

**DOCTRINA DE LA COMISIÓN JURÍDICA ASESORA DE CATALUÑA:  
ENERO-ABRIL DE 2009**

Por

ORIOI MIR PUIGPELAT / ÒLIVER GARCÍA MUÑOZ  
Comisión Jurídica Asesora de la Generalidad de Cataluña

Revistas@iustel.com

*Revista General de Derecho Administrativo 22 (2009)*

SUMARIO: I. Disposiciones generales: 1. Limitaciones a la regulación por reglamento de la responsabilidad solidaria en materia de residuos. 2. Desarrollo directo de normativa comunitaria que sustituye a la normativa básica estatal. 3. Inaplicabilidad del régimen específico del personal directivo profesional mientras el Gobierno catalán no elabore su regulación. 4. La potestad normativa de la Agencia Catalana de Protección de Datos y la aplicación a las fuerzas y cuerpos de seguridad catalanas del Proyecto de instrucción sobre el tratamiento de datos de carácter personal mediante cámaras con fines de videovigilancia. 5. Reserva de ley y protocolos en la regulación de la Administración electrónica. 6. El requisito de inscripción registral para el ejercicio de las profesiones del deporte y su conformidad con el Derecho comunitario. 7. La ampliación de la competencia normativa de los consejeros tras la aprobación de la Ley 13/2008, de la presidencia de la Generalitat y del Gobierno. II. Responsabilidad patrimonial: 1. Responsabilidad exclusiva de la víctima por el suicidio en un centro de salud mental. 2. Indemnización por la pérdida de oportunidad derivada del defectuoso funcionamiento del servicio de emergencias médicas. Diversos supuestos.

## **I. DISPOSICIONES GENERALES**

### **1. Limitaciones a la regulación por reglamento de la responsabilidad solidaria en materia de residuos**

El primer dictamen del año (Dictamen 1/09) versa sobre el Proyecto de decreto relativo a la valorización de escorias siderúrgicas. La cuestión más destacada que en él se plantea es la relativa al régimen de responsabilidad *solidaria* de los tratadores y usuarios por el uso incorrecto de las escorias siderúrgicas valorizables que dicho Proyecto establece (artículos 10.3 y 11.2).

A juicio de la Comisión, el establecimiento de esta forma de responsabilidad podría vulnerar la regulación legal de la responsabilidad administrativa y civil extracontractual. Por ello, sería conveniente añadir en ambos preceptos, con el fin de salvar el posible conflicto legal, que la responsabilidad será solidaria «cuando así lo establezcan las leyes».

En todo caso, la Comisión considera preferible que el Proyecto se limite a precisar las respectivas obligaciones concretas de cada uno de los agentes que intervienen en el uso de las escorias siderúrgicas valorizables, sin prefijar como solidaria la responsabilidad que pueda corresponderles por su incumplimiento. Tanto en las leyes de residuos como en la Ley 30/1992 (art. 130.3 ) primero debe probarse, en el marco de un procedimiento administrativo sancionador, la concurrencia de responsabilidades y su respectiva contribución, para después, y sólo en caso de que no sea posible determinar el grado de responsabilidad de cada copartícipe, hacer uso de la solidaridad.

## **2. Desarrollo directo de normativa comunitaria que sustituye a la normativa básica estatal**

También en materia de residuos, el Proyecto de decreto por el que se establecen los criterios y los procedimientos de admisión de residuos en los depósitos controlados (Dictamen 34/09) plantea la cuestión del desarrollo directo por parte de la Generalidad de normas comunitarias que sustituyen a la normativa básica del Estado. Ante la falta de aprobación por parte del Estado –pese a los requerimientos efectuados por la Agencia de Residuos de Cataluña– de la normativa que permita aplicar una Decisión comunitaria en la materia, la Comisión considera que la Generalidad puede desarrollar directamente tal Decisión al amparo de los arts. 113 , 144.1.e) y 189.3 del nuevo Estatuto de autonomía de Cataluña. En tales supuestos, la norma de referencia que debe observar la norma catalana es la disposición comunitaria objeto de desarrollo.

Resultan asimismo de interés las observaciones efectuadas sobre la tramitación del referido proyecto de decreto. Entre otras consideraciones, la Comisión señala la insuficiencia de la memoria económica realizada, deficiencia que debería ser subsanada.

## **3. Inaplicabilidad del régimen específico del personal directivo profesional mientras el Gobierno catalán no elabore su regulación**

El Dictamen 2/09 tiene por objeto el Proyecto de decreto por el que se aprueban los estatutos del Instituto Catalán de la Salud, en desarrollo de la Ley 8/2007, de 30 de julio , reguladora de dicho ente.

De entre los distintos aspectos examinados por la Comisión destaca especialmente el relativo al régimen previsto para quienes ocupan sus puestos directivos. A este respecto, la Comisión formula observación de carácter esencial sobre el artículo 40 del Proyecto, al pretender aplicarles el régimen específico del personal directivo profesional contenido en el art. 13 del Estatuto básico del empleado público . No cabe aplicar tal régimen, sencillamente, porque no existe; su establecimiento corresponde al Gobierno de la

Generalidad, y no ya, caso a caso, al Consejo de Administración del Instituto Catalán de la Salud.

Respecto a la exención de responsabilidad de los miembros del Consejo de Administración que voten en contra de las decisiones que éste pueda adoptar (art. 6.6 del Proyecto), la Comisión recuerda que unos estatutos, que son norma reglamentaria de regulación interna, no constituyen el instrumento jurídico adecuado para regularla. Por su naturaleza y rango no pueden alterar la normativa civil, penal o administrativa con rango de ley existente.

#### **4. La potestad normativa de la Agencia Catalana de Protección de Datos y la aplicación a las fuerzas y cuerpos de seguridad catalanas del Proyecto de instrucción sobre el tratamiento de datos de carácter personal mediante cámaras con fines de videovigilancia**

En el Dictamen 21/09 la Comisión analiza la potestad normativa de la Agencia Catalana de Protección de Datos con motivo del Proyecto de instrucción sobre el tratamiento de datos de carácter personal mediante cámaras con fines de videovigilancia, la primera norma elaborada por dicha Agencia.

Para la Comisión, la potestad normativa de la Agencia, similar a la del Consejo del Audiovisual de Cataluña, carece del carácter originario propio de la potestad reglamentaria del Gobierno y se configura como una potestad específica y de atribución, reconocida por su ley de creación, la Ley 5/2002 . La función de sus instrucciones se limita a concretar lo dispuesto por las leyes y los reglamentos en aquello que sea necesario para ajustar los específicos ámbitos de actividad en el tratamiento de datos a lo establecido por la Ley de protección de datos personales y su reglamento de desarrollo. Se trata, por ello, de disposiciones generales y abstractas de carácter obligatorio y eficacia *ad extra*, cuyo cumplimiento queda sujeto al control de la propia Agencia mediante el ejercicio de la potestad sancionadora que le reconoce la Ley 5/2002.

La Comisión considera que el Proyecto de instrucción objeto del dictamen puede extender su aplicación a la policía autonómica (*Mossos d'Esquadra*) y a las policías locales. Ello encuentra cobertura en la Ley orgánica 15/1999, de protección de datos de carácter personal (art. 2.3 ), en la Ley orgánica 4/1997, de videovigilancia (art. 2.2 #) y en el decreto catalán de desarrollo de esta última (Decreto 134/1999).

Junto a otras consideraciones, la Comisión formula observación esencial sobre el art. 6.2 del Proyecto, donde se concretan los supuestos en que las imágenes no han de poder permitir la identificación de personas concretas y se incluyen, entre ellos, los que derivan de la información sobre el estado del tráfico. La Comisión, pese a coincidir con la

finalidad perseguida, considera que no se debería incorporar esta referencia, puesto que, de acuerdo con la Ley de videovigilancia y el Decreto 134/1999, tal decisión corresponde a la Comisión de Control de Dispositivos de Videovigilancia, al Servicio Catalán de Tráfico o a la Dirección General de Policía.

## **5. Reserva de ley y protocolos en la regulación de la Administración electrónica**

El Dictamen 22/09, sobre el Proyecto de decreto para el impulso y desarrollo de los medios electrónicos en la Administración de la Generalidad, dedica una especial atención a la cuestión de la suficiencia de rango de dicha norma, elaborada en desarrollo de la Ley estatal 11/2007 , de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos. A juicio de la Comisión, las finalidades perseguidas con el Proyecto, expresadas en su memoria justificativa y en el preámbulo, deberían ser reguladas por ley del Parlamento catalán, al incidir en materias reservadas a la ley y exigirlo así también la reserva funcional de ley para el desarrollo de las bases estatales contenida en el inciso final del art. 111 del nuevo Estatuto catalán ; la existencia de la Ley 13/1989, de 14 de diciembre, de organización, procedimiento y régimen jurídico de la Administración de la Generalidad no altera esta conclusión, ya que ni prevé ni desarrolla tales finalidades. No obstante, como el contenido concreto del Proyecto se limita en su mayor parte a reproducir la norma básica estatal o a llevar a cabo una regulación no sustantiva de la materia, la Comisión considera que, en general, el referido Proyecto no vulnera aquellas reservas de ley.

Sí son en cambio problemáticos los preceptos de la norma proyectada que, con gran amplitud, remiten a distintos tipos de *protocolos* la regulación de aspectos centrales de la materia. Al respecto, la Comisión formula como observación esencial que el Proyecto debería clarificar la naturaleza normativa de dichos protocolos y señalar si deben o no ser aprobados mediante reglamento, garantizando una clara y segura definición del concepto, el contenido, el procedimiento y el alcance del protocolo como instrumento de intervención. Por otro lado, y en la medida en que no existe una ley catalana previa reguladora de la materia, habría que delimitar con mayor precisión el contenido de cada uno de los protocolos, a fin de que se limiten a regular los aspectos más técnicos y se les imposibilite suplir funcional y materialmente los ámbitos propios de la ley.

En cuanto al procedimiento de tramitación, la Comisión, entre otras observaciones, recuerda la obligación de la Administración de valorar las alegaciones formuladas en los trámites participativos y considera que debe volver a elaborarse la memoria económica, cuyo contenido no se ajusta a lo exigido por la ley. Conocer el coste de implantación de la Administración electrónica en el ámbito de la Administración de la Generalidad es determinante en esta materia, puesto que la concreción temporal del derecho de los

ciudadanos a acceder por medios electrónicos a los procedimientos y actuaciones de competencia de la Administración autonómica depende de la existencia suficiente de recursos para asumirlo (disposición final tercera de la Ley 11/2007 ).

## **6. El requisito de inscripción registral para el ejercicio de las profesiones del deporte y su conformidad con el Derecho comunitario**

El Dictamen 75/09 tiene por objeto el Proyecto de decreto por el que se regula el Registro oficial de profesionales del deporte en Cataluña, elaborado en desarrollo de la Ley catalana 3/2008, del ejercicio de las profesiones del deporte, donde se establece la obligatoriedad de la inscripción en dicho registro.

La Comisión considera que la obligatoriedad de inscripción registral se ajusta a la Directiva relativa al reconocimiento de cualificaciones profesionales –aplicable prioritariamente en este caso, tratándose de profesiones reguladas– y a la Directiva relativa a los servicios en el mercado interior. Aunque ambas coinciden en la necesidad de generalizar el principio de libre acceso y ejercicio de las actividades de servicios, impulsando con esta finalidad políticas legislativas y administrativas de supresión de autorizaciones, obstáculos o requisitos que limiten o restrinjan la realización de tales actividades, también se encuentran en las dos directivas y en los principios del Derecho comunitario previsiones que, aunque configuradas como excepciones, permiten sostener la conformidad con el Derecho comunitario de establecer el registro en relación con las profesiones específicas reguladas por la Ley 3/2008. La incidencia que tienen las profesiones reguladas sobre la salud pública y la necesidad de proteger a los destinatarios de los servicios permitiría justificar la creación de este registro en la cláusula general comunitaria de «razones imperiosas de interés general», que incluye –según ha establecido el Tribunal de Justicia– la salud pública y la protección de los consumidores y de los destinatarios de los servicios, entre otras. Además, la Directiva sobre cualificaciones profesionales admite dicha inscripción cuando haya que aplicar disposiciones disciplinarias, como sucede en las profesiones aquí consideradas.

Entre otras consideraciones, la Comisión formula observación esencial sobre la disposición adicional primera del Proyecto, en la que se autoriza a la «persona titular del departamento competente en materia de deporte para delegar la función pública de gestión del Registro». Esta disposición entra en abierta contradicción con lo que establece la disposición final quinta de la Ley 3/2008, donde se faculta «al Gobierno para que, a propuesta del departamento competente en materia de deporte, pueda delegar la gestión del Registro». Debe recuperarse la redacción de la Ley y atribuir al Gobierno la facultad indicada.

En el plano procedimental, la Comisión, siguiendo el criterio del Consejo de Estado en el informe de 2008 sobre la inserción del Derecho europeo en el ordenamiento español, invita a la Administración a reflexionar sobre la conveniencia de incorporar al procedimiento de elaboración de las disposiciones generales, en el ámbito de la memoria justificativa, dentro del marco normativo y con carácter general, un *informe de impacto comunitario* de la regulación en cada caso propuesta.

### **7. La ampliación de la competencia normativa de los consejeros tras la aprobación de la Ley 13/2008, de la presidencia de la Generalitat y del Gobierno**

El Dictamen 84/09 tiene por objeto el Proyecto de decreto por el que se deroga el Decreto 47/2006, de 28 de marzo, sobre la selección y el nombramiento de personal interino de los cuerpos de médicos forenses, de gestión procesal y administrativa, de tramitación procesal y administrativa y de auxilio judicial de la Administración de justicia en Cataluña.

El Proyecto tiene por finalidad llevar a cabo una degradación de rango que permita que sea el Departamento de Justicia y no ya el Gobierno quien, de ahora en adelante, regule las bolsas de personal interino de la Administración de justicia en Cataluña. En opinión de la Comisión, nada impide la regulación por orden, una vez derogado el decreto que llevaba a cabo una congelación de rango. La materia funcionarial –y más una cuestión menor como la relativa al personal interino– posee un carácter preferentemente interno, y al amparo del artículo 39.3 de la Ley 13/2008, de la presidencia de la *Generalitat* y del Gobierno, los consejeros pueden dictar reglamentos en materia de organización interna de su departamento.

Además, este último precepto añade ahora que los consejeros pueden igualmente dictar reglamentos relativos a otras materias, cuando una norma con rango de ley o un *decreto del Gobierno* así lo autorice expresamente. Con ello se abre una importante vía para aumentar la competencia reglamentaria de los departamentos por decreto, más allá del ámbito interno, y se permite enmendar los problemas derivados de la imprecisión de los límites de la materia de organización interna. La Comisión remarca, sin embargo, que esta competencia *ad extra* es una competencia de atribución y no tiene el carácter general de la competencia reglamentaria propia del Gobierno, por lo que se exige un plus de densidad normativa a la norma habilitante, como evidencia el hecho de que el art. 39.3 exija que esta autorización se produzca «en supuestos específicos». Desde el punto de vista de la posición institucional del Gobierno y de los consejeros, la diferencia en relación con la potestad reglamentaria se pone de manifiesto al comparar el art. 26.e) de la Ley 13/2008, que la atribuye expresamente y con carácter general al Gobierno, con el art. 16, que regula las competencias de los consejeros, pero no prevé dicha

potestad. En el presente caso, el Proyecto de decreto habilitante satisface dichas exigencias, al contener una autorización expresa y delimitar perfectamente los aspectos que se atribuyen a la competencia normativa del consejero: la selección y el nombramiento de personal interino de diferentes cuerpos de la Administración de justicia.

## **II. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL**

### **1. Responsabilidad exclusiva de la víctima por el suicidio en un centro de salud mental**

En el Dictamen 4/09 la Comisión se pronuncia sobre la reclamación instada por la muerte por suicidio de una mujer mientras estaba ingresada en el centro mental asistencial Dr. Emili Mira i López, del Área de Salud de la Diputación de Barcelona. La víctima, que sufría diversos trastornos mentales, se suicidó con el cable de la ducha.

La Comisión concluye procedente desestimar la reclamación, al considerar que el protocolo aplicado a la paciente y su seguimiento fueron los adecuados, y que la Administración asistencial nada puede hacer cuando la voluntad autolítica es tan decidida y tan persistente que constituye el elemento determinante de la acción y, en definitiva, de la muerte. Desde los 13 años de edad, la víctima había cometido reiterados intentos de suicidio a través de la ingesta de medicamentos y de la precipitación desde un segundo y un quinto piso.

### **2. Indemnización por la pérdida de oportunidad derivada del defectuoso funcionamiento del servicio de emergencias médicas. Diversos supuestos**

Tres dictámenes destacables emitidos a lo largo del período comprendido por la presente crónica abordan la cuestión de la responsabilidad patrimonial por la pérdida de oportunidad de curación derivada de un funcionamiento defectuoso de los servicios de emergencias médicas.

En el Dictamen 9/09 la reclamante solicita indemnización ante el Servicio Catalán de la Salud por la muerte de su marido como consecuencia de una parada cardiorrespiratoria. Tras avisar al 061, la interesada llamó a la Policía Local de Cerdanyola y en pocos minutos se presentó en el domicilio un agente, que practicó una reanimación pulmonar y al mismo tiempo reiteró la solicitud de una ambulancia mediante numerosos avisos al 061. Transcurridos tres cuartos de hora desde el primer aviso al 061, al no llegar ninguna ambulancia, la familia decidió trasladar al enfermo en un vehículo particular al centro hospitalario Parc Taulí de Sabadell, donde le practicaron varias maniobras de reanimación, que resultaron infructuosas.

La Comisión concluye que no hubo un funcionamiento adecuado de los servicios de emergencias médicas (Sistema de Emergencias Médicas de Cataluña –SEM–), puesto que tardaron un tiempo excesivo en activar la ambulancia y no trataron siquiera de suplir la deficiencia mediante atención profesional telefónica. Pese a que los servicios de emergencias deben prestarse dentro de las disponibilidades y que en todas partes y en todo momento no puede haber un número indeterminado de ambulancias, el retraso producido es incompatible con una situación de emergencia, sin que sirva de justificación que los médicos coordinadores en servicio se encontraban ocupados.

Existen dudas, sin embargo, acerca de si una actuación adecuada del SEM hubiera evitado la muerte de la víctima. De acuerdo con los resultados de la necropsia, el paciente sufría una miocardiopatía hipertrófica y una posible insuficiencia mitral, patología que según el Instituto Catalán de Evaluaciones Médicas se caracteriza por la muerte súbita, lo que impediría imputar la muerte a la deficiente actuación del SEM. Sin embargo, del expediente no se deduce con claridad la situación en que se encontraba la víctima cuando se llamó al 061 ni existe pronunciamiento médico sobre si se habría podido o no evitar la muerte. Pese a ello, la defectuosa actuación del SEM privó al paciente de la oportunidad de recibir la asistencia a la que tenía derecho. Dicha pérdida de oportunidad constituye a juicio de la Comisión un *pretium doloris* que debe ser indemnizado prudencialmente con la cantidad global de 10.000 euros.

En el expediente que da lugar al Dictamen 20/09, la víctima de un accidente de tráfico atribuye las graves lesiones permanentes sufridas a la circunstancia de que la llegada de los servicios sanitarios al lugar de los hechos se efectuara con una demora de 45 minutos desde el primer aviso y de que el vehículo de asistencia médica no fuera equipado como ambulancia, por lo que fue atendido, pero no pudo ser evacuado hasta transcurrida una hora y cuatro minutos.

Como cuestión previa, la Comisión, siguiendo lo ya señalado en anteriores ocasiones, rechaza la alegación del Servicio Catalán de la Salud basada en la falta de legitimación pasiva y considera que la entidad pública encargada de prestar el servicio de emergencia (SEM) actuó como servicio público sanitario, sin que tenga incidencia alguna el hecho de que dicho servicio sea abonado por la compañía aseguradora del vehículo. Ni el conductor ni la compañía aseguradora responden por los daños sufridos por la víctima como consecuencia de la mala praxis que pueda producirse en la prestación de este servicio.

Para la Comisión, tardar 45 minutos en prestar la asistencia médica al accidentado supone un mal funcionamiento del servicio, al rebasar el estándar de tiempo de asistencia (de entre 10 y 15 minutos) previsto por el propio Departamento de Salud de la *Generalitat* en el año 2002, cuando tuvo lugar el accidente.



No existe sin embargo dictamen pericial u opinión médica que permita saber si una asistencia médica más rápida hubiera evitado o reducido el daño sufrido por la víctima. Dicha indeterminación permite apreciar, según la Comisión, la existencia de una pérdida de oportunidad de que las cosas evolucionaran mejor, pérdida de oportunidad que se configura como un daño en sí mismo y que, a falta de parámetros objetivables, se valora en el importe indemnizatorio de 23.000 euros.

En el expediente objeto del Dictamen 42/09, los padres formulan reclamación ante el Servicio Catalán de la Salud al atribuir la muerte de su hijo al retraso de los servicios de emergencias del 112. La víctima, tras sufrir un accidente de motocicleta, no recibió asistencia hasta pasados 40 minutos desde el aviso al centro de emergencias, transcurriendo más de una hora hasta que fue trasladada al Hospital de Bellvitge, donde ingresó cadáver.

Para la Comisión, el tiempo total de 37 ó 40 minutos para prestar la primera asistencia supone una demora que se aleja de los 15 minutos que el Departamento de Salud ha manifestado en distintas ocasiones como valor de referencia general. Ello constituye un mal funcionamiento del servicio, sobre todo si se tiene en cuenta que se invirtieron 15 ó 17 minutos en la mera activación de la ambulancia, sin que conste justificación alguna de dicho retraso.

Ante la falta de elementos en el expediente que permitan negar o afirmar radicalmente la existencia de una cierta relación causal entre la muerte y la demora en la asistencia –indeterminación confirmada por el informe del médico forense–, la Comisión estima sólo parcialmente la reclamación y declara el resarcimiento de la pérdida de la oportunidad de supervivencia producida por aquella demora. En ausencia de porcentajes estadísticos de probabilidades de haber salvado la vida, la Comisión fija el daño moral de los padres derivado de la pérdida de oportunidad en 12.000 euros, tomando como referencia la indemnización concedida en casos anteriores y considerando la gravedad del accidente.

### **3. Responsabilidad de la Administración por la agresión sufrida por la directora de un centro escolar público en el ejercicio de sus funciones**

En el caso objeto del Dictamen 24/09 la recurrente, directora de un centro escolar público, reclama indemnización al haber sido agredida por la madre de dos alumnos.

La Comisión, tras señalar que el principio de indemnidad de los empleados públicos derivado de la legislación sobre función pública va más allá de la simple asistencia jurídica, considera que la lesión objeto de reclamación es imputable a la Administración porque ha sido sufrida por la víctima con ocasión de la prestación del servicio público educativo, como consecuencia y en ejercicio de sus funciones de directora, sin que

constituya un riesgo asumido voluntariamente, inherente a tales funciones. La falta de control de acceso al recinto escolar propiciada por la ausencia del conserje en el momento en que tuvieron lugar los hechos, pone de relieve la existencia de funcionamiento anormal generador de responsabilidad de la Administración educativa.

Con respecto al daño indemnizable, la Comisión descarta que sean indemnizables, por falta de nexo causal, los daños alegados derivados de patologías físicas preexistentes, no imputables a la agresión, como tampoco lo son los presuntos daños a la economía familiar por cambio de residencia y cierre de negocio, que no resultan acreditados. La víctima sólo tiene derecho a indemnización por un daño psíquico, consistente en un síndrome ansioso depresivo con crisis de pánico y pensamientos negativos, que se valora en la suma de 4.000 euros.