

<p>Expediente: 30/2010 Objeto: Responsabilidad patrimonial de la Administración Foral de Navarra. Dictamen: 31/2010, de 24 de mayo</p>

DICTAMEN

En Pamplona, a 24 de mayo de 2010,

el Consejo de Navarra, integrado por don Enrique Rubio Torrano, Presidente; don José Antonio Razquin Lizarraga, Consejero-Secretario; y los Consejeros don Alfredo Irujo Andueza, don José Iruretagoyena Aldaz, don Julio Muerza Esparza y don Eugenio Simón Acosta,

siendo ponente don Julio Muerza Esparza,

emite por unanimidad el siguiente dictamen:

I. ANTECEDENTES

I.1ª. Consulta

El día 22 de abril de 2010 tuvo entrada en el Consejo de Navarra escrito del Presidente del Gobierno de Navarra, por el que, con cita expresa de los artículos 16 y 19 de la Ley Foral 8/1999, de 16 de marzo, modificada por la Ley Foral 25/2001, de 10 de diciembre, del Consejo de Navarra (en adelante, LFCN), se nos remite para dictamen el expediente de responsabilidad patrimonial promovido por don ..., por daños derivados del funcionamiento de los servicios de la Administración de la Comunidad Foral.

Se acompaña el expediente administrativo tramitado por el Departamento de Asuntos Sociales, Familia, Juventud y Deporte como consecuencia de la indicada reclamación de responsabilidad patrimonial, incluyendo propuesta de resolución, así como la Orden Foral 104/2010, de 8 de abril, de la Consejera de Asuntos Sociales, Familia, Juventud y Deporte, ordenando solicitar dictamen preceptivo de este Consejo, suspender el plazo

para la resolución durante el periodo que el Consejo de Navarra necesite para emitir informe y notificar la Orden Foral a los interesados.

I.2ª. Antecedentes de hecho

Reclamación de responsabilidad patrimonial

Mediante escrito de fecha 15 de marzo de 2009, con entrada en el Registro General del Departamento de Innovación, Empresa y Empleo el día 30 de marzo de 2009, don ... formula reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración de la Comunidad Foral de Navarra.

En dicho escrito se alegan sustancialmente los hechos que a continuación se relatan.

Que el reclamante es el padre de la menor ..., que se encuentra bajo la guarda administrativa del Gobierno de Navarra.

Que el día 19 de agosto de 2008, sobre las 21:30 horas, su hija, ..., sufrió una agresión por parte de otro menor que convive en el mismo domicilio.

Que, al día siguiente, 20 de agosto de 2008, se interpuso ante la Policía Foral la correspondiente denuncia por tales hechos que consistieron en una agresión sexual, remitiéndose a efectos probatorios al acta de la denuncia interpuesta y al acta de exploración de la menor.

Que el responsable de los hechos resulta ser un menor cuya guarda tiene atribuida la Administración.

En los fundamentos de derecho, tras citar, en el primero de ellos, el artículo 106 de la Constitución, el artículo 139 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, recuerda cuáles son los requisitos para que pueda apreciarse la responsabilidad patrimonial (producción de un daño efectivo, evaluable económicamente e individualizado; además, ha de ser antijurídico, en el sentido de que la persona que lo sufre no tenga el deber jurídico de

soportarlo; y debe existir una relación de causalidad entre la actividad administrativa y el resultado dañoso). Y añade: “En el caso que nos ocupa, ..., cuya guarda administrativa tiene encomendada esta Administración, ha sufrido una agresión sexual por otro menor también bajo la guarda del Gobierno de Navarra. Por tanto, se cumplen plenamente los requisitos para exigir la responsabilidad patrimonial de esta Administración. Igualmente, la reclamación se efectúa dentro del plazo de un año desde que se produce el hecho o el acto que motiva la indemnización considerándose que los daños de carácter físico y psíquico causados a ... con esta agresión sexual los va a sufrir y arrastrar durante toda su vida”.

A continuación, en los fundamentos de derecho segundo, tercero y cuarto, el reclamante, vuelve a relatar los daños sufridos por ..., pone de manifiesto la relación inequívoca de causa a efecto entre el anormal funcionamiento del servicio y las lesiones y daños producidos, y concluye con “la existencia de la imputación de responsabilidad patrimonial a la Administración”.

Por todo ello solicita que la menor, ..., debe ser indemnizada “con la cantidad de trescientos sesenta mil euros (360.000 euros) que serán depositados en una cuenta bancaria de la que ésta podrá disponer en el momento que cumpla 18 años”.

Iniciación del procedimiento

La Consejera de Asuntos Sociales, Familia, Juventud y Deporte, previo el informe-propuesta de la Secretaría General Técnica, de fecha 8 de abril de 2009, del que es fiel copia, dictó la Orden Foral 159/2009, de 20 de abril, por la que se acuerda admitir a trámite la citada reclamación, nombrar instructora del procedimiento, informar a los interesados que el plazo máximo para resolver y notificar la resolución del procedimiento es de seis meses, transcurrido el cual, podrá entender desestimada su reclamación y notificar la citada Orden Foral, además de al reclamante y la menor, a la Correduría de Seguros “...”, a la entidad “...”, a la “...”, a la entidad “...” y a la Fiscal de Protección del Menor.

Instrucción del procedimiento

- Con fecha 9 de junio de 2009 compareció en el procedimiento la representación de “...” solicitando se le diese traslado de lo actuado hasta ese momento. Del mismo modo, con fechas de 5 y 11 de junio de 2009, compareció la representación de “...” solicitando copia del expediente a fin de formular alegaciones.

- A propuesta de la instructora del expediente (informe de fecha 19 de mayo de 2009), la Consejera de Asuntos Sociales, Familia, Juventud y Deporte, dictó la Orden Foral 304/2009, de 25 de septiembre, por la que se amplió en tres meses el plazo para dictar la resolución del procedimiento, notificándola a todos los interesados.

- Mediante escrito, de fecha 5 de octubre de 2009, la instructora comunicó a los interesados en el procedimiento la existencia de un plazo de diez días naturales, a contar desde la notificación del citado escrito, para concertar día y hora a fin de consultar el expediente (previamente la menor, por escrito de 19 de mayo de 2009, había cedido al Gobierno de Navarra y autorizado su comunicación, de los datos y documentos obrantes en su expediente a todos los interesados en el procedimiento y que fuesen necesarios para determinar la responsabilidad patrimonial). Posteriormente, mediante escrito, de fecha 29 de octubre de 2009, y con base en el artículo 79 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJ-PAC), les concedió un plazo de diez días naturales para que aportasen cuantas alegaciones, documentos e informaciones estimasen convenientes a su derecho, así como la proposición de cuantos medios de prueba considerasen pertinentes.

- La letrada del reclamante presentó escrito de alegaciones, de fecha 12 de noviembre de 2009, en el que en tras exponer los hechos, propuso diversos medios de prueba (documental, testifical y pericial), concluyendo, tras citar los preceptos del ordenamiento jurídico que consideró oportunos, que debe ser estimada “la reclamación y en la cuantía por esta parte solicitada”. Del mismo modo, la letrada de la mercantil “...” presentó su

escrito de alegaciones, de fecha 13 de noviembre de 2009, en el que ponía de manifiesto que “ninguna responsabilidad incumbe al Gobierno de Navarra, siendo por el contrario indudable que la responsabilidad al efecto recae totalmente en el Director del Centro de Acogida y la ...”. Así mismo, la representación de la mercantil “...”, aseguradora de la responsabilidad civil de la ..., con la asistencia de su letrado, presentó el correspondiente escritos de alegaciones, de fecha 13 de noviembre de 2009, en el que terminaba solicitando se dictase resolución “por la que se libere a esta parte de cualquier responsabilidad en el expediente que nos ocupa”.

- Previo informe de la instructora, de la misma fecha, y del que es fiel copia, la Consejera de Asuntos Sociales, Familia, Juventud y Deporte dictó la Orden Foral 363/2009, de 17 de diciembre, por la que se abre el periodo de prueba, se rechazan diferentes medios de prueba solicitados por considerarlos impertinentes o inútiles, se suspende el plazo legal para la resolución del procedimiento y se notifica a todos los interesados.

- Consta en el expediente un informe de la Sección de Protección del Menor, de fecha 10 de diciembre de 2009, sobre el lugar de residencia y situación legal de los menores implicados (... e ...), así como sobre los hechos acaecidos el día de la agresión; un informe de la Oficina de Atención a Víctimas del Delito de Navarra, de fecha 14 de enero de 2010, que incluye dos informes psicológicos de la menor; el atestado policial y documentación complementaria (diligencia de reseña de personas implicadas, actas de exploración de los menores, acta de información de derechos a la perjudicada u ofendida y al menor implicado, acta de recogidas de muestras biológicas, acta de identificación dactilar del menor detenido, acta de inspección ocular e informe del Instituto de Medicina Legal sobre la exploración realizada a la menor en el Servicio de Urgencias del Hospital ...); un informe del Servicio de Obstetricia y Ginecología ..., de fecha 20 de agosto de 2008, sobre la menor en el que se concluye como juicio clínico “agresión sexual”; dos informes de incidencias de la ..., uno de fecha 17 de septiembre de 2008 y el otro sin fecha ni firma, sobre el posible abuso sexual de a; un informe del Negociado de Atención de Menores en Dificultad Social, de la Sección de Protección del Menor, de fecha 10 de septiembre de

2008, dando cuenta a la Fiscalía de Menores de la presunta agresión sexual; un certificado de la Directora General de Familia Infancia y Consumo, de fecha 25 de septiembre de 2008, por el que se acredita que la menor, ..., se encuentra bajo la guarda administrativa del Gobierno de Navarra; un certificado de la Directora General de Familia Infancia y Consumo, de fecha 25 de noviembre de 2009, por el que se acredita que el menor, ..., se encuentra bajo la guarda administrativa del Gobierno de Navarra; y, el contrato administrativo, de fecha 6 de septiembre de 2006, suscrito entre la Dirección General de Familia (hoy Dirección General de Familia, Infancia y Consumo) y la ... para la gestión del “Centro de Observación y Acogida” (COA) del ... -12 plazas-, 40 plazas de hogares funcionales y 18 plazas del Centro de Día, con sus correspondientes Pliegos de Cláusulas Administrativas y Técnicas Particulares.

Trámite de audiencia

- Mediante escrito, de fecha 26 de enero de 2010, la instructora del procedimiento dio por concluida la fase de instrucción y, conforme a lo previsto en el artículo 82.1 de la Ley Foral 15/2004, de 3 de diciembre, de la Administración de la Comunidad Foral de Navarra (en adelante, LFACFN), y el artículo 11 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, concedió a los interesados un plazo de 10 días hábiles para formular alegaciones y presentar los documentos y justificaciones que estimasen pertinentes. Al citado escrito se acompaña un anexo con la relación de documentos que obran en el expediente.

- Con fecha de entrada en el registro el día 11 de febrero de 2010 la letrada del reclamante presenta el correspondiente escrito de alegaciones en el que da por reproducidas las formuladas en su escrito de 12 de noviembre de 2009, reitera la petición, solicitada anteriormente, de que se aporte un documento que falta en el expediente y concluye que “resulta evidente el incumplimiento por el Gobierno de Navarra de las obligaciones contraídas al asumir la guarda administrativa de mediante la figura del acogimiento administrativo residencial” por lo que entiende que considera “adecuada la

indemnización de la cuantía reclamada desde el inicio del procedimiento: trescientos sesenta mil euros (360.000 euros)".

- Por escrito, de fecha 11 de febrero de 2010, la representación de la mercantil "... " presenta sus alegaciones en las que se limita a indicar que "tras lo actuado en fase de instrucción, no hay nada que altere las consideraciones que exponíamos en nuestro inicial escrito de alegaciones, por lo que damos por íntegramente reproducido". En todo caso considera desproporcionada la indemnización solicitada.

- Mediante escrito, de fecha 12 de febrero de 2010, el letrado de la mercantil "... " presenta sus alegaciones en las que manifiesta que de las pruebas obrantes en el expediente se deduce que la ... incumplió los deberes de vigilancia y cuidado por lo que ésta resulta ser la responsable de los daños sufridos por la menor. "Responsabilidad que de ningún modo incumbe al Gobierno de Navarra, pues al ingresar a los menores en el hogar de acogida, supervisando continuamente su situación en el mismo, cumplió fielmente con sus obligaciones respecto de los mismos". En todo caso considera desproporcionada la indemnización reclamada.

- Mediante escrito, de fecha 15 de febrero de 2010, la representación de la ... presenta sus alegaciones en las que, en primer lugar, discute la legitimación del padre de la menor para instar el procedimiento de reclamación de responsabilidad patrimonial, con la matización realizada en su escrito posterior de 25 de febrero de 2010, entendiéndose necesario el nombramiento de un defensor judicial. Además, manifiesta el cumplimiento por parte de la asociación de las obligaciones derivadas de su condición de concesionario del servicio público. Por último, entiende que falta la relación de causalidad entre su actuación y el daño producido a la menor por lo que solicita "se dicte la correspondiente resolución con exclusión y exoneración a esta Asociación de cualquier responsabilidad".

Propuesta de resolución

La propuesta de resolución estima la reclamación presentada por el padre de la menor que sufrió la agresión sexual, por haber quedado probada

la responsabilidad patrimonial de la Administración, si bien concreta la cuantía indemnizatoria en noventa y dos mil euros (92.000 euros).

II. CONSIDERACIONES JURÍDICAS

II.1^a. Objeto y carácter preceptivo del dictamen. Tramitación del expediente

La presente consulta versa sobre una reclamación de responsabilidad patrimonial presentada por don ... por los daños ocasionados a su hija, ..., como consecuencia de una agresión sexual, encontrándose bajo la guarda administrativa del Gobierno de Navarra mediante la figura del acogimiento administrativo residencial. Estamos, pues, ante una consulta en un expediente de responsabilidad patrimonial de la Administración de la Comunidad Foral de Navarra.

El artículo 16.1.i) de la LFCN ordena que el Consejo de Navarra será consultado en los expedientes tramitados por la Administración de la Comunidad Foral en los que la ley exija preceptivamente el dictamen de un organismo consultivo; en particular, en las reclamaciones de indemnización por daños y perjuicios de cuantía superior a 120.202,42 euros.

En consecuencia, el Consejo de Navarra emite dictamen preceptivo, pues la consulta atañe a una reclamación de indemnización por daños y perjuicios de cuantía superior a la exigida.

II.2^a. Tramitación del expediente

La LFACFN establece en sus artículos 82 y siguientes el procedimiento general que debe seguirse en materia de responsabilidad patrimonial, en el que se contemplan sucesivamente la práctica de las pruebas que se declaren pertinentes, solicitud de otros informes necesarios, audiencia del interesado por un plazo de diez días hábiles, dictamen del Consejo de Navarra cuando sea preceptivo, propuesta de resolución y, finalmente, resolución definitiva por el órgano competente y notificación.

De otra parte, en orden a la determinación del órgano competente para resolver, a tenor de lo dispuesto en el artículo 78 de la LFACFN la resolución de los procedimientos de responsabilidad patrimonial corresponderá al Consejero titular del Departamento cuya actuación haya podido generar aquélla.

Proyectando estas previsiones normativas al presente caso, la tramitación del procedimiento se estima correcta, pues se han incorporado los documentos necesarios para conocer las circunstancias concurrentes en el mismo, constan además informes suficientes para su valoración y se ha respetado el derecho de audiencia y defensa, otorgando la posibilidad de conocimiento íntegro de las actuaciones, formulación de alegaciones –que se llevaron a cabo- y presentación de documentos que se estimaran convenientes.

II.3ª. La responsabilidad patrimonial de la Administración: regulación y requisitos

La responsabilidad patrimonial de la Administración actúa, en buena medida, como institución de garantía de los ciudadanos. Contemplada en el artículo 106.2 de la Constitución, encuentra su desarrollo normativo ordinario en los artículos 139 a 144 (Capítulo I del Título X) de la LRJ-PAC, parcialmente modificada por la Ley 4/1999, de 13 de enero, y en los artículos 76 y siguientes de la LFACFN, en los que se contienen las normas procedimentales aplicables en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración de la Comunidad Foral de Navarra.

El punto de partida lo constituye así el artículo 139.1 de la LRJ-PAC, a cuyo tenor los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos.

La jurisprudencia viene exigiendo para que resulte viable la reclamación de responsabilidad patrimonial de las Administraciones

públicas, que el particular sufra una lesión en sus bienes o derechos que no tenga obligación de soportar -antijuridicidad- y que sea real, concreta y susceptible de evaluación económica; 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, sin que ésta sea producida por fuerza mayor (sentencias del Tribunal Supremo de 28 de marzo de 2006; 9 de mayo de 2005; 9 de noviembre de 2004 y 3 de octubre de 2000, entre otras muchas).

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 (artículo 141.2 LRJ-PAC). El derecho a reclamar prescribe al año de producido el hecho o el acto que motive la indemnización o de manifestarse su efecto lesivo (artículo 142.5 LRJ-PAC).

La carga de la prueba de los hechos necesarios para que exista responsabilidad corresponde a quien reclama la indemnización; y, en cambio, corre a cargo de la Administración la prueba del correcto funcionamiento del servicio o de la existencia de fuerza mayor o de circunstancias demostrativas de la existencia de dolo o negligencia de la víctima suficientes para considerar roto el nexo de causalidad (como recuerda la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de julio de 2000).

II.4ª. En particular, la antijuridicidad del daño y la relación de causalidad

Conforme al artículo 141.1 de la LRJ-PAC, “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. No serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquéllos, todo ello sin perjuicio de las prestaciones asistenciales o económicas que las leyes puedan establecer para estos casos”.

Como viene señalando la jurisprudencia el sistema legal de responsabilidad patrimonial de la Administración aparece dotado de naturaleza objetiva, sin que ello suponga que deba responder de forma automática por la sola constatación de la existencia de la lesión. En este sentido, la sentencia de 13 de septiembre de 2002 recuerda que reiterados pronunciamientos de este Tribunal Supremo tienen declarado “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...se transformaría aquél en un sistema providencialista no contemplado en nuestro ordenamiento jurídico”.

En nuestro caso, la existencia del daño parece incontrovertida. Tal como se deduce del atestado policial y de los informes médicos que obran en el expediente ... sufrió una grave agresión sexual por otro menor, encontrándose ambos bajo la guarda administrativa del Gobierno de Navarra, que le ocasionaron tanto daños físicos como psicológicos importantes.

Reconocido el daño sufrido por la menor resulta evidente su carácter antijurídico, lo que significa que no tenía obligación alguna de padecerlo, no habiendo existido tampoco consentimiento de la menor. Ese daño se produjo en el curso de la prestación de un servicio público, debido al funcionamiento claramente anormal del mismo, no sólo por el acto violento del que fue objeto la menor, sino por la ausencia total de vigilancia y control de los cuidadores del centro donde ambos menores vivían, lo que lleva consigo la ausencia de fuerza mayor.

En cuanto a la relación de causalidad, que es la cuestión controvertida –en palabras de la propuesta de resolución- que se puede plantear en este procedimiento, como recuerda la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de marzo de 2006, citando literalmente la de 14 de octubre de 2004, “la

jurisprudencia ciertamente ha venido refiriéndose de modo general al carácter directo, inmediato y exclusivo para particularizar el nexo causal entre la actividad administrativa y el daño o lesión que debe de concurrir para que pueda apreciarse responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, mas no queda excluido que la expresada relación causal –especialmente en los supuestos de responsabilidad por funcionamiento anormal de los servicios públicos, como hemos declarado en Sentencia de 18 de julio de 2002– pueda aparecer bajo formas mediatas, indirectas y concurrentes, circunstancia que puede dar lugar o no a una moderación de la responsabilidad -Sentencias de 8 de enero de 1967, 27 de mayo de 1984, 11 de abril de 1986, 22 de julio de 1988, 25 de enero de 1997 y 26 de abril de 1997, entre otras-, y que, entre las diversas concepciones con arreglo a las cuales la causalidad puede concebirse, se imponen, en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración, aquéllas que explican el daño por la concurrencia objetiva de factores cuya inexistencia, en hipótesis, hubiera evitado aquél -Sentencia de 25 de enero de 1997- por lo que no son admisibles, en consecuencia, concepciones restrictivas que irían en contra del carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas -Sentencia de 5 de junio de 1997-”.

En el caso que nos ocupa tanto la víctima como su agresor, menores de edad, se encontraban cuando ocurrieron los hechos bajo la guarda administrativa del Gobierno de Navarra, en virtud de sendas resoluciones de la entonces Directora General de Familia –240/2001, de 22 de enero y 1178/2006, de 14 de septiembre- y residían ambos en un piso de protección de menores, gestionado por la ..., en virtud del contrato administrativo suscrito con aquella Dirección General el 6 de septiembre de 2006, cuyo objeto, según el apartado 1.1 del Pliego de cláusulas Administrativas Particulares, es “la prestación del Servicio para la gestión del servicio de guarda o atención integral a menores en el ..., en diversos hogares funcionales y en un centro de día”. Prestación del servicio que incluye, inexcusablemente, las obligaciones de vigilancia y cuidado de los menores que les eran confiados.

Como recuerda la propuesta de resolución, la asunción de la guarda impone a la Administración “la obligación de velar por el menor y protegerlo con la diligencia debida, obligación que debe ser ejercida teniendo en cuenta las especiales circunstancias de vulnerabilidad de los menores sujetos al ámbito de la protección”. En relación con ello, en el informe de la Sección de Protección del Menor, de fecha 10 de diciembre de 2009, referido a los menores ... y ..., se puede leer que: “Al final de la jornada (19 de agosto de 2008), ... pide permiso para salir un momento del hogar y el Educador se lo concede. Otro de los compañeros del Hogar, ..., intenta salir del Hogar y el Educador se lo prohíbe porque ... no tiene ese nivel de autonomía de salir en esos momentos y sin supervisión, del Hogar. ... sale del hogar sin la autorización ni el conocimiento del Educador, de lo que se puede objetivar que, dado que es una menor a la que se le ha otorgado nivel de autonomía que no requiere de una supervisión permanente, la menor lo aprovecha consiguiendo pasar desapercibida y salir del Hogar sin comunicarlo ni sin solicitar el permiso pertinente. Posteriormente el Educador finaliza su jornada laboral y se marcha del Hogar. Por lo tanto no está presente en el mismo para comprobar que los menores que faltan (... que había salido un momento y ..., que se ha marchado sin autorización) han regresado. Por lo tanto tampoco está presente para comprobar en qué situación y con qué aspecto llegan los dos menores que se han ausentado”.

Por su parte, en el informe de incidencias “sobre el posible abuso sexual de ... a ...”, suscrito por la “...”, de 17 de diciembre de 2008, en el que se describen minuciosamente los hechos ocurridos la noche del día 19 de agosto de 2008, la revelación de los mismos y actuaciones posteriores (atención sanitaria, detención del menor, ...).

De ambos informes se deduce que el menor agresor obtuvo un permiso del educador para ausentarse de su domicilio “cinco minutos”, mientras que la víctima se marchó de aquél sin pedir permiso y sin que se notase su ausencia. Es al llegar la cuidadora de noches cuando advierten que la menor no está en el domicilio, si bien, de la descripción de los hechos se deduce que no le dieron importancia: “Marcha el educador a buscarles, no están el portal y sale a la calle, da una vuelta pero no les ve y ya se marcha ya que

ha terminado su turno de trabajo”. A ello hay que añadir que, al regresar los menores al domicilio, quien les abre es otro menor residente, por lo que los educadores tampoco pueden comprobar el estado en el que llegan. Por último, el tiempo que transcurre desde la agresión sexual hasta que la cuidadora se da cuenta de la misma es muy largo (la mañana siguiente) a pesar de los indicios de los que tenía conocimiento desde la noche anterior.

De todo lo expuesto se puede concluir la existencia de una relación de causalidad directa e inmediata entre el daño causado a la menor derivado de la grave agresión sexual padecida y el servicio prestado por la Administración, puesto que en el ejercicio de la guarda de los menores se ha incumplido el deber de cuidado y vigilancia previsto, siendo, en consecuencia, ésta, titular del servicio, directamente responsable de los daños sufridos por la menor.

No procede en esta sede discutir, como pretende la representación de “...” en sus alegaciones, si quien debe responder es la ..., que es la que gestiona el servicio, y no el Gobierno de Navarra. Como señala la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 1989 “en la gestión de los servicios públicos mediante contrato, la Administración ha asumido previamente la actividad de que se trata, por considerarla indispensable para la vida de la sociedad. Se ha producido lo que la doctrina ha llamado «publicatio» de dicha actividad y que no supone otra cosa que la conversión de tal actividad en competencia administrativa (...) En segundo lugar, hay que tener presente que la Administración concedente no pierde la titularidad por el hecho de conceder el servicio. Dicha titularidad la conserva la Administración (...) Y porque mantiene su titularidad la Administración, le alcanza la responsabilidad por los hechos o actos del concesionario-gestor, incluso cuando éste entra en relaciones de derecho privado. La Administración, es gestora como agente y responsable necesaria de los intereses colectivos prevalentes”. Así pues, siguiendo lo indicado en la propuesta de resolución, la “Administración, titular del servicio público no puede en modo alguno desentenderse de los daños causados por la actuación de quien gestiona el servicio, debiendo resolverse en este procedimiento sobre la procedencia de

la indemnización quedando obligada la Administración a responder, aunque quepa, en su caso, la posterior repetición en caso de estimarse procedente”.

Por último, la representación de la ... plantea como cuestión procesal la falta de legitimación del padre de la menor para instar la reclamación con base, inicialmente, en que tenía suspendida la patria potestad (escrito de alegaciones de 15 de febrero de 2010), si bien posteriormente, rectifica dicha afirmación (escrito de alegaciones de 25 de febrero de 2010), y en la existencia de un conflicto de intereses entre él y la menor por lo que solicita, con base en los artículos 163, 299 y siguientes del Código Civil y la ley 64 del Fuero Nuevo, el nombramiento de un defensor judicial. Sin embargo, este Consejo, siguiendo también lo afirmado en la propuesta de resolución, tiene que manifestar que no existe tal conflicto de intereses, dado que tanto el padre como la hija persiguen el mismo fin: el reconocimiento de la responsabilidad patrimonial de la Administración y, como consecuencia de ello, una indemnización que como indica el padre en su solicitud “serán depositados en una cuenta bancaria de la que ésta podrá disponer en el momento que cumpla 18 años”.

II.5ª. Fijación de la indemnización

Finalmente es obligado el pronunciamiento sobre el “quantum” indemnizatorio. El reclamante, sin justificación alguna, cifra la cantidad exigida en 360.000 euros. Cantidad que, tanto la mercantil “...” como “...”, consideran excesivas atendiendo a las cantidades que por hechos similares vienen concediendo los Tribunales en Navarra. Por su parte, la propuesta de resolución, siguiendo el criterio de la Audiencia Provincial de Pamplona, propone una indemnización de 92.000 euros.

La indemnización responde al principio de reparación integral de los daños y perjuicios causados (artículos 106.2 de la Constitución y 139.1 de la LRJ-PAC). La indemnización comprensiva del daño físico, moral y el perjuicio patrimonial se calculará atendiendo las circunstancias personales, laborales y familiares de la víctima, así como los demás datos concurrentes en aquél. Esta valoración exige una apreciación racional aunque no matemática, dadas las circunstancias complejas y subjetivas en una suma

dineraria, sin olvidar el innegable componente subjetivo de la determinación de los daños morales.

En cuanto al momento de la valoración del perjuicio, el artículo 141.3 de la LRJ-PAC establece que “la cuantía de la indemnización se calculará con referencia al día en que la lesión efectivamente se produjo, sin perjuicio de su actualización a la fecha en que se ponga fin al procedimiento de responsabilidad con arreglo al índice de precios al consumo, fijado por el Instituto Nacional de Estadística y de los intereses que procedan por demora en el pago de la indemnización fijada, los cuales se exigirán con arreglo a lo establecido en la Ley General Presupuestaria”. El Tribunal Supremo viene considerando como uno de los instrumentos adecuados para hacer efectivo el principio de indemnidad, la consideración de la obligación pecuniaria de resarcimiento como una deuda de valor, que lleva a fijar la cuantía de la deuda actualizada al momento de su determinación o fijación, y no al momento de producción del daño (sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, de 21 de abril de 1998).

Aplicando los criterios anteriormente expuestos, la instructora, en la propuesta de resolución, después de manifestar que la menor sufrió una agresión sexual que le ha generado un daño que se debe reparar, describe, a la vista del informe psicológico elaborado por la Oficina de Atención a Víctimas de Delito de Navarra, cuáles son, en síntesis, los daños que presentaba la menor y sus secuelas y que se resumen en “un cuadro sintomatológico de tipo postraumático denominado Trastorno por Estrés Agudo”. A continuación añade: “En relación a la cantidad concreta indemnizatoria y siguiendo el criterio de la Audiencia Provincial de Navarra en las recientes sentencias número 76/2009, de 7 de abril (que impone una indemnización de 50.000 euros) y sentencia número 147/2006, de 11 de septiembre (que impone una indemnización de 90.000 euros), se propone una indemnización de 92.000 euros a la menor agredida”.

En opinión de este Consejo resulta razonable el criterio seguido en la propuesta de resolución de la instructora y que consiste en valorar los daños teniendo en cuenta cómo lo han hecho los tribunales de justicia ante casos similares y recientes como son los descritos en las sentencias citadas en la

propuesta y en otras (Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de noviembre de 2006 que impone una indemnización de 42.000 euros y la Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra, número 67, de 1 de abril de 2009 que impone una indemnización de 90.000 euros).

III. CONCLUSIÓN

El Consejo de Navarra considera que la reclamación formulada por don ..., por daños derivados del funcionamiento de los servicios de la Administración de la Comunidad Foral debe ser estimada, indemnizando al reclamante en la cantidad señalada en la propuesta de resolución.

En el lugar y fecha señalados en el encabezamiento.