

Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (*)

IV.- BIENES PÚBLICOS

Aguas privadas y públicas. Régimen de uso. Facultades de la Administración.

El objeto del presente recurso contencioso administrativo es la resolución de 18-2-99 de la Confederación Hidrográfica del Guadalquivir por la que se acordó declarar la extinción del derecho de alumbramiento de aguas subterráneas otorgado en virtud de autorización de 19-1-79 dentro de la zona 6ª establecida por Decreto 735/71, de 3 de abril, en el término municipal de Las Gabias (Granada), que constituye el objeto del recurso nº 780/99; y la resolución de 29-3-99 de la Confederación Hidrográfica del Guadalquivir por la que se acordó denegar la inscripción en el Catálogo de aprovechamientos de aguas privadas de la Cuenca del derecho de alumbramiento de aguas subterráneas citado anteriormente, lo que configura el objeto del recurso nº 1019/99.

La parte demandada, en su escrito de demanda, solicita la estimación del recurso, con nulidad del acto administrativo recurrido, justificándolo en las siguientes argumentaciones:

1.- No cabe denegar la inscripción del aprovechamiento de las aguas en el respectivo Catálogo porque la adscripción del agua al consumo humano es de uso preferente, y precisamente a este uso se han destinado las aguas durante todos estos años y desde que adquirieron las fincas con anterioridad a la vigencia de la Ley de Aguas de 1985. Por ello, entienden que procede anular la resolución administrativa que denegaba tal inscripción y suplican que se acuerde la inscripción denegada.

2.- Los recurrentes son usuarios del abastecimiento de aguas y así están legitimados plenamente, ya que la resolución que acuerda la extinción del derecho de alumbramiento de las aguas subterráneas afecta al uso que de tales aguas se efectúa, relativo al consumo domiciliario de las mismas. Además si se modifican las circunstancias que motivaron la concesión, la eficacia del acto deberá adecuarse a las nuevas circunstancias. Así, interesan se deje sin efecto la resolución administrativa que acuerda tal extinción del derecho de alumbramiento de las aguas subterráneas.

La Administración demandada instó la desestimación de los recursos presentados, fundamentado en primer lugar en la concurrencia de causa de

(*) Subsección preparada por JOSÉ LUIS RIVERO YSERN.

inadmisibilidad del recurso por falta de legitimación activa, en aplicación del art. 69 b) LJCA de 13 de julio de 1998; y en segundo lugar, en que las resoluciones recurridas son ajustadas a derecho.

Con carácter previo al análisis de cualquier cuestión, formal o de fondo, en las presentes actuaciones, es necesario hacer referencia a determinados elementos fácticos que derivan de los autos y del expediente administrativo:

– D. Francisco Lachica Garrido y D. Manuel Marcial García López, titulares de determinadas fincas en el término municipal de Las Gabias (Granada), obtuvieron la autorización de un derecho de alumbramiento de aguas subterráneas (pozos ubicados en terrenos de su propiedad) para 93 litros/segundo como caudal máximo, mediante resolución de 19-1-1979.

– La referida autorización se otorgó para que el destino de las aguas fuera el de riego de 100 Has de su propiedad, y así se fijó en la Condición 1ª de dicho otorgamiento. En la Condición 10ª se establecía que la autorización caducaría por incumplimiento de las condiciones fijadas y en los casos previstos en las disposiciones vigentes. Así obra a los folios 1 a 3 del expediente administrativo.

– El 22-11-1988 se solicitó por D. Francisco Lachica Garrido y D. Manuel Marcial García López de la Confederación Hidrográfica del Guadalquivir que se procediera a la inscripción del derecho de alumbramiento de aguas subterráneas referido, cifrando que el destino de las mismas era el de abastecimiento de viviendas y regadío, así consta al folio 4 del expediente administrativo. Nada se resolvió al respecto. Esta solicitud se reiteró por la Asociación de vecinos de la Urbanización Cortijo de San Javier mediante escrito de fecha 14-12-1993, como deriva de los folios 48 a 51 del expediente administrativo, en que se fijaba el aprovechamiento de aguas privadas en 50 años para uso doméstico y de regadío. Lo que dio lugar a la incoación del correspondiente expediente, con los trámites de información pública, paralización de la tramitación por la existencia de litigios pendientes en la materia, y el dictado final de la resolución de 23-9-99 que denegó tal inscripción.

– La finca titularidad de D. Francisco Lachica Garrido y D. Manuel Marcial García López fue parcelada y enajenada a terceros, constituyéndose una urbanización; concertándose contratos civiles de suministro de agua en los que los transmitentes asumían el deber de suministrar agua mediante precio, sin estipulación alguna sobre el derecho al alumbramiento de aguas. Con fecha de 18-3-93 procedieron a vender a la entidad Aguas de San Javier, S.L. las parcelas donde se ubicaban los pozos, así como los depósitos, centros de elevación y distribución de las aguas; entidad que desarrolló la actividad de suministro domiciliario de agua potable a la Urbanización Cortijo de San Javier.

– Incoado expediente sobre caducidad de la autorización para alumbramiento de aguas subterráneas otorgada en 1979, se cumplimenta el trámite de información pública, y se presentan alegaciones por la Asociación de vecinos del Cortijo San de Javier en que se alude a la competencia del ente lo-

cal en materia de prestación del servicio público de abastecimiento domiciliario de agua potable, que opera como un servicio mínimo conforme el art. 26.1 LRBRL, previa autorización de la Comunidad Autónoma competente; calificándose las aguas en cuestión de demaniales de titularidad pública, cuyo uso corresponde regular al Ayuntamiento. Finalmente se dictó resolución de 18-2-99 que acordó la extinción del derecho de alumbramiento de aguas subterráneas por incumplimiento de las condiciones fijadas en el documento de su autorización, al dárseles un destino distinto al fijado en la misma.

Con carácter previo ha de analizarse la alegada causa de inadmisibilidad planteada por el Abogado del Estado, relativa a la falta de legitimación activa de conformidad al art. 69 b) LJCA de 13 de julio de 1998. Si bien es cierto que la anulación del acto administrativo recurrido en el recurso nº 780/99 relativo a la declaración de extinción del derecho de alumbramiento de las aguas subterráneas, sería intrascendente para el interés de los recurrentes porque conllevaría como máximo la subsistencia en el patrimonio de terceros del derecho extinguido (aprovechamiento de esas aguas con destino a regadío) y no el reconocimiento de un derecho a favor de los recurrentes (el pretendido aprovechamiento de las aguas para el consumo domiciliario); sus alegaciones se dirigen a fundamentar su interés en que el uso de las aguas se destina efectivamente al uso de abastecimiento domiciliario, el cual legalmente se declara preferente, circunstancia suficiente para atribuirles legitimidad en este recurso.

De una forma más clara sí que media un interés directo de los recurrentes en relación al objeto del recurso nº 1919/99, relativo a la denegación de inscripción del aprovechamiento de aguas en el catálogo de aguas privadas de la Cuenca, ya que fue precisamente la Asociación de vecinos del Cortijo de San Javier la que instó tal inscripción, y lo que se solicitó de la Confederación Hidrográfica del Guadalquivir no fue la mera inscripción del aprovechamiento hidráulico sino también la reseña a su uso, cifrado no sólo en el destino al riego (como derivaba de la autorización concedida en 1979) sino en el uso doméstico de abastecimiento a viviendas (uso al que parece ser se destinaban las aguas desde la constitución de la propia urbanización, y respecto al que ya en 1988 los titulares de los pozos pretendieron dar cobertura legal mediante la solicitud de inscripción de tal uso en el correspondiente catálogo).

Por ello, ha de entenderse que los recurrentes sí tienen interés legítimo en estas actuaciones, rechazando la causa de inadmisibilidad planteada por la Administración demandada.

La naturaleza jurídica de las aguas subterráneas en cuestión no puede ser calificada de demanial, ni su titularidad de carácter público, como pretende la Asociación de Vecinos del Cortijo de San Javier (en relación a las alegaciones efectuadas en vía administrativa en la tramitación del expediente para inscripción), ya que las aguas mantienen su carácter de privadas como delimita el informe emitido por el Jefe de la Comisaría de Aguas de la Con-

federación Hidrográfica del Guadalquivir, que obra a los folios 29 y siguientes del expediente administrativo, al derivar de una situación anterior a la entrada en vigor de la Ley 29/85, de 2 de agosto, de Aguas. Efectivamente, los derechos sobre las aguas privadas legítimamente adquiridos antes de la entrada en vigor de la Ley de Aguas se conservan por sus titulares en las mismas condiciones y término en que se ostentaban antes de su entrada en vigor (1-1-86), aunque bajo el régimen jurídico previsto en la Disposición Transitoria 3ª, punto 1, de la misma Ley, que precisa que los titulares de algún derecho sobre aguas privadas procedentes de pozos o galerías en explotación mantendrán un aprovechamiento de carácter temporal de las mismas por un plazo de cincuenta años, a cuyo término tendrán un derecho preferente para la obtención de la correspondiente concesión administrativa, en aplicación de la Ley de Aguas.

La inscripción en el correspondiente Registro de Aguas se instó por los originarios titulares de las aguas, D. Francisco Lachica Garrido y D. Manuel Marcial García López, en 1988; sin que la Administración Hidráulica lo resolviese definitivamente, a pesar de existir propuesta desfavorable a la petición formulada. Cuando se presenta nueva solicitud de inscripción del derecho de alumbramiento en 1993, las fincas donde se ubicaban los pozos de donde emanaban las aguas ya habían sido transmitidas a la entidad Aguas de San Javier, S. L.; y tal solicitud de inscripción se deniega tanto por el motivo de que los promotores de tal inscripción no eran los titulares del derecho de alumbramiento (la solicitante Asociación de vecinos del Cortijo de San Javier claramente no ostenta titularidad alguna sobre las aguas, aunque se beneficie de su uso; y D. Francisco Lachica Garrido y D. Manuel Marcial García López, que eran los titulares al tiempo de la primera solicitud -en 1988- ya no lo son al tiempo de la segunda -en 1993-), como por el relativo a que se pretende vía inscripción de un derecho el cambio de destino del mismo (la autorización otorgada en 1979 para alumbrar las aguas subterráneas se condicionó a que el destino fuera el de regadío, y éste derecho era el único susceptible de inscripción, y no el que se pretendió tanto en 1988 como en 1993 que suponía la modificación de tal condición porque se cifraba como destino de las referidas aguas el de consumo domiciliario y regadío).

La resolución dictada con fecha de 29-3-1999 fue, por tanto, ajustada a derecho, ya que, además de lo señalado en la misma, ha de considerarse que no podía pretenderse una inscripción de un aprovechamiento inexistente: no tanto porque se dicta con posterioridad a la otra resolución administrativa recurrida que extinguía el derecho de alumbramiento concedido en 1979; como porque nunca existió una autorización para uso doméstico de las aguas subterráneas en cuestión, ya que la autorización se concedió para destinarlas al riego, sin que se hubiera instado de la Confederación Hidrográfica autorización para cambiar o ampliar tal destino a otro distinto, como el de uso doméstico. Esta consideración nada obsta a que efectivamente, ex art. 58 Ley de Aguas, el consumo humano es preferente respecto de

todos los demás, pero incluso este uso debe ser autorizado por la Administración competente, dado que el caudal total utilizado excede del límite de 7.000 metros cúbicos anuales (concretamente supera los 900.000 m³ anuales, como deriva del folio 150 del expediente administrativo).

Tampoco puede pretenderse que la falta de resolución en plazo por parte de la Confederación hidrográfica significara una estimación presunta de la petición formulada por los recurrentes, dado que en 1988 operaban los arts. 94 y 95 de la Ley del Procedimiento Administrativo de 17-7-1958 (que determinaban con carácter general el sentido negativo del silencio administrativo, siendo sólo positivo si así lo establecía una disposición expresa o si se trataba de autorizaciones o aprobaciones que debieran acordarse en el ejercicio de funciones de fiscalización y tutela de los órganos superiores sobre los inferiores), y en relación a la petición de 1993, el silencio sería negativo por dicción del art. 43. 2 Ley 30/92 (que excluye del silencio positivo cuando una norma con rango de Ley lo establezca –lo que se deriva de las D.T. 2º y 3º de la propia Ley de Aguas– y cuando, entre otros casos, que por la estimación se transfirieran al solicitante o terceros facultades relativas al dominio público o al servicio público).

En lo relativo a la resolución dictada con fecha de 18-2-1999, referente a la extinción del derecho de alumbramiento otorgado en 1979, ha de determinarse que es el resultado de una facultad propia de la Confederación Hidrográfica en relación a la autorizaciones por ella concedidas; ya que, habiéndose otorgado tal derecho para que las aguas se destinasen a riego (uso fijado en la condición 1ª del otorgamiento del derecho), y sin que se instase cambio de uso (ya que no puede entenderse que esto se pretende con la solicitud de inscripción del aprovechamiento, dado que la inscripción es mero acto declarativo respecto de un derecho previo, al que da constancia registral), no puede más que entenderse un incumplimiento de tal condición el destino del agua al consumo domiciliario (como efectivamente se produce, cuestión fáctica no discutida por ninguna de las partes del proceso); incumplimiento que conlleva la caducidad del derecho otorgado, por previsión de la condición 10ª de la propia autorización.

(St. de 15 de enero de 2007. Sala de Granada. Se transcribe completa. Ponente Martín Morales)

XI. DERECHOS FUNDAMENTALES Y LIBERTADES

Se vulnera el derecho fundamental a la educación por vicio de procedimiento en la revisión de una calificación que impide el acceso a la selectividad.

El presente recurso de apelación tiene por objeto el auto de fecha 25-8-05, dictado por el Juzgado de lo contencioso administrativo nº 2 de la localidad

de Jaén, por el que se acordó tener por desistida a la Administración Pública del recurso de súplica planteado y continuar el procedimiento como de derechos fundamentales.

La parte apelante fundamenta su recurso en líneas generales en los siguientes argumentos:

1º.- La sola invocación pro forma de un derecho constitucional no es suficiente para la admisión del procedimiento especial.

Respecto de la alegada vulneración del art. 24 CE ya se ha manifestado jurisprudencialmente que este precepto sólo es predicable de la actuación judicial y no de la actuación administrativa.

Respecto a la alegada infracción del art. 27 CE, no puede admitirse porque se trata de una cuestión de legalidad ordinaria: no es que no haya sido evaluado con objetividad, sino de que no haya superado determinadas pruebas académicas.

2º.- Se determina por el auto recurrido que la modificación de la calificación que le impidió acudir a las pruebas de selectividad o acceso a la Universidad se llevó a cabo sin haber sido oído; lo que constituye una valoración sobre el fondo que no es propia de una resolución como la ahora impugnada.

3º.- El auto afirma tajantemente que se entienden vulnerados los arts. 24 y 27 CE, incidiendo en lo que constituye el objeto de fondo del recurso.

Frente a ello la representación jurídica de la parte apelada se opone, esgrimiendo en líneas generales, que la resolución judicial es ajustada a derecho. Se plantea por la Administración si el recurso para la protección de los derechos fundamentales debe ser admitido o no, en relación a la circunstancia primordial del carácter limitado de las pretensiones que pueden hacerse valer a través de tal procedimiento especial, proceso excepcional, sumario y urgente, cuyo objeto no puede extenderse a otro tema que no sea la comprobación de si un acto del poder público afecta o no a los derechos fundamentales de la persona, de manera que los restantes aspectos de la actividad pública, ajena a su repercusión en el ejercicio de una libertad pública, en relación con los demás intereses legítimos de cualquier recurrente, deben quedar reservados al proceso ordinario.

Tal limitación da lugar a que el proceso especial de que se trata sea inadecuado para tramitar "...pretensiones que no tengan relación con los derechos fundamentales que se recogen en el art. 53.2 de la Constitución Española, lo que determina que no pueda admitirse, en efecto, la existencia de una facultad del ciudadano para disponer del proceso especial sin más que la mera invocación de un derecho fundamental" (S.T.C. 37/1982, de 16 de junio); habiendo venido a explicar la doctrina, en la misma línea, que es indispensable que en el escrito de interposición del recurso contencioso-administrativo se contenga una exposición justificativa prima facie de esta vía especial, en la que se exponga el núcleo de la causa petendi, ya que "no pertenece a la esfera jurídica de la parte accionante elegir un proceso, que, por imperativo legal, está reservado para tutelar exclusivamente derechos fun-

damentales y libertades públicas y que si ha de responder a las notas de sumaria y preferencia que lo informan, su regulación debe preservarse para lo que constituye su objeto específico". (Auto del Tribunal Supremo de 29 de Abril de 1.991).

La tramitación de este amparo judicial de los derechos fundamentales se regulaba en los arts. 6 y ss de la Ley 62/78, de 26 de diciembre. Estos preceptos han sido derogados por la LJCA de 13 de julio de 1998, que integra en ella como un procedimiento especial el contenido -modificado- de la anterior Ley 62/78. Los arts. 114 y ss de la actual LJCA de 1998, contienen una regulación en materia del procedimiento para la protección de los derechos fundamentales menos rigorista, ya que su Exposición de Motivos pretende superar la rígida distinción entre legalidad ordinaria y derechos fundamentales, por entender que la protección del derecho fundamental o libertad pública no será factible en muchos casos, si no se tiene en cuenta el desarrollo legal de los mismos. No obstante, se exige que las pretensiones que se hagan valer, tengan como finalidad la de restablecer o preservar los derechos o libertades, por razón de los cuales el recurso hubiere sido formulado (art. 114.2 LJCA), y que en el escrito de interposición se exprese con precisión y claridad el derecho o derechos cuya tutela se pretende y, de manera concisa, los argumentos sustanciales que den fundamento al recurso.

La Administración demandada plantea que a través del recurso especial para la protección de derechos fundamentales, el recurrente suscita una cuestión de mera legalidad ordinaria, que no puede ser resuelta en tal procedimiento. Esta cuestión ya ha sido solventada por la Sala en auto dictado en el seno del presente recurso, rechazando tal inadmisibilidad por inadecuación del proceso.

Además, debe considerarse que se alega como vulnerado el derecho fundamental recogido en el art. 23.2 CE que establece el derecho de acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes. Y en relación a tal derecho fundamental dice la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de marzo de 2001 en su fundamento cuarto que, el derecho recogido en el artículo 23.2 de la Constitución es un derecho de configuración legal, que, en todo caso, requiere no sólo el derecho a acceso en condiciones de igualdad a los cargos públicos, sino también el derecho de permanencia, siempre que se cumplan los requisitos previstos por las leyes dentro del respeto a los principios contenidos en el artículo 103.1 de la Constitución. Y de igual forma, reconoce el Tribunal Constitucional en SSTC núm. 5/1983, 52/1983, 28/1984, 104/1995 y 231/1998, que ello implica el derecho a no ser removido si no es por causas y de acuerdo con los procedimientos legalmente establecidos, lo que actúa no sólo en el momento del acceso, sino también durante la vigencia de la relación.

La presente litis versa sobre la resolución presunta de la Delegación Provincial en Jaén de la Consejería de Educación de la Junta de Andalucía por la que se desestimó el recurso formulado contra anterior resolución de 6-6-05 dictada por el Instituto de Enseñanza Secundaria Auringis por la que se procedió a modificar el acta de evaluación en relación a la calificación dada al

recurrente en la asignatura de inglés, de la puntuación de 5 se paso a 3; con lo que, se impidió al recurrente concurrir al examen de selectividad.

Se plantea por la parte recurrente que dicha actuación administrativa ha entrañado la vulneración de los derechos fundamentales cifrados en los arts. 24 y 27 CE. El derecho a la tutela judicial efectiva se entiende vulnerado porque se ha utilizado un procedimiento de revisión irregular, dando intervención al mismo a una persona que no puede considerarse interesado (la revisión de la calificación se inicia por una denuncia presentada por el padre de otro alumno, que estaba suspenso), y sin cumplimentar el derecho de audiencia, que provoca indefensión. Y el derecho a la educación, en relación al acceso a la Universidad, se entiende vulnerado porque al suspenderle una asignatura, no pudo obtener el título de bachiller y no pudo realizar la selectividad para acceder a la enseñanza superior.

Se esgrime por el Letrado de la Junta de Andalucía que no pueden entenderse vulnerados preceptos constitucionales en el presente caso porque el no ser valorado con objetividad no tienen contenido constitucional y el no haberle permitido acceder a las pruebas de selectividad injustificadamente tampoco afecta a un derecho fundamental al no probar que el suspenso en la asignatura o la decisión de no tener por superado el curso es injustificada. El Juzgador de instancia ha entendido que la modificación de la nota sin haberle oído, lo que le impidió acceder al examen de selectividad es en principio suficiente para entender vulnerados los arts. 24 y 27 CE, por lo que acuerda proseguir el procedimiento por dicho cauce. Con esta consideración no es que se predetermine el fallo en el asunto principal, sino que se determina que “prima facie” pueden entenderse afectados, por la resolución recurrida, los derechos fundamentales aludidos. Pero corresponde a la resolución que resuelva definitivamente este procedimiento, con la práctica de la prueba que se entienda oportuna, determinar si efectivamente se ha producido tal vulneración. Si bien la forma en que se revise una determinada calificación académica constituye por sí una cuestión de mera legalidad ordinaria; si tal modificación conlleva consecuencias específicas como la no obtención de determinada titulación o la denegación del acceso a la selectividad como vía para entrar en la Universidad, puede que derechos fundamentales, como el de la educación, sí quedan afectados. Por ello, ha de entenderse acertado el criterio del Juzgador de instancia de proseguir el trámite especial para la protección de los derechos fundamentales, y dilucidar a lo largo de este proceso si efectivamente se han vulnerado o no los mismos.

Por lo expuesto procede desestimar el recurso de apelación y, en consecuencia, confirmar la resolución judicial impugnada, con expresa imposición a la parte apelante de las costas causadas en esta instancia, de conformidad con lo que dispone el artículo 139.2 de la Ley de la Jurisdicción de 13 de julio de 1998.

(St. de 15 de enero de 2007. Sala de Granada. Se transcribe completa. Ponente Martín Morales)

XI. DERECHOS FUNDAMENTALES Y LIBERTADES

Extranjeros legitimación y postulación procesal. Es preciso letrado y procurador en el proceso contencioso y no es suficiente la designación para asistencia gratuita en las dependencias policiales.

El presente recurso de apelación tiene por objeto la sentencia de fecha 4-5-06, dictada por el Juzgado de lo contencioso administrativo nº 3 de la localidad de Granada, por la que se acordó inadmitir, ex art. 69 b) LJCA de 13 de julio de 1998, el recurso contencioso administrativo interpuesto frente a resolución de 1-7-05 que desestimó el recurso de alzada formulado frente a anterior resolución que acordó la devolución del recurrente a su país de origen en aplicación del art. 58.2 apartado b) LO 4/00.

La parte apelante fundamenta su recurso en líneas generales en los siguientes argumentos:

1º.- El recurso contencioso administrativo debe admitirse porque la representación se acreditó por el documento de designación del Colegio de Abogados de Granada.

2º.- La designación se efectúa con la asistencia al detenido en la correspondiente comisaría, sin necesidad de nueva designación para los posteriores recursos que sean pertinentes en el mismo procedimiento.

3º.- Se causaría una palmaria indefensión si se le priva al extranjero de recurrir en vía jurisdiccional la resolución dictada en un procedimiento sancionador por la falta de notificación de la misma.

4º.- No se exige ratificación del interesado en la designación de oficio del abogado y procurador, porque se designa por imperativo legal al encajarse en el beneficio de justicia gratuita.

Frente a ello la representación jurídica de la parte apelada se opone, esgrimiendo en líneas generales, que la resolución judicial es ajustada a derecho. Pretende la parte recurrente entender cumplimentado el requisito de representación jurídica con la designación efectuada por el Colegio de Abogados para la asistencia del extranjero en las dependencias policiales ex art. 6 de la Ley 1/96, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita; sin embargo esta designación se efectúa para estas actuaciones, debiendo, en todo caso, cumplimentarse las concretas exigencias del art. 23 de la LJCA de 13 de julio de 1998 en materia de representación jurídica y postulación. Efectivamente este precepto establece que en las actuaciones ante órganos jurisdiccionales unipersonales, las partes podrán conferir su representación a un procurador y serán asistidas, en todo caso, de Abogado, estableciendo que cuando las partes confieran su representación al abogado, será a éste a quien se le notifiquen las actuaciones.

El beneficio de asistencia jurídica gratuita se ha materializado en la atención en las dependencias policiales, desde las que se estaba gestionando la devolución del extranjero. Efectuada la devolución, no se constata la previa atri-

bución por parte de éste último al abogado para que continúe con su representación en las diligencias jurisdiccionales. Tal otorgamiento de mandato de representación debe efectuarse ya bien mediante poder notarial, ya bien mediante apoderamiento apud acta ante el Secretario Judicial correspondiente; y de ninguna de estas dos formas se acredita se haya producido en el caso de autos.

Por lo expuesto procede desestimar el recurso de apelación y, en consecuencia, confirmar la resolución judicial impugnada, con expresa imposición a la parte apelante de las costas causadas en esta instancia, de conformidad con lo que dispone el artículo 139.2 de la Ley de la Jurisdicción de 13 de julio de 1998.

(St. de 15 de enero de 2007. Sala de Granada. Se transcribe completa. Ponente Martín Morales)

XII. EXPROPIACIÓN FORZOSA

Imprudencia del método residual y necesidad de comparación para valorar el aumento de valor por expectativas urbanísticas. Valor de los Planes Subregionales para el Ayuntamiento en este tema.

A diferencia de lo ocurrido en el recurso 1952/2003- donde insistió en valorar el suelo como urbanizable, aplicando el método residual tal como establece el artículo 27 de la Ley 6/1998- , en el presente la parte actora se limita a pedir que se justiprecien las expectativas urbanísticas generadas desde la aprobación del PGOU de Puerto Real, citando en apoyo de sus tesis diversas sentencias del Tribunal Supremo.

Tal pretensión merece idéntica respuesta a la ya dada por la sentencia que resolvió los recursos 1952/2003 y 1955/2003, íntimamente vinculado a éste: *Señala la actora que, en todo caso, la clasificación supone unas expectativas urbanísticas que deben ser valoradas. Sobre ello tendremos que señalar que eso será así en la medida en que quepa incluir el concepto entre los criterios de identidad mencionado en el artículo 26 de la Ley 6/1998, pero lo que en modo alguno cabe es suponer ese mayor valor por el simple hecho de la clasificación, ya que ello iría en contra de lo dispuesto por el artículo 27.2 de la Ley, que excluye en la valoración cualquier consideración de una posible utilización urbanística.*

Pues bien, aplicando incluso la doctrina del TS en torno a la legislación anterior y posible consideración de esas expectativas, tales expectativas han de ser concretas y reales y puestas de manifiesto en un mercado de fincas análogas. Y eso es lo que ha de ser probado por parte de quien reclama mayor precio: la existencia de ventas de otras fincas del sector y con la misma clasificación que hubiesen incorporado algún valor en razón de esa clasificación como urbanizable no programado.

A la luz de esto examinemos la única prueba intentada por la parte. Ya hemos adelantado que la utilización del método residual carece de apoyo alguno en la Ley, por lo que habrá que examinar si se mencionan ventas de fincas análogas que pongan de manifiesto un mayor precio. Y, de acuerdo con el criterio erróneo seguido en la valoración se mencionan naves, que, como suelo urbano, no pueden ser tomadas como término de comparación. En cuanto a las fincas rústicas, se mencionan cinco ventas de fincas en parajes distintos, sin que se nos diga nada de las razones de identidad a que se refiere el artículo 26.1 de la Ley 6/1998, y con precios unitarios que van desde los 14 a los 3,6 euros/m², lo que tampoco nos permite formar convicción alguna acerca de un mercado de fincas análogas que incorporen como valor esas expectativas. La más concreta referencia que se hace lo es al justiprecio fijado de mutuo acuerdo de otra finca expropiada para el mismo proyecto; pero tampoco aquí podemos establecer esas razones de identidad. Y es que el mutuo acuerdo, en primer lugar, marca una diferencia, ya que, en el mutuo acuerdo, intervienen factores transaccionales y de composición que no están presente en la fijación contradictoria. Pero es que, además, no se trata de fincas contiguas, ni están en el mismo paraje, aparte de que se valoran otros elementos como perjuicios por rápida ocupación, alambrada y árboles, concretamente cuatro pinos de gran corpulencia y 8 cedros. Y, desde luego, no cabe desdibujar toda diferencia con la mera afirmación de que unos pocos árboles no puede justificar tal diferencia de precio, sobre todo si se tiene en cuenta los precios que alcanza hoy la madera.

Por lo demás no es prueba de un mayor valor el hecho de que el suelo, dos años y medio después, se haya incluido en el Plan de Ordenación Territorial de la Bahía de Cádiz como zona de interés autonómico para suelo de uso industrial, ya que tales planes, en los términos de la Ley 1/94, suponen unas previsiones estratégicas y de protección, que para nada afectan a la clasificación del suelo y a las competencias municipales en materia de programación o sectorización. En definitiva, conforme a la Leyes Andaluzas 111994y 7/2003, la aprobación posterior de un Plan de Ordenación del Territorio de ámbito subregional lo que comporta es lo señalado en el artículo 35 de la Ley 7/2003 y la posibilidad de establecer reservas de terrenos, en cualquier clase de suelo, para ampliación de los patrimonios públicos de suelo; pero, insistimos, en modo alguno impone plazos de desarrollo al margen de la demanda efectiva y menoscabando competencias municipales. Además, esto es algo que se ha producido más de dos años y medios después de la fecha a que debe referirse la valoración, la de inicio del expediente de justiprecio.

Así, aunque es cierto que el precio no parece muy elevado, ello hubiese justificado que la actora hubiese intentado alguna prueba señalando como extremo aprobar la existencia de un mercado que efectivamente haya incorporado un valor distinto del correspondiente al uso propio del suelo no urbanizable. Frente a ello la actora, en el primer otrosí de la demanda, no señala punto alguno sobre el que deba versar la prueba y se limita a remitirse al expediente y a la documental acompañada, lo que hizo que en su día el pleito no fuese recibido a prueba, sin que la actora hiciese objeción alguna al respecto.

En consecuencia, no probado por la actora, que es la que reclama mayor precio, la existencia de un mercado de suelos que haya determinado un valor distinto, incorporan-

do valores distintos de los propios del suelo no urbanizable, habrá que estar a la presunción de acierto que por su perita y equilibrada composición se viene reconociendo a las decisiones de los Jurados Provinciales de Expropiación. Sólo queremos añadir que , en todo caso, debe tenerse en cuenta que las sentencias citadas parten de un supuesto - que los efectos de la transformación de determinado suelo en ciudad irradian a zonas inmediatamente adyacentes - que no corresponde con la realidad de los hechos enjuiciados, donde se trata de expropiar parte de una finca para la construcción de un tramo de vía férrea - línea Sevilla - Cádiz , tramo aeropuerto Jerez, duplicación de vía, subtramo Puerto Real- , que en si misma, y a falta de datos complementarios, por tratarse de una obra pública desligada de un entorno de generación inmediata de ciudad, no parece susceptible de generar en su proximidad un entorno inmediato que por identidad con el destino de los terrenos expropiados se beneficia del aumento de valor que experimentan estos.

(St. 19 de diciembre de 2006. Sala de Sevilla. Se transcribe completa. Ponente Vázquez García)

XX. RESPONSABILIDAD

Responsabilidad sanitaria. Matiza el carácter objetivo de la responsabilidad del SAS, en la necesidad de violar la “lex artis”.

El objeto del presente recurso contencioso administrativo es la desestimación presunta del Servicio Andaluz de Salud respecto a la reclamación efectuada por el recurrente en concepto de responsabilidad patrimonial.

La parte demandada, en su escrito de demanda, solicita la estimación del recurso, con nulidad del acto administrativo recurrido, justificándolo en las siguientes argumentaciones:

1.- Ante vellocidad de la menor, el facultativo prescribió Eulexin-flutamida durante cuatro meses. A raíz de su ingesta, se causó en la menor fallo hepático que conllevó a trasplante de hígado. Por las secuelas se reconoció el 65% de grado de minusvalía.

2.- El medicamento sólo estaba indicado para pacientes varones para tratar carcinoma prostático avanzado, y no para mujeres; existiendo otros fármacos no tan peligrosos.

3.- En todo caso, el suministro de tal fármaco exigía pruebas periódicas de función hepática, que no se acordaron.

4.- Se cuantifican los daños causados, susceptibles de indemnización: 3.019.927,- pesetas por los días de hospitalización (43), impositivos (53) y no impositivos (hasta la fecha de la demanda, al seguir en tratamiento y en observación), 43.108.740,- pesetas por las secuelas (trasplante hepático con 80 puntos, perjuicio estético con 20 puntos, y síndrome ansioso-depresivo

con 8 puntos), 10.983.309,- pesetas por daños morales complementarios, 10.983.309,- pesetas por lesión permanente total, y 16.474.963,- pesetas por perjuicios morales familiares.

La Administración demandada instó la desestimación del recurso presentado, fundamentado en que la resolución recurrida es ajustada a derecho.

La responsabilidad directa y objetiva de la Administración, iniciada en nuestro Ordenamiento positivo por los antiguos artículos 121 a 123 de la Ley de Expropiación Forzosa y 405 a 414 de la Ley de Régimen Local de 1.955, y consagrada en el artículo 40 de la vieja Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, ha culminado en el artículo 106.2 de la Constitución, al establecer que los particulares, en los términos establecidos en la Ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes o derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos. Además, la Ley 30/1.992, de 26 de Noviembre, dedica expresamente a dicha materia el Capítulo primero del Título X (artículos 139 a 144), recogiendo, en esencia, la copiosa jurisprudencia existente sobre la materia -entre la que cabe citar las sentencias de 15 y 18 de Diciembre de 1.986, 19 de Enero de 1.987, 15 de Julio de 1.988, 13 de Marzo de 1.989 y 4 de Enero de 1.991- y que ha estructurado una compacta doctrina que, sintéticamente expuesta, establece:

a) que la cobertura patrimonial de toda clase de daños que los administrados sufran a consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos, incluye a la total actividad administrativa, abarcando, por tanto, todo el tráfico ordinario de la Administración. De ahí que cuando se produzca un daño o lesión en un particular, sin que éste venga obligado a soportarlo en virtud de disposición legal o vínculo jurídico, hay que entender que se origina la obligación de resarcir por parte de la Administración, si se cumplen los requisitos exigibles para ello, ya que, al operar el daño o el perjuicio como meros hechos jurídicos, es totalmente irrelevante que la Administración haya obrado en el estricto ejercicio de una potestad administrativa o en forma de mera actividad material o en omisión de una obligación legal.

b) que los requisitos exigibles son:

1ª) la efectiva realidad de un daño material, individualizado y económicamente valuable.

2ª) que sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos en una relación directa, exclusiva e inmediata de causa a efecto, cualquiera que sea su origen (nexo causal).

3ª) que no se haya producido por fuerza mayor y no haya caducado el derecho a reclamar por el transcurso del tiempo que fija la Ley (causas de exclusión).

Son hechos fácticos que han de tenerse en cuenta para la resolución del presente recurso contencioso administrativo:

- La menor Mª del Carmen Díaz García, como nacida el 14-12-1983, estaba afectada por vellosidad en la cara, por lo que acudió al médico, tras diversos

análisis de sangre, acudió a consulta donde le atendió el Doctor Eduardo Fernando Morcillo Zea, que le prescribe Eulexin-flutamida durante cuatro meses.

– Antes de terminar el tratamiento, sufre una hepatitis aguda, por lo que es ingresada de urgencias en el Hospital de Torrecárdenas de Almería, donde se le diagnostica de fallo hepático subfulmiente por flutamida, que exigió la realización de trasplante de hígado.

– El medicamento en cuestión estaba indicado para pacientes varones para el tratamiento de carcinoma prostático avanzado, fijando el vademécum que debían practicarse pruebas periódicas de función hepática.

– El procedimiento contencioso administrativo estuvo suspendido mientras se tramitaron las DP 657/99 ante el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 3 de Almería, en las que se dictó sentencia de 19-1-05 condenatoria por delito de lesiones por imprudencia grave en la persona del médico que prescribió el medicamento en cuestión, sentencia que fue revocada por la A.P. de Almería, en sentencia de 12-9-05, que tuvo un pronunciamiento absolutorio.

La sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal nº 3 de Almería procedió a condenar al médico Dr. Eduardo Fernando Morcillo Zea como autor de un delito de lesiones causadas por imprudencia grave a la pena de un año y dos meses de prisión, accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y a indemnizar a Carmen Díaz García en concepto de responsabilidad civil en la cantidad de 206.729,- euros en concepto de lesiones y secuelas y a los padres de ésta en la cantidad de 30.000,- euros por perjuicios morales familiares.

El fundamento para la imposición de tal condena fue el contenido del informe del médico forense, que si bien establecía que el medicamento prescrito era un antiandrogénico que según diferentes publicaciones parecía tener efectividad en el hirsutismo en las mujeres, cuando éste fuera debido a un exceso de hormonas masculinas en tratamientos a largo plazo, y que por tanto su indicación no podría considerarse como una mala praxis médica siempre y cuando se basare en estudios y resultados adecuados y siempre que se tomaren las medidas pertinentes, considera que: “en este caso concreto, el Eulexin está indicado solo en varones y para el tratamiento del cáncer de próstata, lo que quiere decir, que dejando de tener otras aplicaciones como antiandrogénico que es seguramente el grupo de ensayo haya sido pacientes varones y de determinada edad, donde la enfermedad aparece, informando de las reacciones adversas, efectividad, efectos secundarios... y demás extremos comprobados sobre el grupo de ensayo, no pudiendo informar sobre otro grupo diferente, por ejemplo, en este caso, la indicación sobre el sexo femenino –un ejemplo de ello es que en el apartado de embarazo y lactancia de esta presentación indican Eulexin solo para pacientes varones, sin haberse efectuado estudios en mujeres embarazadas o en periodo de lactancia, no estando indicada su administración-“. El referido informe médico forense establece que en España se comercializa la flutamida bajo

cuatro prescripciones comerciales, siendo una de ellas el Eulexin, que es el que representa un plus de peligrosidad superior con respecto a otros medicamentos que contienen la misma composición de flutamida, como pueda ser el Oncosal, que indicado para terapia paliativa del cáncer de próstata (a diferencia del Eulexin que está indicado para carcinoma prostático avanzado), puede ser prescrito para cualquier tipo de pacientes, al no contener la indicación de sólo para pacientes varones (como si existe en relación el Eulexin).

El Juez de lo Penal esgrime que el Dr. Morcillo debió extremar la prudencia al recetar tal medicamento, debiendo haber comprobado que la paciente presentaba susceptibilidad a la flutamida, no siendo para ello suficiente la analítica general que se le había efectuado.

También razona en su sentencia que, dado que en el *Vademécum* se advierte para el Eulexin el “daño hepático”, el médico debía haber realizado pruebas de función hepática para comprobar que la paciente no presentaba ninguna lesión en el hígado, y una vez comprobado que estaba en buen estado, realizar pruebas hepáticas periódicas; considerando que se limitó a prescribir el medicamento tras la realización del análisis de sangre y a indicarle que volviera a los cuatro meses, no indicando la necesidad de realización de controles hepáticos periódicos, ni mencionando en que consistirían los mismos, ni el tiempo en que se le realizarían, máxime cuando el propio medicamento lo aconseja.

La referida sentencia fue anulada por sentencia de la AP de Almería de 12-9-05, en fundamento a la doctrina jurisprudencial dictada en materia de responsabilidad médica en el ámbito penal, que establece que lo que se incrimina no son errores de diagnóstico, ni aún la falta extraordinaria de pericia en el desarrollo de actividades quirúrgicas, sino que la culpa penal estriba en un comportamiento inadecuado a determinadas exigencias ordinarias, es decir, que cuando la imprudencia punible afecta a la profesión médica, ha de entenderse en su justa valoración al referirse a una ciencia inexacta en la que juegan factores imponderables e inaprensibles por concurrencia de indudables riesgos en su ejercicio que quedan fuera de la responsabilidad penal por ello, el TS, incluso en vía civil alude constantemente a lo aleatorio existente en la ciencia médica., así como del significado del simple factor reaccional del enfermo, y del mismo modo admite que “en materia de intervenciones médicas, las consecuencias que de éstas resulten pueden ser atribuibles a complicaciones imprevisibles y siempre posibles con mayor o menor riesgo según la clase de intervención”, no faltando alusiones a “reacciones o anomalías de origen humano en el paciente, no previsibles” (STS 7-2-90). Además la sentencia de apelación precisa que la jurisprudencia exige además de desenvolverse la conducta del médico fuera de la denominada *lex artis*, que exista una adecuada relación de causalidad entre este proceder descuidado o acto inicial infractor del deber objetivo de cuidado y el mal o resultado antijurídico sobrevenido. Esta sentencia en relación al caso concreto y atendidos los contradictorios informes médicos obrantes en las

actuaciones penales determina que la glutamina era adecuada científicamente para el tratamiento del hirsutismo en la mujer, habiendo sido experimentada con éxito en grupos de mujeres, lo que determina que el control sobre el tratamiento no deba ser superior al de otros fármacos con la misma composición o similar, si bien el riesgo hepático con resultado incluso de muerte se encuentra descrito en la información sobre efectos secundarios de la flutamida. Consecuentemente, la sentencia concluye que si bien en el vademécum se fijaba respecto del fármaco suministrado Eulexin-flutamida que estaba indicado para varones con padecimientos de carcinoma prostático avanzado y que exigía la práctica de controles hepáticos periódicos, esto no excluía que su componente químico fuera utilizado también en mujeres para el tratamiento de la vellosidad (hirsutismo) y que el plazo de cuatro meses para realizarse tales controles no fuera adecuado o suficiente; entendiéndose que prescribir tal medicamento no alteró la adecuada *lex artis* y el comportamiento del médico en cuestión no constituyó una actividad antijurídica, negligente o culposa. Y tampoco aprecia tal conducta culposa en el ámbito penal en el proceder del facultativo por no advertir a la paciente los posibles efectos secundarios del medicamento, ya que fue citada tras cuatro meses y los efectos secundarios se describen en la receta del medicamento, al que normalmente se acude ante cualquier reacción adversa.

Podría plantearse la necesidad de efectuar una diferenciación entre la imprudencia o culpa que pueda dar lugar a responsabilidad en el ámbito penal, y los requisitos que determinan la existencia de responsabilidad en el ámbito de la Administración Pública por el funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos.

La responsabilidad penal se fundamenta en la concurrencia de dolo o culpa en el imputado, mientras que este requisito subjetivo no concurre en el ámbito de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, que se califica de objetiva. Sin embargo en el ámbito de la Administración sanitaria esta objetivización de la responsabilidad se limita con la necesidad de coordinar la concurrencia de los dos requisitos para pueda dar lugar a tal responsabilidad: que se acredite una asistencia incorrecta (contraria a la *lex artis*, entendida como la utilización de una técnica correcta y basada en el criterio de normalidad en relación al estado del saber y de la ciencia en cada concreto, como han expresado, entre otras, las sentencias del TS de 22-12-2001 y 31-5-1999); y que el daño por el que se reclama sea antijurídico (en el sentido de que no exista por parte del perjudicado la obligación de soportar el daño causado).

De la sentencia firme dictada en el proceso penal por la A.P. de Almería se deriva la inexistencia de culpa o negligencia en el actuar del facultativo que prescribió el medicamento cuya ingesta produjo la insuficiencia hepática, por los motivos relacionados en párrafos anteriores, pero en el ámbito contencioso administrativo ha de estudiarse si el facultativo, con independencia de la existencia o no de negligencia, ha desarrollado su actividad dentro de los términos de la *lex artis*.

En esta materia es de destacar la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 10 de mayo de 2005, que recoge una importante consideración aplicable a supuestos de responsabilidad patrimonial de la Administración Sanitaria. Dice esta sentencia que “debemos añadir algo más porque, tal como está fundamentada la sentencia impugnada, podría entenderse que basta con que no se consiga la finalidad que se pretende alcanzar con un acto sanitario para que, sin más, haya que condenar a la Administración a indemnizar al reclamante. No es así, y esto lo dicta el mismo sentido común. Porque, como este Tribunal Supremo tiene dicho en jurisprudencia consolidada -y que, por lo reiterada, excusa la cita- el hecho de que la responsabilidad extracontractual de las Administraciones públicas esté configurada como una responsabilidad objetiva no quiere decir, ni dice, que baste con haber ingresado en un centro hospitalario público y ser sometido en el mismo al tratamiento terapéutico que el equipo médico correspondiente haya considerado pertinente, para que haya que indemnizar al paciente si resultare algún daño para él. Antes al contrario: para que haya obligación de indemnizar es preciso que haya una relación de nexos causal entre la actuación médica y el daño recibido, y que éste sea antijurídico, es decir: que se trate de un daño que el paciente no tenga el deber de soportar. Con esto estamos queriendo decir -y es idea que será explicitada luego- que no es jurídicamente correcto entender que por el hecho de que una persona sea acogida en un centro hospitalario para ser sometida a tratamiento (lo que se llama ingresar en el sistema) y ser sometida efectivamente al mismo, hay que dar ya por establecido que por el mero hecho de convertirse en sujeto pasivo del tratamiento (funcionamiento normal) hay que indemnizarle si con ocasión -y no necesariamente por causa- de ese tratamiento resultare daño físico o psíquico para esa persona... Porque por más perfecta que sea la asistencia médica que se haya prestado a un paciente, hay multitud de causas que pueden determinar que una intervención quirúrgica fracase, entre otras razones, porque se está actuando sobre un cuerpo vivo, cuya complejidad, y también fragilidad, es patente... El sentido común proclama, y la experiencia confirma, que pertenece a la naturaleza de las cosas la imposibilidad de garantizar el feliz resultado de una intervención quirúrgica (y, en general, de ningún acto médico). Y cuando decimos esto no estamos refiriéndonos al caso de que el servicio haya funcionado mal, lo que, obviamente, entra dentro de lo previsible. Es que también puede ocurrir -y ocurre- que habiéndose respetado escrupulosamente las reglas de la *lex artis*, habiéndose actuado con arreglo a los protocolos establecidos, habiendo funcionado perfectamente el instrumental y demás medios materiales, y siendo diligente, eficaz y eficiente la actuación del equipo médico actuante, puede fracasar -total o parcialmente- el acto sanitario realizado. La técnica quirúrgica, por más sofisticada que haya llegado a ser en nuestros días, tiene siempre un componente, mayor o menor, de agresión a esa maravillosa, pero delicadísima, arquitectura que es el viviente humano. Actuar quirúrgicamente sobre el cuerpo humano es operar sobre un organismo cuyos puntos débiles -incluso con

la tecnología de alto nivel de la que hoy se dispone- difícilmente pueden llegar a conocerse de antemano en su totalidad”.

Las sentencias del Tribunal Supremo de 14 de octubre de 2002 y de 4 de abril de 2006 se expresan en idéntico sentido.

Así, la exigencia de una responsabilidad patrimonial a la Administración en estos supuestos, de asistencia sanitaria, se nos aparece no como una obligación de resultado sino como una obligación de medios, que en el caso de autos se prestaron. El criterio básico utilizado por la jurisprudencia contencioso-administrativa para hacer girar sobre él la existencia o no de responsabilidad patrimonial es el de la “lex artis” y ello ante la inexistencia de criterios normativos que puedan servir para determinar cuando el funcionamiento de los servicios públicos sanitarios ha sido correcto. La existencia de este criterio se basa en el principio básico sustentado por la jurisprudencia en el sentido de que la obligación del profesional de la medicina es de medios y no de resultados, es decir, la obligación es la de prestar la debida asistencia medica y no de garantizar en todo caso la curación del enfermo. Por lo tanto, el criterio de la “lex artis” es un criterio de normalidad de los profesionales sanitarios que permite valorar la corrección de los actos médicos y que impone al profesional el deber de actuar con arreglo a la diligencia debida. Este criterio es fundamental pues permite delimitar los supuestos en los que verdaderamente puede haber lugar a responsabilidad exigiendo que no solo exista el elemento de la lesión sino también la infracción de dicha “lex artis”; de exigirse solo la existencia de la lesión se produciría una consecuencia no querida por el ordenamiento, cual sería la excesiva objetivación de la responsabilidad al poder declararse la responsabilidad con la única exigencia de la existencia de la lesión efectiva sin la exigencia de la demostración de la infracción del criterio de normalidad representado por la “lex artis”.

En el caso de autos, analizando contrastadamente los informes procedentes de la actuación en vía penal (dado que en esta vía contenciosa administrativa no se ha desarrollado elenco probatorio pericial alguno), ha de entenderse que el facultativo sí actuó conforme a la lex artis, prescribiendo un fármaco cuya composición química estaba destinada al tratamiento de la velosidad en las mujeres (con independencia de qué marca comercial fuese utilizada, todas partían del mismo compuesto: la flutamida), sin que pueda determinarse que su actuación no fuera correcta o no basada en el criterio de normalidad en el suministro de tal medicamento ya que tal prescripción estuvo precedida de un análisis sanguíneo y se limitó su ingesta al periodo de cuatro meses tras el que la paciente debía acudir a consulta. Es de destacar que la propia literatura médica ya atiende a que la flutamida es un compuesto que aunque inicialmente es utilizado para el tratamiento del cáncer de próstata, se ha utilizado también para el tratamiento del hirsutismo en las mujeres (con lo que su prescripción al caso concreto sí estaba indicado), destacándose en todo caso, el posible riesgo - en un porcentaje pequeño- de padecer insuficiencia hepática por la ingesta de tal composición (como uno

de los efectos secundarios del fármaco en cuestión), lo que determina que deben efectuarse controles hepáticos sucesivos, si bien no existe protocolo o determinación específica sobre cuál debe ser el plazo concreto en el que deben efectuarse tales controles (por lo que no puede entenderse excesivo el de cuatro meses cifrado por el facultativo para acudir a consulta).

Consecuentemente, habiéndose cumplido con la referida *lex artis* no procede determinar la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración Sanitaria.

(St. de 15 de enero de 2007. Sala de Granada. Se transcribe completa. Ponente Martín Morales)

XXI. SALUD Y SERVICIOS SOCIALES.

Policía Mortuoria. No hay plazo limite en el Reglamento de la Policía Sanitaria Mortuoria de la Junta de Andalucía (Decreto 95/2001) para la exhumación de cadáveres y posterior cremación salvo los casos (Grupo 1) de riesgo sanitario.

Considera el Juez de instancia que las alegadas razones de salud pública y organización interna del servicio prestado en el cementerio constituyen un razonamiento lógico y suficiente para denegar la exhumación por cuanto, en ejercicio de sus propias competencias y sin que exista oposición con lo establecido en el Reglamento de Policía Sanitaria Mortuoria, aprobado por Decreto 95/2001, de la Consejería de Salud de la Junta de Andalucía, se establece en la Ordenanza reguladora de los Servicios Funerarios y del Cementerio de San Fernando el plazo de 5 años para cualquier exhumación. El apelante, tras cuestionar la posible aplicación de la Ordenanza antes citada pues su fecha de aprobación es posterior a la del dictado del acto impugnado, considera que la exhumación resulta legalmente viable en virtud de lo establecido en la Ordenanza Fiscal reguladora de la Tasa por prestación de servicios de cementerios, conducción de cadáveres y otros servicios funerarios de carácter municipal, además de venir expresamente regulada en el Decreto 2263/1974, de 20 de julio, en cuanto normativa estatal aprobatoria del Reglamento de Policía Sanitaria Mortuoria, de aplicación supletoria según la Disposición Final Primera del Decreto 95/2001, de 3 de abril, de la Junta de Andalucía.

Atribuida a la Comunidad Autónoma la competencia en materia de policía sanitaria mortuoria, el art. 4 del Decreto 95/2001 clasifica los cadáveres en dos grupos. El Grupo 1 referido a las personas cuya causa de defunción presente un riesgo sanitario tanto para el personal funerario como para la población en general y los del Grupo 2 referido a las personas fallecidas por cualquier otra causa no contemplada en el Grupo 1. A su vez el art. 24 dispone que los cadáveres incluidos en el Grupo 1 no podrán exhumarse an-

tes de los 5 años de su inhumación y el art. 23, respecto a los cadáveres del Grupo 2, cuando se vaya a proceder inmediatamente a su reinhumación o cremación en el mismo cementerio, dispone que será autorizada por el Ayuntamiento.

Partiendo de la base de que las Ordenanzas municipales en ningún caso podrán contradecir lo dispuesto en el Reglamento de Policía Sanitaria Mortuoria, debemos llegar a la primera conclusión de que se ha querido por la Comunidad Autónoma distinguir, a los efectos que tratamos, entre dos tipos de cadáveres. Por un lado los del Grupo 1, en que por razones de salud pública, su exhumación sólo será posible cuando ya sean restos cadavéricos, es decir, que hayan transcurrido al menos 5 años desde la inhumación. El resto de cadáveres se deja a la regulación que al respecto se realice por los Ayuntamientos, pero siempre con la doble limitación de no contravenir lo dispuesto en el Reglamento de Policía Sanitaria Mortuoria y debiendo existir un regulación esencialmente uniforme o tratamiento homogéneo en el ámbito del territorio andaluz.

El Ayuntamiento de Sevilla viene a dar un tratamiento idéntico a los cadáveres con independencia de la causa del fallecimiento. En ambos supuestos, tanto cadáveres del Grupo 1 como los del Grupo 2 no se autoriza la exhumación hasta que no sean restos cadavéricos, es decir transcurridos al menos 5 años desde la muerte. Fundamentar esta identidad de trato en razones de salud pública no resulta admisible. Precisamente el riesgo sanitario es el motivo por el cual, las personas cuya causa de defunción lo constituyen alguna de las enumeradas en el Grupo 1 o de las determinadas expresamente por la Consejería de Salud, no pueden ser exhumadas hasta que no sean restos cadavéricos. Para el resto de cadáveres sería absurdo darles el mismo tratamiento en esta cuestión pues de ser así la distinción sería superflua y, desde luego, no pueden los Ayuntamientos, a través de la aprobación de las Ordenanzas municipales establecer una identidad que en el Reglamento de Policía Sanitaria Mortuoria no se establece por razones de salud pública.

Rechazada la posibilidad de impedir la exhumación por razones de salud pública queda por examinar el otro de los motivos invocados : la organización interna de los servicios municipales del cementerio. En este punto realmente no se aprecia cual pudiera ser la razón por la cual, si hubieren transcurrido cinco años desde la inhumación, no existiría el impedimento que ahora se esgrime para no autorizar la exhumación. Vincular la posibilidad de exhumar cadáveres al transcurso del plazo de cinco años, fundamentándolo en razones organizativas, no es argumento sostenible ni razón admisible, máxime cuando no se facilitan los motivos concretos por los cuales es necesario dicha espera. Más bien parece una fórmula de estilo, carente de contenido o razón real alguna. La organización interna de un servicio es necesario que se especifique y concrete en qué consiste realmente para que pudiera considerarse motivo suficiente para imposibilitar la exhumación de un cadáver cuando ello viene permitido, con carácter general, por

la normativa autonómica. De lo contrario más bien nos encontraríamos ante una excusa que ante una razón y ello determina, en definitiva, que no apreciemos motivo alguno por el cual la exhumación no deba autorizarse, máxime cuando tal actividad queda sujeta a una tasa municipal que cubre, parece que holgadamente, los gastos de dicha tarea.

En cuanto al motivo de oposición hecho valer por el Ayuntamiento de que no consta la voluntad de todos los hijos del fallecido cuya exhumación se solicita, al margen de que no nos consta que dicha autorización se solicitara para el enterramiento y que nada de ello se dice en la decisión impugnada, en todo caso este hecho no puede ser suficiente para denegar la exhumación. Basta con que los servicios municipales soliciten y obtengan dicha autorización de cada uno de los hijos con anterioridad a la práctica de la exhumación, pero siempre partiendo de la posibilidad de realizarla y no negándola de antemano.

(St. de 19 de diciembre de 2006. Sala de Sevilla. Se transcribe completa. Ponente Vázquez García)