Circulación). En el presente supuesto no se ha discutido por el órgano instructor que compete a la Administración regional las labores de poda y mantenimiento de los árboles que se encuentran a ambos lados de la carretera donde ocurrió el evento lesivo.

Para la mercantil reclamante no existe duda de que el daño es imputable a la Administración regional, a la que corresponde la conservación de dicho arbolado y su poda para evitar riesgos a los usuarios de la carretera y a los viandantes.

Frente a ello, la propuesta de resolución, aún admitiendo la realidad del suceso, considera caso fortuito la causa del daño, porque la vigilancia visual frecuente de la zona no permitió detectar que la rama hubiera de ser podada (mal estado interno), así como el viento existente en aquel día (36 Km./h.) contribuyó a su caída. De lo anterior deriva la ruptura del nexo causal y la no responsabilidad de la Administración regional.

Sin embargo, dicha motivación de la propuesta elevada para desestimar la reclamación no puede ser dictaminada favorablemente por este Consejo Jurídico, en tanto el caso fortuito, a diferencia de la fuerza mayor y conforme a reiterada jurisprudencia, no exonera a la Administración de responder por los daños ocasionados. Parece oportuno recordar que *“fuerza mayor y caso fortuito son unidades jurídicas diferentes: a) En el caso fortuito hay indeterminación e interioridad; indeterminación porque la causa productora del daño es desconocida (o por decirlo con palabras de la doctrina francesa: «falta de servicio que se ignora»); interioridad, además, del evento en relación con la organización en cuyo seno se produjo el daño, y ello porque está directamente conectado al funcionamiento mismo de la organización. En este sentido, entre otras, la STS de 11 de diciembre de 1974: «evento interno intrínseco, inscrito en el funcionamiento de los servicios públicos, producido por la misma naturaleza, por la misma consistencia de sus elementos, con causa desconocida». b) En la fuerza mayor, en cambio, hay indeterminación irresistible y exterioridad; indeterminación absolutamente irresistible, en primer lugar, es decir aun en el supuesto de que hubiera podido ser prevista; exterioridad, en segundo lugar, lo que es tanto como decir que la causa productora de la lesión ha de ser ajena al servicio y al riesgo que le es propio”* (entre otras, STS, Sala 3ª, de 13 de marzo de 2003).

De otra parte, sobre la fuerza del viento indicada (36 Km./h.) el propio técnico del centro directivo contradice la afirmación de que pudiera concurrir tal circunstancia en la rotura de la rama, pues considera que no es una velocidad que normalmente pueda causarlas. Así pues, la Administración no ha probado que medió causa de fuerza mayor para poder apreciar la ruptura del nexo causal (STS, Sala 3ª, de 10 de octubre de 1998), correspondiéndole la carga de su probanza, como ha sostenido la jurisprudencia del Tribunal Supremo (por todas, Sentencia de la Sala 3ª, de 20 de mayo de 1998): *“El carácter objetivo de la responsabilidad impone que la prueba de la concurrencia de acontecimientos de fuerza mayor o circunstancias demostrativas de la existencia de dolo o negligencia de la víctima suficiente para considerar roto el nexo de causalidad*

*corresponda a la Administración, pues no sería objetiva aquella responsabilidad que exigiese demostrar que la Administración que causó el daño procedió con negligencia, ni aquella cuyo reconocimiento estuviera condicionado a probar que quien padeció el perjuicio actuó con prudencia”.*

De todo lo anterior se infiere la existencia de nexo causal con el daño alegado, sin que sea preciso para ello que el funcionamiento del servicio público haya sido anormal (al parecer se había realizado la poda de los árboles el año anterior), ya que el artículo 139.1 LPAC reconoce tal responsabilidad en los supuestos de funcionamiento normal del servicio público, siempre y cuando exista la necesaria relación de causalidad con el daño, lo que sí concurre en el presente caso conforme se ha expuesto con anterioridad, al igual que se trata de daños que el afectado no tiene el deber jurídico de soportar (artículo 141.1 LPAC).

Por último, la cuantía indemnizatoria se estima acorde con la forma de producción del accidente, según el informe del Jefe del Parque de Maquinaria de la Dirección General de Carreteras, si bien habrá de actualizarse el *quantum* indemnizatorio a la fecha en que se ponga fin al procedimiento de responsabilidad patrimonial con arreglo al índice de precios al consumo, de conformidad con lo establecido en el artículo 141.3 LPAC.

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

### **CONCLUSIÓN**

**ÚNICA.-** Procede dictaminar desfavorablemente la propuesta de resolución, al concurrir en el presente supuesto los requisitos para determinar la responsabilidad patrimonial de la Administración regional en la cuantía reclamada, sin perjuicio de su actualización. En la nueva propuesta que se redacte habrán de modificarse los datos del reclamante, en los términos expresados en la Consideración Segunda, 1.

No obstante, V.E. resolverá.





**DICTAMEN 271/2010**

**Asunto** Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños y perjuicios sufridos por anormal funcionamiento de los servicios dependientes de la Consejería de Obras Públicas y Ordenación del Territorio.

**Consultante** Consejero de Obras Públicas y Ordenación del Territorio

**Fecha** 29/12/2010

**Extracto de Doctrina**

Nota: igual doctrina que la expresada en el Dictamen 53.



**DICTAMEN 272/2010**

**Asunto** Responsabilidad patrimonial instada por x., en nombre y representación de su hijo x., debida a accidente escolar

**Consultante** Consejero de Educación, Formación y Empleo

**Fecha** 29/12/2010

**Extracto de Doctrina**

Nota: igual doctrina que la consignada en el Dictamen 14.



## DICTAMEN 273/2010

<b>Asunto</b>	Responsabilidad patrimonial instada por x., en nombre y representación de su hijo x, debida a accidente escolar.
<b>Consultante</b>	Consejero de Educación, Formación y Empleo
<b>Fecha</b>	29/12/2010

### Extracto de Doctrina

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.

### ANTECEDENTES

**PRIMERO.-** En marzo de 2010 tuvo entrada en la Consejería de Educación, Formación y Empleo un escrito de x, padre de x, alumno del curso 1º de la ESO en el IES del Carmen, de Murcia, mediante el que, con fundamento en la responsabilidad patrimonial que a la Administración incumbe según los preceptos de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en lo sucesivo LPAC), solicita una indemnización de 185 euros, importe de unas gafas del citado alumno que se rompieron el día 27 de enero de 2010, dentro del aula, en las circunstancias siguientes:

*“Mi hijo sale al recreo, deja las gafas en la funda dentro de la mochila y la clase se queda cerrada con llave. Al volver a clase, ya se encuentran alumnos en el aula con la profesora y al ir a sentarse, él y una compañera, ven que las gafas están rotas encima de la silla y la funda abierta dentro de la mochila, diciéndoselo a continuación a la profesora”.*

En iguales términos se expresa la comunicación de accidente escolar que remitió el Director del centro a la Consejería.

**SEGUNDO.-** Admitida a trámite la reclamación y designada instructora mediante Resolución de la Secretaría General de la Consejería de 21 de abril de 2010, aquella solicitó el preceptivo informe del Centro, que fue remitido el siguiente día 8 de junio, indicando el Director lo siguiente:

*“1.El alumno x., de 1º A de la ESO, salió de la clase a las 11.15 horas en dirección al patio, junto a algunos compañeros.*

*2. La clase fue cerrada por la profesora de Lengua (...) que impartió clases a 3ª hora, al objeto de que estuviera cerrada durante el recreo.*

*3. Cuando el alumno x. volvió del recreo, ya habían llegado algunos compañeros de clase.*

*4. x. comprueba entonces que sus gafas estaban rotas por el arco que rodea el cristal y dentro de la mochila estaba la funda abierta.*

*5. El alumno se lo comunica a la profesora de tecnología que estaba en clase, al comprobar que estaban rotas indicándole al alumno que las llevara a la óptica para que las arreglen.*

*6. Posteriormente acudió al Centro la madre del alumno, x. para comunicar que a su hijo le habían roto las gafas en la clase. El Director le indica que formule una reclamación si lo considera oportuno”.*

En informe de 9 de julio siguiente, el mismo Director amplía el anterior indicando literalmente que:

*“1. La puerta del aula la abrió la conserje.*

*2. La conserje no observó nada se limitó únicamente a abrir la puerta.*

*3. No se puede precisar que alumnos entraron primero.*

*4. La profesora cuando llegó al aula ya había ocurrido los hechos que se denuncian.*

*5. Las puertas de las aulas se cierran siempre durante el periodo del recreo y se abren cuando empieza de nuevo la actividad lectiva. Algunas veces las puertas las abren los conserjes y otras veces son los mismos profesores los que abren las puertas”.*

**TERCERO.-** Conferida audiencia al reclamante, no consta que presentara alegaciones; la instructora elevó su propuesta de resolución el 28 de octubre de 2010, concluyendo que debía desestimarse la reclamación, considerando para ello lo expresado por el Consejo Jurídico para un supuesto semejante (Dictamen 199/2002), y que el centro había adoptado las medidas necesarias para evitar en lo posible ese tipo de sucesos.

En tal estado de tramitación V.E. dispuso la remisión del expediente al Consejo Jurídico en solicitud de Dictamen, mediante escrito que tuvo entrada el día 10 de noviembre de 2010.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

**PRIMERA.- Carácter del Dictamen.**

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

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

I. La reclamación ha sido formulada por quien está legitimado para ello, que es la persona sobre cuyo patrimonio ha recaído la reposición del objeto roto. 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, 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 o deterioro 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 de 2002, 165/2008, 41 y 154 de 2009), 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 el 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”*. (Dictámenes números 3.015/2001 y 1.192/2002) .

II. Las precedentes consideraciones son aplicables al presente caso, en el que se aprecia la práctica de actividades escolares que implican un cierto desprendimiento temporal de objetos personales de los alumnos, caso en el que el genérico deber de guarda y custodia no demanda del centro más precauciones que las adoptadas, por lo que los daños constituyen un suceso ajeno al funcionamiento del centro escolar.

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 274/2010**

<b>Asunto</b>	Responsabilidad patrimonial instada por x., como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad
<b>Consultante</b>	Consejero de Educación, Formación y Empleo
<b>Fecha</b>	29/12/2010

**Extracto de Doctrina**

Los daños han sido producidos por la actuación de un tercero sin identificar y en la vía pública, fuera del recinto del centro, circunstancias determinantes de que la Administración carezca, obviamente, de deberes tuitivos o de vigilancia, lo que permite apreciar la ruptura del posible nexo causal que pudiera existir entre la actuación u omisión de la Administración y los daños sufridos.

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** El 12 de julio de 2010 tuvo entrada en la Consejería consultante un escrito de x, profesor del IES Vega del Argos, de Cehegín, (Murcia) en el que solicita ser indemnizado por los daños causados a su vehículo el 22 de junio de 2010 (fue rallado en la parte derecha desde un extremo al otro del coche) mientras él prestaba sus servicios en el centro indicado. Une a su escrito una copia de la denuncia de los hechos ante la Guardia Civil y un presupuesto de reparación que asciende a 454,72 euros. Según consta en la denuncia, el vehículo se encontraba aparcado “en la puerta de entrada al IES”.

**SEGUNDO.-** Admitida a trámite la reclamación mediante Resolución del Secretario General de la Consejería, de 7 de octubre de 2010, y designada instructora, ésta solicitó al interesado que subsanara diversas deficiencias, y al Director del centro que informara sobre lo sucedido. Evacuado este último informe el 22 de octubre de 2010, señala que *“el centro tiene un aparcamiento vigilado por una cámara con un acceso por la C/ San Agustín con puerta automática, donde aparcan algunos coches del profesorado, pero el de este profesor en concreto no lo aparcaba en dicho aparcamiento, solía aparcarlo en las calles aledañas. Otros hechos de este tipo si que había ocurrido en la calle con vehículos de otros profesores, pero desde que aparcan en el aparcamiento privado del centro han dejado de ocurrir”*.

**TERCERO.-** El Parque Móvil de la Dirección General de Patrimonio informó, también a solicitud de la instructora, que el presupuesto presentado con la reclamación se corresponde con los precios de mercado (25 de octubre de 2010).

**CUARTO.-** Concedido trámite de audiencia al reclamante, presentó sus alegaciones el 19 de noviembre de 2010, aclarando que, efectivamente, el vehículo se encontraba en la calle, junto a la puerta del centro, a lo que añade que el aparcamiento al que se refiere el Director es insuficiente para aparcar todos los coches del profesorado. Finaliza destacando que muchos profesores sufren daños tan sólo por intentar realizar su trabajo con dignidad y lo mejor posible.

**QUINTO.-** La propuesta de resolución, de 10 de marzo de 2008, concluye en desestimar la reclamación de responsabilidad patrimonial por no existir nexo causal entre el daño alegado y el funcionamiento del servicio público educativo, al no considerar que la mera probabilidad de que los daños pudieran ser causados por alumnos determine la imputabilidad al centro.

Y en tal estado de tramitación, con fecha 17 de diciembre de 2010 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).

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

I. El procedimiento se ha iniciado por reclamación de parte interesada, de conformidad con lo previsto en el artículo 142.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), quedando fuera de toda duda la posible inclusión del funcionario en el término "particular" empleado por el artículo



139.1 LPAC (Dictámenes 75 y 76 /1999, 5/2002, 39/2003, 143/2003, 14/2008, 85/2008, 141/2008, entre otros).

II. En cuanto a la legitimación pasiva, la ostenta la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, al tratarse de unos daños imputados al funcionamiento del servicio público regional de educación en el que se integra el centro en cuyas proximidades ocurrieron los hechos. El órgano competente para resolver el procedimiento es el Consejero consultante, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 16, o) de la Ley 7/2004, de 28 de diciembre, de Organización y Régimen Jurídico de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.

III. Respecto al cumplimiento del plazo para su ejercicio, la acción se ha ejercitado dentro del año desde el hecho que motiva la indemnización, según preceptúa el artículo 142.5 LPAC.

IV. A la vista de las actuaciones que se constatan en el expediente remitido, puede afirmarse que se ha cumplido sustancialmente lo exigido por la LPAC y su desarrollo reglamentario para tramitación de reclamaciones por responsabilidad patrimonial de la Administración.

#### **TERCERA.- Sobre el fondo del asunto.**

Reconocido el principio de indemnidad de los servidores públicos en el desempeño de sus funciones, cuya virtualidad y alcance han sido desarrollados por el Consejo Jurídico en diversos Dictámenes (por todos, 5/2002, 92/2002, 188/2002, 247/2002, 86/2004, 99/2006, 179/2006, 181/2007, entre otros), respecto al fondo del asunto consultado quedaría por despejar la interrogante relativa a la relación de causalidad, cuya existencia se determinaría conforme a las reglas generales.

Para el concreto caso de los daños en el vehículo del reclamante, ha de señalarse que tales daños han sido producidos por la actuación de un tercero sin identificar y en la vía pública, fuera del recinto del centro, circunstancias determinantes de que la Administración carezca, obviamente, de deberes tuitivos o de vigilancia, lo que permite apreciar la ruptura del posible nexo causal que pudiera existir entre la actuación u omisión de la Administración y los daños sufridos. La conclusión contraria nos llevaría, como ha afirmado el TS en numerosas ocasiones (así, por ejemplo, en la Sentencia 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”.*

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

No obstante, V.E. resolverá.



## DICTAMEN 275/2010

<b>Asunto</b>	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.
<b>Consultante</b>	Consejera de Sanidad y Consumo
<b>Fecha</b>	29/12/2010

### Extracto de Doctrina

Se trató de un riesgo típico de la intervención, y el interesado tenía el deber jurídico de soportar el posterior daño materializado.

### ANTECEDENTES

**PRIMERO.-** En fecha 30/01/09, el hospital “Santa M.<sup>a</sup> del Rosell”, de Cartagena, remitió al Servicio Murciano de Salud (SMS) un escrito presentado por x., fechado el 12/12/08, en el que manifiesta literalmente *“que mediante una pequeña operación de laringe y las cuerdas vocales le arrancaron un diente, sólo reclama que le arreglen su diente”*. Adjunta copia de una factura emitida por una clínica dental sobre el tratamiento al que fue sometido el reclamante, por importe de 495 euros.

Asimismo, se remite por el hospital un informe de 15/01/09 elaborado por el Dr. x., Jefe de Servicio de Anestesia-Reanimación, que expresa lo siguiente;

*“...Recabada información, dicho señor fue intervenido quirúrgicamente el pasado 4 de Diciembre por la tarde de Microcirugía Endolaríngea, previamente pasó la Consulta de Evaluación Preoperatoria Anestésica el día 7 de Noviembre 2008, en la que entre otras exploraciones firmó el Consentimiento y Autorización para Anestesia y Sedación, en el que explícitamente consta: “...puede entrañar alguna dificultad y, a pesar de hacerlo con cuidado, dañar algún diente”. Acompaño copia de dicha autorización firmada.*

*En la Historia de evolución anestésica de la intervención no consta que hubiera dificultad a la hora de la laringoscopia e intubación, pero me informan que la exploración de cuerdas vocales con microscopio e intervención con laringoscopio rígido fue dificultosa.*

*También firmó el Consentimiento Informado específico del Servicio de ORL para esa intervención, en el cual se le notifica la posibilidad de daño en algún diente”.*

Al informe anteriormente referenciado se acompaña copia de documento de consentimiento informado para anestesia, firmado por el paciente el 7/11/08, que refleja en el apartado “Anestesia General” el siguiente riesgo: *“...Excepcionalmente, la introducción de un tubo hasta la tráquea ( una vez que esté dormido) puede entrañar alguna dificultad y, a pesar de hacerlo con cuidado, dañar algún diente”*. Igualmente se acompaña copia de documento de consentimiento informado del Servicio de Otorrinolaringología para intervención de microcirugía de laringe, firmado por el paciente el 22/10/08, que recoge entre los riesgos y complicaciones de la operación: *“...Pueden producirse daños en los dientes de la arcada superior sobre todo en los casos de implantación deficiente, pudiendo producir desprendimiento de los mismos”, “....así como pequeñas erosiones*

*en los bordes de los dientes superiores. En el caso de ser portador/a de implantes dentales, fundas de porcelana, o puentes a nivel de incisivos hay un alto riesgo de rotura de los mismos".*

**SEGUNDO.-** El 18/02/09 se requiere al reclamante para que subsane su escrito de reclamación, informándole que en el expediente obran el referido informe y los documentos de consentimiento informado.

**TERCERO.-** En fecha 13/03/09 el reclamante presenta escrito en el que afirma que la pieza dentaria que le fue arrancada en el transcurso de la intervención pertenecía a la arcada inferior, sin que dicho riesgo y complicación estuviera previsto y aceptado por él en el documento de consentimiento informado que firmó antes de ser intervenido quirúrgicamente. Además, propone como medios de prueba ser reconocido por un odontólogo de la Seguridad Social, al efecto de acreditar que el daño se produjo en una pieza dentaria de la arcada inferior, y que se tome declaración a los doctores, cirujanos y anestesistas que intervinieron en la operación.

**CUARTO.-** El 3/04/09, el Director Gerente del SMS dictó resolución de admisión a trámite de la reclamación, que fue notificada a las partes interesadas.

Asimismo, por parte de la instrucción se solicitó al citado hospital copia de la historia clínica e informes de los facultativos que asistieron al reclamante. Igualmente, se solicitó al Servicio de Otorrinolaringología que emitiera informe a la vista del escrito de alegaciones presentado por aquél.

**QUINTO.-** En fecha 4/05/09 se remite por el hospital copia de la historia clínica, en la que figuran los referidos documentos de consentimiento informado para anestesia y microcirugía de laringe, firmados por el reclamante. Mediante oficio de 17/06/09 se remite informe de la misma fecha del Jefe de Servicio de Otorrinolaringología del hospital, que expresa:

*"El día 4/12/08, en jornada de tarde, es intervenido con anestesia general el paciente indicado, practicándosele una Microcirugía Laríngea para la extirpación de lesiones crónicas. Durante el acto quirúrgico se observa una pieza dentaria en la cavidad oral, que se extrajo. Tanto en las maniobras de anestesia como en la intervención quirúrgica se pueden desprender piezas dentarias, sobre todo en los casos en las que éstas tienen una implantación deficiente. El paciente, a este respecto, firma el consentimiento informado donde se le indica la posibilidad de lesiones sobre las piezas dentarias".*

**SEXTO.-** En fecha 29/10/09 se comunica al reclamante, en relación con los medios de prueba propuestos en su escrito de alegaciones, lo siguiente:

- Que la práctica de la prueba pericial solicitada es a su costa, conforme a lo previsto en el artículo 81.3 de la Ley 30/92, concediéndole un plazo de 30 días para su práctica.

- Que, en relación a la solicitud de que presten declaración doctores, cirujanos y anestesistas que intervinieron en la operación, se estima innecesaria, toda vez que en el expediente administrativo obran informes del Jefe de Servicio de Anestesia-Reanimación y del Jefe de Servicio de Otorrinolaringología acerca de los hechos que motivan la reclamación.

**SÉPTIMO.-** Otorgado trámite de audiencia a las partes interesadas, no consta la presentación de alegaciones.

**OCTAVO.-** El 22 de marzo de 2010 se formula propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación; en síntesis, por considerar que el daño por el que se reclama indemnización es un riesgo típico e inherente a la intervención quirúrgica realizada, que le fue debidamente informado y asumido por el paciente al suscribir los oportunos documentos de consentimiento informado, sin que se haya probado una defectuosa realización de las técnicas médicas aplicadas.

**NOVENO.-** En la fecha y por el órgano indicado en el encabezamiento del presente se solicitó el preceptivo Dictamen de este Consejo Jurídico, acompañando el expediente y su extracto e índice reglamentarios.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

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

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

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

I. Por lo que se refiere a la legitimación activa, corresponde al reclamante, por ser quien sufre los daños por los que reclama indemnización. La Administración regional está legitimada pasivamente 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 a la temporaneidad de la acción de reclamación, a ejercer en el 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), no puede oponerse objeción al respecto, vistas las fechas de los hechos y la de presentación de la reclamación objeto de Dictamen (vid. Antecedente Primero).

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:

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

- 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.

- Ausencia de fuerza mayor.

- 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 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”*.

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).

**CUARTA.- Relación de causalidad adecuada entre los daños por los que se reclama indemnización y el funcionamiento de los servicios sanitarios regionales. Falta de acreditación.**

Acreditada la realidad del daño por el que se reclama indemnización (la pérdida de una pieza dental) y que el mismo se produjo con ocasión de la intervención quirúrgica practicada al reclamante el 4 de diciembre de 2008, la única cuestión a determinar es si el mismo ha de ser imputado a la actuación de los servicios sanitarios públicos, a cuyo efecto se requiere la acreditación de su mala praxis, conforme con lo expresado en la Consideración precedente, o si, por el contrario, es un daño que el interesado tiene el deber jurídico de soportar, en cuanto constituye la materialización de un riesgo inherente a las limitaciones de la ciencia y técnicas sanitarias que le hubiera sido previamente informado para la correcta instrucción de su decisión de someterse o no la intervención de referencia.

En este sentido, resulta claro que el paciente fue informado adecuadamente tanto de los riesgos típicos de la aplicación de la anestesia como de los riesgos de la intervención quirúrgica a la que fue sometido, a pesar de lo cual aceptó la realización de la intervención y, por ende, asumió el riesgo que conllevaba. Ciertamente, ello no eludiría la responsabilidad patrimonial si la aplicación de las técnicas médicas en cuestión se hubieran realizado sin las precauciones que demanda la praxis médica en estas ocasiones, pero ello no se ha probado ni indiciariamente. El que en uno de los documentos de consentimiento se haga específica referencia al riesgo en los bordes de los dientes superiores de la boca no enerva el hecho de que en el otro documento de consentimiento se haga referencia a la pérdida de los dientes, en general (vid. Antecedente Primero), por lo que, aún aceptando que la pérdida del diente en cuestión fuera de la parte baja de la boca, como alega el reclamante (pero que no prueba, habiendo bastado a tal efecto un informe de facultativo privado o de la clínica dental), ha de concluirse que estaba lo suficientemente informado de que el riesgo podía afectar a cualquiera de los dientes, que es lo decisivo para no poder aceptar que existiera un defecto en las obligaciones relativas al consentimiento informado determinante de responsabilidad patrimonial administrativa.

En consecuencia con lo anterior, se trató de un riesgo típico de la intervención, y el interesado tenía el deber jurídico de soportar el posterior daño materializado, sin que, además, exista la adecuada relación de causalidad entre el funcionamiento de los servicios sanitarios regionales y los daños por los que se reclama indemnización que es necesaria a los efectos resarcitorios pretendidos, por lo que no concurren los requisitos esenciales para determinar la responsabilidad patrimonial de la Administración regional.

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

### **CONCLUSIONES**

**PRIMERA.-** No se ha acreditado la relación de causalidad entre el funcionamiento de los servicios sanitarios regionales y los daños por los que se reclama que es jurídicamente necesaria y adecuada para determinar la responsabilidad patrimonial pretendida, correspondiendo al reclamante el deber jurídico de soportar tales daños, por las razones expresadas en las Consideraciones Tercera y Cuarta del presente Dictamen.

**SEGUNDA.-** En consecuencia, la propuesta de resolución dictaminada, en cuanto es desestimatoria de la reclamación de referencia, se informa favorablemente.

No obstante, V.E. resolverá.