

Dictamen n^o: **17/15**
Consulta: **Alcaldesa de Madrid**
Asunto: **Responsabilidad Patrimonial**
Aprobación: **21.01.15**

DICTAMEN de la Comisión Permanente del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad en su sesión de 21 de enero de 2015, emitido ante la consulta formulada por el coordinador general de la Alcaldía del Ayuntamiento de Madrid (por delegación de la alcaldesa mediante Decreto de 10 de mayo de 2013), a través del consejero de Presidencia, Justicia y portavoz de Gobierno, al amparo del artículo 13.1 de la Ley 6/2007, de 21 de diciembre, en el asunto promovido por F.H.C. (en adelante, “*el reclamante*”), sobre reclamación de responsabilidad patrimonial del Ayuntamiento de Madrid por los daños y perjuicios ocasionados como consecuencia de la publicación de una foto del reclamante en un medio de comunicación y desvelar la enfermedad que padecía.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 22 de septiembre de 2011, el reclamante, actuando a través de un abogado colegiado, presentó en el registro de la Consejería de Asuntos Sociales de la Comunidad de Madrid un escrito solicitando una indemnización por los daños y perjuicios derivados de la publicación de la imagen del reclamante en el periódico A de Madrid, con ocasión de la realización de un reportaje en la residencia y centro de día para enfermos de Alzheimer Margarita Retuerto, en la cual se encontraba.

No consta ninguna actuación de esa Consejería hasta que, con fecha 12 de marzo de 2013, dio traslado de la reclamación al Área de Gobierno de

Familia y Asuntos Sociales y Participación Ciudadana por entender que se trataba de un asunto de competencia del Ayuntamiento de Madrid, informando de la interposición por parte del reclamante de un recurso contencioso-administrativo contra la desestimación presunta de la reclamación.

Manifestaba el reclamante, de 78 años de edad, que se encontraba en las instalaciones de la residencia y centro de día para enfermos de Alzheimer Margarita Retuerto cuando el periódico A de Madrid se presentó en ellas para llevar a cabo un reportaje periodístico.

En la publicación del citado periódico del 24 de septiembre al 1 de octubre de 2010 apareció la imagen del reclamante sin su consentimiento ni el de sus familiares.

Con fecha 6 de abril de 2011 remitió por burofax a la referida residencia una solicitud de información sobre la utilización de sus instalaciones, si existió algún permiso o solicitud y, fundamentalmente, si se recabó el consentimiento del reclamante (sic) o de sus familiares para la utilización de sus datos. No obstante, a fecha de 21 de septiembre de 2011, no recibió contestación alguna.

Consideraba el reclamante que la utilización de su imagen, sin su autorización y haciendo pública la patología que padece, vulneró su derecho a su intimidad y a la propia imagen, provocando un perjuicio moral y a su imagen en su ámbito social y profesional (folio 2).

Tras citar como normativa aplicable la Constitución Española, la Ley General de Sanidad, la derogada Ley General de Consumidores y Usuarios de 1984 y las normas deontológicas de la profesión médica reclama como indemnización doscientos mil euros (200.000 €) sin justificar las razones de esa cantidad.

Adjuntaba a su reclamación copia de poder para pleitos, copia del reportaje publicado en el periódico A de Madrid en el que aparecía la imagen del reclamante y copia del escrito dirigido a la residencia Margarita Retuerto solicitando información.

SEGUNDO.- A causa de la referida reclamación se instruyó un procedimiento de responsabilidad patrimonial del que constituyen aspectos a destacar en su tramitación, los siguientes:

Se ha incorporado al expediente el informe emitido por B, de 22 de marzo de 2013, en el que manifestaba que el reclamante estuvo ingresado en el centro Margarita Retuerto para enfermos de Alzheimer del 17 de mayo de 2007 al 18 de agosto de 2011 en el que causó baja por enfermedad.

Destaca que, con motivo del Día Internacional de Alzheimer, el 21 de septiembre de 2010 el Centro organizó una visita de un grupo de usuarios y familiares al Centro Integrado Municipal para Enfermos de Alzheimer "Jazmín" donde estaban planificadas distintas actividades y ponencias.

En dicho centro el reclamante estuvo acompañado de su esposa que autorizó la visita y le acompañó en todo momento.

Según el informe «Días después de la actividad, (...), la esposa, se persona en el Centro Margarita Retuerto, informando a la Directora del mismo de una entrevista que le hicieron a ella y publicaron en un periódico "A" de Madrid (...). Comentando acerca del malestar de sus hijos por haber visto en el mismo una foto de su padre».

Destaca el informe que la entrevista se la hicieron a la esposa del reclamante que no es usuaria del centro y que se hizo responsable de acompañar a su esposo en todo momento sin que ningún profesional de B utilizase la imagen del reclamante, la facilitase al periódico o aportase algún otro dato personal de tal forma que toda la información que se describe en el

artículo periodístico fue facilitada por la esposa del reclamante según ésta reconoció al personal de la residencia.

Indica que, en Junio de 2012, desde la Consejería de Asuntos Sociales de la Comunidad de Madrid solicitó a B vía telefónica su domicilio social para efectuar el emplazamiento en un recurso contencioso y se informó a la Consejería la información que se tenía al respecto. El 12 de Marzo de 2013 se emplazó a B en el procedimiento ordinario 639/2012 seguido ante la Sala de lo Contencioso del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en materia de responsabilidad patrimonial.

Igualmente, se ha incorporado al expediente el informe emitido por el jefe del Departamento de Centros de Día y Residenciales del Área de Gobierno de Familia y Asuntos Sociales del Ayuntamiento de Madrid, de fecha 3 de abril de 2013, en el que destaca que la gestión de los centros de día del Ayuntamiento de Madrid se realiza por la empresa B en virtud de un contrato de gestión de servicios públicos en el cual los pliegos establecen la obligación del adjudicatario de respetar en su integridad la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, y su normativa de desarrollo, de conformidad con lo establecido en la Disposición Adicional Trigésimo Primera de la Ley de Contratos del Sector Público.

Afirma que de la información recabada se desprende que los hechos no ocurrieron como los recoge el reclamante ya que en ningún momento se facilitaron imágenes del interesado a ningún medio de comunicación sino que las imágenes y manifestaciones a las que aluden, fueron realizadas por su esposa quien le acompañó en todo momento, como ella misma informó a la directora del centro días después una vez que se publicó el reportaje.

Por Acuerdo de la jefa del Departamento de Responsabilidad Patrimonial, notificado el 18 de julio de 2013, se requirió al reclamante la aportación de declaración en la que manifestase no haber sido indemnizado, ni serlo en el

futuro por los mismos hechos; indicación de si por los mismos hechos se seguían otras reclamaciones; indicar si el reclamante nombró un tutor o presentaba algún tipo de incapacidad que requiriera la asistencia de un familiar para actuar en su nombre; declaración del representante del reclamante de que el poder otorgado estaba vigente e indicación de los restantes medios de prueba de los que pretendiese valerse.

El reclamante cumplimentó el requerimiento mediante escrito presentado el 30 de julio de 2013 afirmando que no se seguía ninguna reclamación por los mismos hechos y adjuntando sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 95 de Madrid, de 7 de noviembre de 2011, de incapacitación del reclamante, designando tutor a su hijo I.H.B. así como poder general para pleitos otorgado por el tutor a favor del abogado firmante de la reclamación.

Mediante Acuerdo de la jefa del Servicio de Organización y Régimen Jurídico, notificado el 22 de noviembre de 2013, se confirió trámite de audiencia a B y a la aseguradora C, no constando la presentación de alegaciones por parte de ésta última.

B presentó el 11 de diciembre de 2013 escrito de alegaciones en el que, en síntesis, denunciaba la falta de personalidad del reclamante puesto que se hizo uso de un poder nulo ya que en el momento de la reclamación ya se había incapacitado al reclamante y, por tanto, la reclamación habría prescrito. Entendía, además, que los hechos no se habrían acreditado y el daño no se habría probado.

Solicita como prueba testifical la declaración de los autores de la información publicada (redactora y fotógrafo), de la esposa del reclamante y de la directora de la residencia.

Igualmente, mediante Acuerdo de la jefa del Departamento de Responsabilidad Patrimonial, notificado el 24 de enero de 2014, se confirió

trámite de audiencia al reclamante que, en uso de dicho trámite, con fecha 11 de febrero de 2012, presentó escrito de alegaciones en el que hacía constar:

- Que la acción no había prescrito puesto que se remitió burofax a B en abril de 2011 y después se presentó la reclamación y la reclamación se presentó en la Comunidad de Madrid dos días antes del vencimiento del plazo. Además la incapacidad del reclamante se produjo con posterioridad a la presentación de la reclamación.
- Que se encontraban acreditados los hechos, ya que se publicó tanto la imagen del reclamante como la enfermedad que padece sin que constase autorización expresa al respecto.
- Que se produjo un incumplimiento muy grave en el ejercicio del servicio por parte de los empleados de B en cuanto a la vulneración del deber de guardar secreto de los datos de carácter personal que se conozcan en relación a las actividades que se realicen.
- Que el daño moral es por su propia naturaleza presumible y no requiere prueba al respecto.

Finalmente, con fecha 14 de noviembre de 2014, el director general de organización y régimen jurídico dictó propuesta de resolución en la que desestimaba la reclamación formulada por el reclamante al considerar no acreditada la relación de causalidad entre los daños alegados y el funcionamiento de los servicios públicos municipales.

Entiende la propuesta que la publicación de la fotografía fue autorizada por la esposa del reclamante como se infiere del reportaje máxime cuando del poder notarial aportado se extrae que el reclamante tenía plena capacidad en ese momento.

Considera que no hay responsabilidad del contratista pero tampoco la habría del Ayuntamiento ya que no hay ni orden directa al contratista ni

culpa in vigilando por lo que, de existir tal responsabilidad, correspondería al contratista.

Tampoco considera acreditados los daños reclamados.

TERCERO.- El coordinador general de la Alcaldía del Ayuntamiento de Madrid (por delegación de la alcaldesa mediante Decreto de 10 de mayo de 2013), formula preceptiva consulta por trámite ordinario, a través del consejero de Presidencia, Justicia y Portavoz del Gobierno que se remite a este Consejo mediante oficio de 12 de diciembre de 2014 que ha tenido entrada en el registro del Consejo Consultivo el 18 de diciembre de 2014, correspondiendo su estudio, por reparto de asuntos, a la Sección III, presidida por el Excmo. Sr. D. Javier María Casas Estévez, que formuló y firmó la oportuna propuesta de dictamen, deliberado y aprobado, por unanimidad, en Comisión Permanente de este Consejo Consultivo, en su sesión de 21 de enero de 2015.

El escrito solicitando el informe preceptivo fue acompañado de la documentación que, adecuadamente numerada y foliada, se consideró suficiente.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes

CONSIDERACIONES DE DERECHO

PRIMERA.- El Consejo Consultivo emite su dictamen preceptivo de acuerdo con el artículo 13.1.f).1º de su Ley Reguladora 6/2007, de 21 de diciembre (LCC), por ser la reclamación de responsabilidad patrimonial de cuantía superior a 15.000 euros y a solicitud de un órgano legitimado para ello, según el artículo 14.3 LCC.

El dictamen ha sido evacuado dentro del plazo ordinario establecido en el artículo 16.1 LCC.

SEGUNDA.- El reclamante ostenta legitimación activa para promover el procedimiento de responsabilidad patrimonial, al amparo del artículo 139.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (LRJ-PAC), al haber resultado supuestamente perjudicado a raíz de la publicación de su imagen en un medio de comunicación.

Actúa representado por un abogado mediante un poder notarial otorgado el 18 de marzo de 2011 en el que no consta conferida la posibilidad de interponer reclamaciones ante la Administración sino que se limita, como facultad general, a la *“representación procesal según preceptúa el artículo 25 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en cualquier clase de jurisdicción”* y, como facultades especiales, diversas actuaciones entre las que tampoco consta la posibilidad de reclamar a la Administración.

No obstante, habiendo sido incapacitado el reclamante por sentencia de 7 de noviembre de 2011 del Juzgado de 1ª Instancia nº 95 de Madrid que consideró que se cumplían los requisitos del artículo 200 del Código Civil y procedió a designar como tutor al hijo del reclamante, se ha aportado una nueva escritura de poder notarial otorgada por el tutor a favor del abogado firmante de la reclamación que incluye expresamente la posibilidad de plantear solicitudes a la Administración, por lo que ha de entenderse subsanada la inicial falta de representación a los efectos del artículo 32 LRJ-PAC.

Asimismo, se encuentra legitimado pasivamente el Ayuntamiento de Madrid en cuanto titular del servicio público (residencia) gestionado de forma indirecta mediante un contrato administrativo de gestión de servicio público (concesión) con una empresa.

En cuanto al procedimiento ha de destacarse que el Ayuntamiento no se ha pronunciado sobre la prueba (no ya razonable sino verdaderamente esencial para resolver) solicitada por la empresa que gestiona la residencia lo cual hubiera determinado la retroacción del procedimiento para su práctica de no concurrir lo que pasamos a exponer.

TERCERA.- Debe hacerse una especial referencia al plazo, las reclamaciones de responsabilidad patrimonial, a tenor del artículo 142.5 de la LRJ-PAC, tienen un plazo de prescripción de un año desde la producción del hecho que motive la indemnización o de manifestarse su efecto lesivo, que se contará, en el caso de daños de carácter físico o psíquico, desde la curación o la fecha de determinación del alcance de las secuelas.

En el caso sujeto a examen, el reclamante considera que la publicación en el periódico digital A (del 24 de septiembre al 1 de octubre de 2010) de su imagen acompañada de unas declaraciones de la esposa del reclamante que padecía la enfermedad indicando le causó unos daños morales por los que plantea la reclamación.

El reclamante admite como *dies a quo* para el cómputo del plazo el de la publicación de la fotografía el 24 de septiembre de 2010, que este Consejo considera igualmente aplicable, aplicando por analogía lo dispuesto en el artículo 9.5 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil al honor, del que resulta que la fecha para el ejercicio de las acciones de dicha Ley ha de ser el día inicial de la publicación (sentencia del Tribunal Supremo (Civil) de 17 de julio de 2008 (recurso 3039/2001)).

En cualquier caso, aun cuando se optase por esa fecha, ha de considerarse prescrita la reclamación y ello por cuanto la reclamación se efectuó el 22 de septiembre de 2011 dirigida a la “*Dirección General de la Consejería de Familia y Asuntos Sociales*” y no al Ayuntamiento de Madrid.

Este Consejo viene admitiendo el efecto interruptivo de las reclamaciones formuladas ante los tribunales de justicia o ante otra Administración distinta de la competente si ello no suponía una “*actuación irrazonable*”.

Así se ha establecido ese carácter interruptivo en materias en las que las competencias no son claras para los ciudadanos (vgr. alcantarillado, Dictamen 421/11, de 19 de julio) o cuando se había transferido la competencia de la Administración estatal a la Autonómica (Dictamen 222/08, de 17 de diciembre).

Sin embargo nos encontramos ante una reclamación en la que el reclamante conocía perfectamente que la residencia dependía del Ayuntamiento ya que no solo la titularidad y gestión eran municipales sino que las solicitudes de admisión y baja se efectuaban ante las Juntas de Distrito (folio 313) constando en todos los soportes utilizados para la prestación de los servicios la identidad corporativa del Ayuntamiento de Madrid (folios 383-390).

Por tanto la solicitud de responsabilidad a la Comunidad de Madrid, reiterada al interponer el reclamante un recurso contencioso administrativo contra la desestimación por silencio, no puede sino calificarse de “*irrazonable*”, máxime cuando actuaba representado por un abogado colegiado y ello con independencia de la inadmisibile actuación de la Consejería de Asuntos Sociales al no realizar actuación alguna de tramitación hasta que tuvo que emplazar a los interesados en el recurso contencioso por imperativo legal del artículo 49 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso administrativa.

En ese momento (12 de marzo de 2013) se emplaza al Ayuntamiento y se le remite la reclamación de responsabilidad por considerar la Comunidad que es competencia municipal su tramitación y resolución.

El reclamante considera, no obstante, que los plazos se interrumpieron por la remisión el 7 de abril de 2011 de un burofax a la residencia.

Ahora bien, para que una reclamación extrajudicial interrumpa la reclamación (aun admitiendo que la reclamación al contratista de la Administración produzca ese efecto interruptivo ya que en nuestro Dictamen 87/10, de 7 de abril admitimos la interrupción por una reclamación a la aseguradora de la Administración) ha de constar claramente una voluntad de reclamar no siendo suficiente la remisión de un burofax en el que se pide llegar a un acuerdo (Dictamen 83/08, de 5 de noviembre), telegramas que no contienen datos sobre la reclamación (Dictamen 327/14, de 23 de julio) o la simple presentación de quejas sobre la actuación de la Administración (sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 4 de junio de 2012 (recurso 390/2009) que niega el efecto interruptivo de una solicitud cuando: *«A) en la misma ni siquiera se pide o se “solicita nada” y B) no consta la más mínima intención de que este escrito sea uno de los que inician el procedimiento de responsabilidad patrimonial al no haber un petitum claro en dicho sentido»*).

En este caso el burofax (folio 19) se limita a pedir información sobre si la residencia autorizó la utilización de sus instalaciones para tomar la fotografía del reclamante o si recabó algún tipo de autorización del reclamante (sic) o sus familiares a los efectos de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal, que según el burofax *“tienen por objeto garantizar y proteger los derechos personales de las personas (sic) físicas, y especialmente de su honor e intimidad personal y familiar”*.

Es evidente que tal contenido no permite entender que se reclame responsabilidad alguna y no puede tener los efectos del artículo 1973 del Código Civil sin perjuicio, además, que ni admitiendo tal efecto interruptivo podría considerarse en plazo la reclamación.

En mérito a cuanto antecede el Consejo Consultivo formula la siguiente

CONCLUSIÓN

Procede declarar prescrita la presente reclamación de responsabilidad patrimonial.

A la vista de todo lo expuesto, el órgano consultante resolverá según su recto saber y entender, dando cuenta de lo actuado, en el plazo de quince días, a este Consejo de conformidad con lo establecido en el artículo 3.7 del Decreto 26/2008, de 10 de abril, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid.

Madrid, 21 de enero de 2015