

RESEÑA DE LOS DICTÁMENES DEL CONSEJO CONSULTIVO DE ANDALUCÍA. AÑO 2021

MARÍA JESÚS GALLARDO CASTILLO¹

I. Dictamen 78/2021, de 11 de febrero, sobre el procedimiento de revisión oficio incoado por el Ayuntamiento de Sorvilán (Granada) para la declaración de nulidad del acuerdo del Pleno, de 25 de febrero de 2020, por el que se aprueba el estudio de detalle para la ordenación de volúmenes y ajustes de alineaciones.

En este dictamen se analiza, por una parte, el significado del informe de Costas y, por otra, se concluye que para fundamentar la nulidad de pleno derecho por la omisión del citado informe, ha de apelarse al artículo 47.2 de la Ley 39/2015, de acuerdo a la naturaleza normativa del Estudio de Detalle

Ponencia: Consejero, Rafael Escudero Rodríguez

Letrado Mayor, José Luís Martín Moreno

Letrado, José Mario Guisado Barrilao

Se somete a dictamen de este Consejo Consultivo el procedimiento tramitado por el Ayuntamiento de Sorvilán (Granada) para la revisión de oficio, por causa de nulidad, del acuerdo del Pleno de 25 de febrero de 2020, por el que se aprueba el Estudio de Detalle de la Avenida del Mar, nº X, de Los Yesos.

III

Procede examinar la cuestión de fondo, esto es, si procede la declaración de nulidad del citado Estudio de Detalle.

Aunque el acuerdo de inicio y la propuesta de resolución se refieren a la nulidad del acuerdo del Pleno por el que se aprobó definitivamente el Estudio de Detalle, hay que precisar que, el vicio se proyectaría indefectiblemente sobre el Estudio de Detalle, que tiene naturaleza de norma reglamentaria, tal y como ha subrayado este Consejo Consultivo en numerosos dictámenes (779/2012, 766/2014, 309/2015, 517/2018 y 419/2018, entre otros). Efectivamente, en ellos hemos destacado que el estudio de detalle goza de naturaleza normativa y, partiendo de esta premisa, hemos analizado la aplicación de la causa de nulidad entonces prevista en artículo 62.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (actualmente, art. 47.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas). Algunos de esos dictámenes se refieren, precisamente, a revisiones de oficio de estudios de detalle tramitadas por el Ayuntamiento de Sorvilán (dictámenes 305/2010, 545/2010, 521/2010 y 86/2012).

¹ Presidenta del Consejo Consultivo de Andalucía. Catedrática de Derecho administrativo. gallardo@ujaen.es

Nuestra doctrina concuerda con la jurisprudencia del Tribunal Supremo que subraya, asimismo, que los estudios de detalle participan de la naturaleza de las disposiciones de carácter general (STS de 26 de junio de 2004, entre otras), aunque sean un instrumento menor de planeamiento. Se trata de una figura complementaria del planeamiento, del que constituyen su último eslabón (STS de 13 de noviembre de 2009).

Por definición, los estudios de detalle tienen un objeto limitado y están supeditados al planeamiento general. En su condición de norma jurídica están sometidos al principio de jerarquía normativa. En este sentido, damos por reproducido lo dispuesto en el artículo 15 de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía (LOUA), que acota el contenido de los estudios de detalle, disponiendo que tienen por objeto completar o adaptar algunas determinaciones del planeamiento en áreas de suelos urbanos de ámbito reducido. Partiendo de este planteamiento, el referido artículo precisa las determinaciones que pueden contener los estudios de detalle y las que les están vedadas. Lo explica sintéticamente la STS de 13 de noviembre de 2009 antes referida, al señalar que: “Atendida su naturaleza, la posición que ocupan en el planeamiento, y la finalidad que están llamados a cumplir, los Estudios de Detalle no pueden corregir ni modificar el planeamiento al que completan, ni innovar respecto de aumentos de volúmenes, alturas o índices de ocupación del suelo, incrementar densidades o alterar los usos preestablecidos, como se encarga de señalar el artículo 65 del Reglamento de Planeamiento... Quedando, pues, extramuros de esta figura de planeamiento las determinaciones propiamente sustantivas, porque ni pueden suplantar a los Planes Generales, ni ocasionar perjuicio alguno por alterar las condiciones de ordenación.”

La naturaleza normativa de los estudios de detalle explica que su régimen de invalidez se someta a lo dispuesto en el artículo 47.2 de la Ley 39/2015, al que posteriormente nos remitimos. Esa misma naturaleza determina que les resulte de aplicación el régimen de recursos frente a las disposiciones de carácter general, de manera que no cabe recurso en vía administrativa contra los mismos, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 112.3 de la Ley 39/2015. Del mismo modo, la referida naturaleza de los estudios de detalle justifica la aplicación del régimen de revisión de oficio previsto en el artículo 106.2 de la Ley 39/2015, en el que únicamente se contempla la revisión de las disposiciones administrativas en los supuestos previstos en el artículo 47.2 y siempre de oficio y previo dictamen favorable del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma si lo hubiere.

Por otro lado, la naturaleza a la que nos venimos refiriendo marca su procedimiento de elaboración. Así, de conformidad con lo previsto en el artículo 32.1 de la LOUA (en el que se regula la tramitación de los instrumentos de planeamiento), el iter del estudio de detalle es el siguiente: Aprobación inicial por el Alcalde [art. 21.1.j) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local]; sometimiento a información pública, como mínimo, por un periodo de 20 días; requerimiento de informes por parte de órganos y entidades administrativas gestores de intereses públicos afectados, previstos legalmente como preceptivos; finalmente, aprobación definitiva por el Pleno de la entidad local [art. 22.2.c) de la Ley 7/1985].

La revisión de oficio que se postula trae causa, precisamente, de la omisión del

informe previsto en los artículos 112.a) y 117 de la Ley de Costas 22/1988, de 28 de julio, y 222 del Reglamento General de Costas, aprobado por Real Decreto 876/2014, de 10 de octubre.

Concretamente, el artículo 112.a) de la Ley de Costas establece lo siguiente: “Corresponde también a la Administración del Estado emitir informe, con carácter preceptivo y vinculante, en los siguientes supuestos: a) Planes y normas de ordenación territorial o urbanística y su modificación o revisión, en cuanto al cumplimiento de las disposiciones de esta Ley y de las normas que se dicten para su desarrollo y aplicación.”

Por su parte, el artículo 117 dispone lo siguiente en sus apartados 1 y 2.: “1. En la tramitación de todo planeamiento territorial y urbanístico que ordene el litoral, el órgano competente, para su aprobación inicial, deberá enviar, con anterioridad a dicha aprobación, el contenido del proyecto correspondiente a la Administración del Estado para que ésta emita, en el plazo de un mes, informe comprensivo de las sugerencias y observaciones que estime convenientes.

2. Concluida la tramitación del plan o normas de que se trate e inmediatamente antes de la aprobación definitiva, la Administración competente dará traslado a la del Estado del contenido de aquél para que en el plazo de dos meses se pronuncie sobre el mismo. En caso de que el informe no sea favorable en aspectos de su competencia, se abrirá un período de consultas, a fin de llegar a un acuerdo. Si, como resultado de este acuerdo, se modificara sustancialmente el contenido del plan o normas, deberá someterse nuevamente a información pública y audiencia de los Organismos que hubieran intervenido preceptivamente en la elaboración.”

En el mismo sentido, nos remitimos a lo dispuesto en el artículo 222 del Reglamento General de Costas, dejando subrayado que el inciso final de su apartado 1.a) precisa de manera expresa que el informe preceptivo y vinculante que ha de emitir la Administración General del Estado incluye “los Proyectos de Delimitación de Suelo Urbano y los Estudios de Detalle u otros de similar contenido, que incidan sobre el dominio público marítimo-terrestre y sus zonas de servidumbre”.

Como puede verse, no se trata simplemente de informes preceptivos (ya de por sí importantes como garantía que son del interés general y de la bondad de las resoluciones, según el Tribunal Supremo), sino de informes que se exigen con carácter preceptivo y vinculante. Lo que prevén los preceptos referidos es un doble informe: el previo a la elaboración del plan y el que debe solicitarse una vez finalizada la tramitación del plan o normas de que se trate e inmediatamente antes de la aprobación definitiva.

En este caso, pese a que el informe técnico municipal emitido en la tramitación del estudio de detalle señala que el inmueble está afectado por la servidumbre de protección de costas, el Ayuntamiento siguió adelante con la tramitación prescindiendo del informe de Costas, eludiendo un trámite calificado de manera inconcusa como preceptivo y vinculante. Esta omisión justifica el requerimiento del Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico al que ya nos hemos referido en el anterior fundamento jurídico.

Para comprender la finalidad y la relevancia que cumple el informe al que nos referimos, hay que hacer notar que constituye una fórmula que permite la articulación de competencias correspondientes a distintas instancias sobre un mismo espacio, un fenómeno propio de los Estados complejos, en los que la salvaguarda del reparto territorial del poder exige garantizar que una determinada Administración ejerza sus competencias sin desconocer las de las demás.

Tal y como recuerda la STS de 24 de abril de 2012 (con cita de las SSTS de 9 de marzo de 2011, 22 y 23 de marzo de 2011) que “en estos, y en otros casos, en que el marco competencial diseñado por la Constitución determina la coexistencia de títulos competenciales con incidencia sobre un mismo espacio físico, se hace imprescindible desarrollar técnicas de coordinación, colaboración y cooperación interadministrativas”.

En este orden de ideas, nos remitimos a la STC 149/1991, de 4 de julio (FJ 1), en la que se destaca que “tanto para asegurar la integridad física y las características propias de la zona marítimo-terrestre como para garantizar su accesibilidad es imprescindible imponer servidumbres sobre los terrenos colindantes y limitar las facultades dominicales de sus propietarios”. Más adelante, la STC 149/1991 señala (FJ 7) que la existencia de un informe previo, y preceptivo, es un medio razonable para asegurar que la realización de los planes y proyectos no encuentre al final un obstáculo insalvable. Y en cuanto al carácter vinculante que a tales informes preceptivos se otorga, señala el Tribunal Constitucional que “se encuentra considerablemente atenuado, en lo que respecta a los planes y normas de ordenación territorial o urbana, por lo dispuesto en el artículo 117 de la propia Ley, pues la fuerza que así adquieren esos informes convierte, de hecho, la aprobación final del plan o proyecto en un acto complejo en el que han de concurrir dos voluntades distintas, y esa concurrencia necesaria sólo es constitucionalmente admisible cuando ambas voluntades resuelven sobre asuntos de su propia competencia”.

Pues bien, pese a que algunos Ayuntamientos han planteado que la omisión del correspondiente informe no siempre debería conducir a la nulidad, alegando que ésta es un remedio extremo que hay que administrar ponderadamente, reservándola para supuestos de indefensión, lo han hecho como si el problema se planteara en relación con actos administrativos establecidos en garantía de los administrados, cuando en estos supuestos nos encontramos ante instrumentos que gozan de naturaleza normativa y la Administración sectorial informante no interviene como lo hacen los interesados en un procedimiento administrativo. Partiendo de esta premisa, las SSTS de 13 de septiembre de 2013 y 18 de octubre de 2018, rechazan dicho planteamiento, confirmando que el incumplimiento de los artículos 112.a) y 117 de la Ley de Costas, en relación con la exigibilidad del informe preceptivo y vinculante de la Administración del Estado respecto de la aprobación de los planes y normas de ordenación territorial o urbanística y su modificación o revisión constituye causa de nulidad. Como puede deducirse de la STS de 18 de enero de 2013, en estos casos no se trata de verificar si la Administración que había de emitir el informe y no lo hizo porque no se le solicitó quedó indefensa, sino de permitir la incorporación al expediente de datos y elementos de juicio necesarios para garantizar la legalidad, acierto y oportunidad de la decisión, velando por el interés general mediante la integración de puntos de vista y bienes jurídicos tutelados por distintas instancias administrativas.

Esto mismo sucede, como recuerda la STS de 24 de abril de 2012, con otros informes preceptivos y vinculantes que corresponde emitir a la Administración General del Estado en materia de carreteras, aeropuertos, telecomunicaciones y aguas (en ese caso, dicha sentencia se refiere al informe preceptivo y vinculante que debió emitir la Confederación Hidrográfica del Júcar en relación con la modificación nº 7, del Plan General y el Plan Parcial Sector 6 “el Realenc” de Carcaixes).

En la STS de 5 de mayo de 2015 se recuerda que la STS de 18 de mayo de 2009 enseña que “los actos administrativos pueden ser ilegales por nulidad (artículo 62.1 de la Ley 30/92) o por simple anulabilidad (artículo 63), pero las disposiciones generales no son nunca anulables, sino nulas de pleno derecho, ya que el artículo 62.2 de la Ley 30/92 dispone la nulidad de pleno derecho de las disposiciones administrativas que vulneren las leyes u otras disposiciones de rango superior, sin distinción de valoración formal o material”.

De cuanto hemos expuesto se desprende que la omisión del informe previsto en los artículos 112.a) y 117 de la Ley de Costas y 222 del Reglamento General de Costas conduce derechamente a la declaración de nulidad del “Estudio de Detalle para la ordenación de volúmenes y ajustes de alineaciones en la Avenida del Mar, nº 5, de Los Yesos”. Aunque se aduzca un vicio procedimental en su elaboración, la propuesta de resolución no ha de encontrar su fundamento en el artículo 47.1.e) de la Ley 39/2015, sino en el artículo 47.2, dada la naturaleza normativa del referido Estudio de Detalle.

La STS de 27 de mayo de 2020 subraya que la jurisprudencia de la Sala Tercera de dicho Tribunal ha declarado de manera reiterada que el grado de ineficacia de los reglamentos es el de la nulidad absoluta o de pleno derecho (no es el de la anulabilidad). En esta línea se citan las SSTS de 7 de febrero de 1987, 17 de octubre de 1988, 9 de mayo de 1989, 6 de noviembre de 1990, y 22 de mayo de 1991, y ello, aunque se trate de defectos de forma, de modo que no se puede subsanar, enmendar o convalidar el plan nulo (STS de 28 de septiembre de 2012).

La misma STS de 27 de mayo de 2020 formula los razonamientos que reproducimos a continuación por su interés para la fundamentación jurídica que debe servir de base a la resolución que se dicte en el procedimiento de revisión de oficio:

«[...] No se puede eludir esa circunstancia con el argumento de que se trate de un problema meramente formal, porque no es baladí, también apegándonos a las circunstancias del caso, ya que lo que subyace en el trámite omitido es nada menos que la eventual afectación del planeamiento sobre el dominio público marítimo terrestre [...].

»Y en lo que ahora interesa, es necesario recordar que en nuestro Derecho Administrativo hay dos tipos de actividades que habilitan el ejercicio de las potestades que el legislador confiere a las Administraciones Públicas... a saber, las disposiciones generales y la actuación administrativa, superada ya la idea integradora del acto administrativo. Esas categorías se contemplan de manera alternativa y excluyente, no caben categorías intermedias [...].

»Pero una vez determinada la verdadera naturaleza jurídica, no cabe hacer una

integración de una a otra o aplicar criterios de una a otra, a salvo de las autorizaciones que la norma concreta autorice. Conforme a lo expuesto, debemos señalar que, si hemos concluido que los planes de urbanismo son reglamentos, y es ese axioma incuestionable, a su régimen jurídico hemos de estar y no someterlo, por sus peculiaridades, a un régimen que tome normas del régimen de la actividad administrativa más allá de lo que el propio Legislador autorice... Y en este orden de cosas hemos de hacer referencia al argumento que a veces se utiliza de que para evitar la situación que genera la anulación de los Planes..., normalmente por vicios en la elaboración del mismo, se pretenda distinguir entre el Plan, como instrumento de ordenación, y la resolución administrativa de las Administraciones competentes que lo aprueban... Es esa una distinción ficticia que no puede someterse al rigor de la institución reglamentaria. Es cierto que el Plan es algo ajeno, en principio, a la resolución administrativa que lo aprueba, pero el Plan por sí solo no tiene eficacia alguna; si tiene la eficacia de norma lo es porque la Administración titular de la potestad reglamentaria, no es que se limite meramente a su publicación, sino que lo hace suyo, le da ese rango de norma jurídica. Es decir, no es algo que le sea ajeno a la Administración que lo aprueba y al acto en que lo aprueba, sino que lo asume como propio y promulga como norma, le da la naturaleza de norma jurídica integradora del ordenamiento jurídico que debe ser observada tanto por las Administraciones, que les vincula, pero sobre todo por los ciudadanos que en su existencia ven garantizados sus derechos y obligaciones.

»Menos aún puede establecerse esa distinción sobre la base de hacer una no menor ficticia distinción entre normas, aplicables a los reglamentos, de procedimiento y competencia, y normas de carácter sustantivo; para justificar que en el primer supuesto procedería la mera anulabilidad y en el segundo la nulidad de pleno derecho. Se pretende fundar ese criterio en que la nulidad se vincula a la ley, en sentido formal, en tanto que el procedimiento pudiera no tener ese rango normativo ni esa relevancia a los efectos de la eficacia del reglamento. Para rechazar ese alegato basta con acudir a la letra del actual artículo 47.2º de la Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas que, siguiendo la tradición de los preceptos que le precedieron, al referirse a la nulidad de los reglamentos, no solo hace referencia a la ley, cuya vulneración vicia de nulidad el reglamento, sino también a “otras disposiciones administrativas de rango superior”... los vicios de procedimiento no dejan de influir en la eficacia de los reglamentos, pero ello será en cuanto esos vicios, no es que anulen el procedimiento como una declaración adelantada a la aprobación del mismo, sino que los vicios del procedimiento en la aprobación hacen perder eficacia al propio reglamento y precisamente, en este supuesto, con el grado de ineficacia que comporta la nulidad de pleno derecho. Lo que se quiere decir es que cuando el artículo 47.2º de la Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, como sus predecesores, declara que son nulas las disposiciones generales cuando vulneren las leyes o cualquier otra norma de rango superior, también lo es cuando se vulneren las normas del procedimiento que se imponen en esas normas; que tienen la misma eficacia, a esos efectos, que cualquiera otra norma sobre las especificaciones que contiene el precepto, no puede considerarse que una norma, legal o reglamentaria de rango superior, que determine la competencia -supuesto que se pone de ejemplo- para la aprobación del reglamento tenga una incidencia especial, de menor intensidad a los efectos de su ineficacia. Tan

nulo es el reglamento que vulnera la Constitución como el que vulnera una exigencia del procedimiento, por más que en su justificación no pueda dejarse de constatar la fuerza que entraña la vulneración de la Ley Fundamental de nuestro Derecho.»

En suma, aunque el Ayuntamiento consultante invoque un vicio procedimental, procede la declaración de nulidad por aplicación del artículo 47.2 de la Ley 39/2015, de conformidad con la naturaleza del Estudio de Detalle y la interpretación jurisprudencial que hemos detallado. Por esas mismas razones, resulta improcedente la invocación del artículo 47.1.e) de la Ley 39/2015.

II. Dictamen 112/2021, de 25 de febrero, sobre el procedimiento de revisión oficio incoado por la Consejería de Hacienda y Financiación Europea para la declaración de nulidad de una liquidación correspondiente al Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados.

En este dictamen se aclara, por una parte, cuando comienza el cómputo de prescripción de las acciones de acuerdo a la doctrina de la “actio nata” y, por otra, se estudia si se ha ocasionado indefensión por el empleo de la publicación de anuncio en el BOE como medio de notificación por comparecencia

Ponencia: Consejero, Juan Gorelli Hernández

Letrado Mayor, José Luis Martín Moreno

La Consejería de Hacienda y Financiación Europea solicita dictamen de este Consejo Consultivo sobre el procedimiento de revisión de oficio de los actos tributarios de expediente, tramitado por la Agencia Tributaria de Andalucía (en adelante ATA) a instancia de don F.G.M., quien solicita la declaración de nulidad de una liquidación, correspondiente al Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, concepto “transmisión patrimonial onerosa”.

III

En lo que respecta a las causas de nulidad tasadas por el legislador, el contribuyente alega que la actuación de la Administración le ha producido indefensión y que se ha prescindido total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido. Además, alega que la Administración que practicó la liquidación en cuestión estando prescrito el derecho de la Administración a determinar la deuda tributaria y considera que el procedimiento de comprobación limitada incurrió en caducidad. Procede, pues, analizar dichas alegaciones.

1. Supuesta prescripción del derecho a determinar la deuda tributaria.

En lo que respecta a la alegación de que la liquidación se dictó después de prescribir el derecho de la Administración (con la que el contribuyente pudiera estar aludiendo a la adquisición de un derecho careciendo de un requisito esencial), el Consejo Consultivo no puede compartir la tesis del contribuyente. Es cierto que dicha tesis podría tener refrendo en diferentes sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de Granada de 6 de febrero de

2017, 9 de mayo de 2017 y 7 de noviembre 2017, y sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de Sevilla de 11 de abril de 2018) en las que se subraya que del apartado 1 del artículo 67 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (LGT) deriva que el dies a quo para el cómputo del plazo de prescripción es el siguiente al día en que finalice el plazo reglamentario para presentar la correspondiente declaración o autoliquidación; plazo que es de treinta días hábiles desde el momento en que se cause el acto o contrato, según deriva del artículo 102.1 del Reglamento del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, aprobado por Real Decreto 828/1995, de 29 de mayo. De un modo u otro, dichas sentencias vienen a destacar que la prescripción sirve a la seguridad jurídica y su regulación está reservada a la ley, como deriva del artículo 8, párrafo f), de la LGT.

Desde un punto de vista conceptual y teleológico, en los supuestos de pérdida sobrevenida de beneficios fiscales por incumplimiento de determinados requisitos, resulta lógico concluir que el cómputo del plazo de prescripción no se inicia hasta que transcurra el plazo otorgado por el legislador para que los contribuyentes realicen los actos condicionantes de la pervivencia del beneficio fiscal. En efecto, si el legislador impone una *conditio iuris* sujeta a plazo para la consolidación de un beneficio fiscal, hasta que transcurra dicho plazo será imposible conocer si el beneficio fiscal inicialmente reconocido se consolida o se pierde. Antes de ese momento, la Administración no puede ejercitar su potestad de comprobación y liquidación.

En este sentido, comoquiera que nos referimos a un supuesto de prescripción extintiva, conviene hacer notar que mientras no transcurra dicho plazo no puede apreciarse una actitud de cesación en el ejercicio de la potestad liquidadora; no puede reprocharse a la Administración una actitud de desidia o abandono en el ejercicio del derecho al que se refiere el artículo 66 de la LGT. En cambio, cuando se cumple el plazo otorgado al contribuyente, la Administración sí está en condiciones de conocer si concurre la condición impuesta por el legislador, que deja de ser futura e incierta. Precisamente por eso, en estos casos se justifica la aplicación de la doctrina de la *actio nata*, de acuerdo con la cual la prescripción de la acción sólo comienza a correr cuando el titular del derecho dispone de los elementos fácticos y jurídicos que permiten su ejercicio. De este modo, nuestro Derecho sigue un viejo principio asentado en el Derecho Romano (*actio nondum nata non praescribitur*), plasmado en el artículo 1969 del Código Civil, en el que se fija el comienzo del cómputo de prescripción de las acciones el día a partir del que pueden ejercitarse. Ese principio tiene acogida jurisprudencial no sólo en lo que respecta al cómputo del plazo del ejercicio de derecho a liquidar, sino también en lo que atañe al derecho del contribuyente a exigir la devolución de ingresos indebidos (STS de 11 de junio de 2020).

La aplicación de dicha doctrina al presente caso lleva a considerar que hasta que no transcurre el plazo de doce meses para que el contribuyente habite de manera efectiva la vivienda, no es posible verificar el cumplimiento del requisito al que se supedita el beneficio fiscal. Conviene aquí recordar que ya el viejo Reglamento para la aplicación de la Ley de los Impuestos de Derechos Reales y sobre Transmisiones de Bienes, de 21 de marzo de 1958 (Decreto 176/1959, de 15 de enero) estableció diversas técnicas para la protección del crédito tributario en el caso de los beneficios

fiscales sujetos al cumplimiento de determinadas condiciones. Tales beneficios se entendieron siempre concedidos con carácter provisional por estar condicionados al cumplimiento de los requisitos en cada caso exigibles. Entre dichas técnicas se arbitró la de la afección de los bienes inmuebles al pago de las liquidaciones que hubieran debido girarse, de no mediar dichos beneficios. En este mismo sentido, nos remitimos a lo previsto en el artículo 5 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados.

La doctrina de la *actio nata* se ha acogido también en otros supuestos que atañen a la pérdida de un beneficio fiscal en el ITP, como el de la exención en la compra de terrenos para la construcción de viviendas de protección oficial, condicionada a la aportación en el plazo de tres años de la cédula de calificación de las viviendas. En este caso, la STS de 8 de febrero de 2005 ha destacado que “la prescripción implica, siempre, una dejación, inactividad o paralización voluntaria del interesado, situaciones que no pueden ser apreciadas cuando, como en este caso acontece, la Administración acreedora no goza aún (durante los 3 años comentados) de un derecho exigible”. En definitiva, “como durante el plazo de los 3 años en que la exención operaba provisionalmente la Administración no podía por imperativo legal ejercitar su derecho liquidatorio, tal plazo no puede conceptuarse como un tiempo computable como de paralización a efectos de la sanción prescriptiva” (sic). Este criterio se reitera en las SSTS de 7 de marzo, 16 de octubre y 24 de octubre de 2006, así como en la STS de 28 de junio de 2010, que reitera también que “la prescripción comienza... cuando caduca la exención por el transcurso del plazo de 3 años concedidos para la presentación de la cédula y durante el que está impedida la Administración para actuar por imperativo legal”.

En la misma dirección, aunque en el contexto del Impuesto de Sociedades, podrían traerse a colación, *mutatis mutandis*, las SSTS de 16 de marzo de 2015 y 30 de marzo de 2017. Más recientemente, la STS de 19 de noviembre de 2020 establece la siguiente doctrina: “cuando se autoliquida un impuesto en aplicación de un beneficio fiscal que está sometido al cumplimiento de una condición, y esta se incumple [...], el cómputo del plazo (dies a quo) de la prescripción del derecho de la Administración tributaria a determinar la deuda tributaria mediante la oportuna liquidación se inicia el día en que se incumpla la condición a la que se supeditaba el disfrute del beneficio fiscal, porque la Administración, antes de que trascurra el plazo de los mencionados cinco años, no tiene posibilidad legal ni material de acometer la comprobación, que sería prematura, sobre si la condición ha sido o no cumplida.”

También es cierto que el legislador se ha visto obligado a intervenir para dilucidar las dudas de algunos tribunales sobre el cómputo de la prescripción, pese a la jurisprudencia del Tribunal Supremo a la que nos hemos referido. Así, el último párrafo del artículo 45.I.B).12 del Texto Refundido del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (en la redacción dada por la Ley 4/2008, de 23 de diciembre, por la que se suprime el gravamen del Impuesto sobre el Patrimonio, se generaliza el sistema de devolución mensual en el Impuesto sobre el Valor Añadido, y se introducen otras modificaciones en la normativa tributaria) dispone: “Para el reconocimiento de las exenciones previstas en las letras a) y b) anteriores bastará que se consigne en el documento que el contrato se otorga con la

finalidad de construir viviendas de protección oficial y quedará sin efecto si transcurriesen tres años a partir de dicho reconocimiento sin que obtenga la calificación o declaración provisional o cuatro años si se trata de terrenos. La exención se entenderá concedida con carácter provisional y condicionada al cumplimiento que en cada caso exijan las disposiciones vigentes para esta clase de viviendas. En el supuesto de las letras a) y b) de este apartado, el cómputo del plazo de prescripción previsto en el artículo 67 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, comenzará a contarse una vez transcurrido el plazo de tres o cuatro años de exención provisional.”

Dicha norma, junto a otras del mismo Texto Refundido parten indudablemente del principio de la *actio nata*, aunque la extensa problemática generada por la pérdida sobrevenida de beneficios fiscales no ha sido abordada con rigor y exhaustividad por el legislador y en este aspecto dejamos simplemente apuntado que el artículo 122.2 de la LGT, párrafo segundo, y el artículo 137 del Real Decreto 1065/2007, de 27 de julio, contienen soluciones particulares que no agotan la materia, pues el primero se refiere a tributos periódicos y el segundo a beneficios fiscales de carácter rogado.

En lo que respecta al supuesto examinado, insistimos en que es inherente al carácter provisional de los beneficios fiscales concedidos, cuya consolidación se condiciona a acaecimientos o actos futuros, la aplicación del principio de la *actio nata*. En cualquier caso, consideramos que la aplicación del criterio mantenido en las sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía ya referidas (a la que teóricamente podría acogerse el contribuyente), no tendría fundamento alguno, considerando la normativa aplicable a la transmisión patrimonial onerosa objeto de gravamen. En efecto, producido el devengo del ITP con fecha 20 de diciembre de 2012, resulta de aplicación, *ratione temporis*, el Texto Refundido de las disposiciones dictadas por la Comunidad Autónoma de Andalucía en materia de Tributos Cedidos, aprobado por Decreto Legislativo 1/2009, de 1 de septiembre (hoy derogado) cuyo artículo 24 establece el tipo reducido para la transmisión de inmuebles destinados a vivienda habitual del adquirente, cuando éste no supere la edad de 35 años y el valor real del inmueble no supere los 130.000 euros. Pues bien, desde el 10 de julio de 2010 se halla vigente en el artículo 40 bis del citado Texto Refundido, que en la redacción dada por la Ley 11/2010, de 3 de diciembre, de medidas fiscales para la reducción del déficit público y para la sostenibilidad, configura la siguiente obligación de autoliquidar:

“1. El incumplimiento de los requisitos exigidos en la regulación de los beneficios fiscales aprobados por la Comunidad Autónoma, en relación con los impuestos a los que se refiere el presente Capítulo, determinará la obligación de regularizar la situación tributaria mediante la presentación de una declaración donde se exprese tal circunstancia, dentro del plazo de un mes desde que se produzca el hecho determinante del incumplimiento.

“2. A dicha declaración se acompañará el ingreso mediante autoliquidación complementaria de la parte del impuesto que se hubiera dejado de ingresar como consecuencia de la aplicación del beneficio fiscal, más los intereses de demora correspondientes.

“3. La expresada obligación de declarar se extenderá a cualquier beneficio fiscal cuya

efectividad dependa de condiciones futuras.

4. En particular, cuando se hayan aplicado beneficios fiscales de la Comunidad Autónoma en la adquisición de la vivienda habitual, el incumplimiento de los requisitos regulados en la normativa estatal del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas relativos a que se habite de forma efectiva y permanente y por plazo continuado determinará la obligación de presentar la declaración y autoliquidación en la forma establecida en el apartado anterior.

5. A los efectos del presente artículo se considerará beneficio fiscal aquel que establezca exenciones, reducciones a la base imponible, deducciones en cuota y cualquier otro incentivo fiscal”.

Por tanto, si se establece un deber de presentar autoliquidación complementaria dentro del plazo de un mes desde que se produzca el hecho determinante del incumplimiento, resulta claro que no puede oponerse la Administración a la interpretación que realiza el contribuyente, al identificar indebidamente el cómputo del plazo de prescripción con el día siguiente al de finalización del plazo de treinta días hábiles, del que dispuso para presentar la autoliquidación tras la compraventa de referencia.

2. Sobre la alegada caducidad del procedimiento de comprobación limitada.

El artículo 139 de la LGT contempla la caducidad como modo de terminación del procedimiento de comprobación limitada, una vez transcurrido el plazo regulado en el artículo 104 de dicha Ley sin que se haya notificado resolución expresa; caducidad que no impida iniciar de nuevo el procedimiento dentro del plazo de prescripción.

A este respecto, el artículo 104.1 de la LGT establece que “el plazo máximo en que debe notificarse la resolución será el fijado por la normativa reguladora del correspondiente procedimiento, sin que pueda exceder de seis meses, salvo que esté establecido por una norma con rango de ley o venga previsto en la normativa comunitaria europea”. Este mismo apartado dispone que, en los procedimientos iniciados de oficio, el plazo se contará desde la fecha de notificación del acuerdo de inicio. El apartado 2 de dicho artículo dispone que a los solos efectos de entender cumplida la obligación de notificar dentro del plazo máximo de duración de los procedimientos, será suficiente acreditar que se ha realizado un intento de notificación que contenga el texto íntegro de la resolución.

El artículo 137 de la LGT regula la iniciación del procedimiento de comprobación limitada, que en todo caso se produce “de oficio por acuerdo del órgano competente” (apdo. 1). El mismo artículo precisa en su apartado 2 que el inicio de las actuaciones de comprobación limitada deberá notificarse a los obligados tributarios mediante comunicación que deberá expresar la naturaleza y alcance de las mismas e informará sobre sus derechos y obligaciones en el curso de tales actuaciones. Seguidamente establece que cuando los datos en poder de la Administración Tributaria sean suficientes para formular la propuesta de liquidación, el procedimiento podrá iniciarse mediante la notificación de dicha propuesta.

El interesado argumenta que, con fecha 3 de noviembre de 2016, la Administración

Tributaria intentó la notificación de la propuesta de liquidación en la dirección “Polígono X, parcela Y, Santa Eulalia, s/n, de Alhaurín de la Torre”. Según su relato, tras dictarse liquidación provisional, con fecha 8 de junio de 2017, se intentó notificar en la misma dirección cuando ya habían transcurrido más de seis meses desde que se inició el procedimiento de comprobación limitada.

Expuesto lo anterior, hay que hacer notar que si fuese correcta la conclusión a la que llega el interesado sobre la caducidad del procedimiento, se habría producido un vicio de nulidad por la causa prevista en el artículo 217.1.e) de la LGT, pues si la Administración ignora la caducidad y prosigue las actuaciones, en vez de archivar el expediente (e iniciar un nuevo procedimiento, en su caso) estaría prescindiendo total y absolutamente del procedimiento. Así lo reconoce la jurisprudencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, como puede verse, entre otras, en las SSTs de 24 de septiembre de 2008 y 10 de enero de 2017, así como en las SS. 436 y 438/2018, de 19 de marzo.

La propuesta de resolución objeto de dictamen se limita a señalar que la liquidación se intentó notificar el 6 de julio de 2017, en el inmueble adquirido, siendo devuelta la carta por dirección incorrecta. Posteriormente, destaca la propuesta que se realizaron dos intentos de notificación los días 25 y 29 de agosto, en la dirección que constaba a la Administración como domicilio fiscal; notificación que no llegó a practicarse por estar ausente el destinatario. Efectuadas estas precisiones, la propuesta de resolución considera que “habiéndose realizado al menos un intento de notificación con el texto íntegro de la resolución dentro del plazo máximo seis meses de duración del procedimiento, no había caducado el procedimiento de comprobación limitada”.

La propuesta de resolución no alude a la existencia de algún período de interrupción justificada, ni a dilaciones en el procedimiento por causa no imputable a la Administración Tributaria, ni menciona períodos de suspensión en los términos legalmente previstos (que no se incluirán en el cómputo del plazo de resolución). La Administración se limita a señalar que hubo intento de notificación antes de expirar el plazo, pero no parece haber tenido en cuenta el concreto desenvolvimiento del procedimiento en cuestión. Según resulta del expediente, el acuerdo de inicio del procedimiento de comprobación limitada se adoptó el 3 de noviembre de 2016 y se formuló directamente mediante propuesta de liquidación (modelo P10, págs. 41 a 44 del expediente), al amparo del artículo 136 de la LGT, concretando la causa y el alcance de dicha comprobación (por supuesta pérdida del beneficio fiscal), los parámetros cuantitativos y el fundamento de la liquidación y la estimación del valor real. El primer intento de notificación de dicho acuerdo tuvo lugar el 9 de diciembre de 2016 y la liquidación provisional se intentó notificar el 6 de julio. Siendo así, aun aceptando la existencia de los intentos de notificación referidos por la Administración, y se parta de la distinción entre notificación culminada e intento de notificación, en el sentido expuesto por la STS 133/2019, de 6 de febrero, el procedimiento había caducado cuando se produjo el primer y frustrado intento de notificación, con las consecuencias antes apuntadas, siguiendo la más reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo.

3. Sobre la indefensión por empleo indebido del medio extraordinario de publicación de anuncio para notificación por comparecencia.

Por otra parte, como hemos dicho, la solicitud de revisión subraya que el citado

procedimiento está viciado de nulidad, al no haberse notificado al interesado en la forma legalmente prevista no sólo la propuesta de liquidación ni la valoración que le sirve de base, sino también la liquidación misma. Sostiene que tuvo conocimiento de lo actuado después de haberse dictado la providencia de apremio, de manera que no pudo impugnar tales actos, padeciendo indefensión. Siendo así, cabe deducir, por una parte, que la parte interesada se está refiriendo -aunque no la invoca de forma expresa- a la causa de nulidad contemplada en el artículo 217.1.a) de la LGT, esto es, la vulneración de los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional, puesta en relación con el artículo 24.1 de la Constitución Española. De forma expresa, invoca la concurrencia de la causa de nulidad regulada en el apartado e) del citado artículo 217.1, referida a los actos dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido para ello.

El contribuyente afirma que adquirió el 12 de diciembre de 2012 un inmueble sito en la Calle (...) del término municipal de Alhaurín de la Torre, inmueble que destinó a domicilio habitual desde esa fecha. En lo que concierne a los intentos de notificación en el procedimiento de referencia y al empleo de la citación para notificación por comparecencia, mantiene que tanto la propuesta de liquidación como la liquidación se realizaron sin respetar las garantías constitucionales, al haber sido realizadas mediante publicación de anuncio para comparecencia, sin que la Administración agotara las posibilidades de notificación personal, pese a que disponía de los datos correctos de su domicilio.

En el sentido antes expuesto, el contribuyente subraya que dichas notificaciones se intentaron practicar en un domicilio incorrecto. Según resulta del expediente examinado por este Consejo Consultivo, la Administración inició un procedimiento de comprobación limitada por no considerarse aplicable el tipo reducido del 3,5%, puesto que el inmueble no se había destinado a vivienda habitual en el plazo que dispone la norma, al figurar el contribuyente con otro domicilio fiscal, según la información facilitada por la AEAT, y también comprobó el valor del bien adquirido. Dicha propuesta junto con el informe de valoración y el trámite para alegaciones se intentó notificar al interesado, en primer lugar, en la dirección del inmueble adquirido que constaba en certificación catastral anexa a la escritura pública de compraventa, esto es, en (...) de Alhaurín de la Torre, con el resultado de "dirección incorrecta". Ante dicho resultado se realizaron dos intentos más de notificación personal en el domicilio fiscal del interesado, que constaba en la AEAT desde el 3 de junio de 2015, siendo devuelta la notificación en ambas ocasiones por "ausente" y dejando aviso en el buzón; procediéndose, entonces, a la citación para notificación por comparecencia mediante anuncio publicado en el BOE de 17 de noviembre de 2017, por lo que la notificación se entendió producida el 2 de abril de 2017.

Comoquiera que el contribuyente no formuló alegaciones, se emitió la correspondiente liquidación provisional, la cual fue notificada en las mismas direcciones anteriores y con el mismo resultado, pese a que la Administración disponía de otro domicilio consignado por el sujeto pasivo en el modelo 600 como domicilio fiscal (...), el cual fue reflejado, asimismo, como su domicilio en la escritura pública de compraventa. Finalmente, se publicó anuncio para notificación de la liquidación por comparecencia en el BOE.

El interesado efectúa diversas citas jurisprudenciales para sostener la procedencia de la declaración de nulidad de pleno derecho, argumentando que las “notificaciones edictales” practicadas por la Administración lesionaron su derecho a la defensa, como ya hemos apuntado.

Planteada en estos términos la cuestión de fondo, damos por reproducida, como hemos hecho en dictámenes similares, la doctrina de este Consejo Consultivo sobre la relevancia que puede tener el incumplimiento de las exigencias formales de la comunicación de actos administrativos, como instrumento de garantía al servicio del principio de contradicción y del derecho a la defensa. A dicha doctrina se remite la propuesta de resolución objeto de dictamen con cita de los dictámenes 370/2009, 700/2010 y 92/2011.

En este plano, como hace notar la propuesta de resolución, el Consejo Consultivo viene subrayando que el vicio de nulidad puede apreciarse en supuestos muy cualificados cuando la infracción de determinadas formalidades acarrea una sustancial alteración o grave desviación del iter procedimental. En este sentido se citan los casos en los que la imposibilidad de oposición desfigura el procedimiento, al seguirse éste sin el elemento fundamental de la contradicción. Al subrayar las consecuencias de la lesión del principio de contradicción por la incidencia sobre ulteriores actos administrativos, se acentúa la relevancia de la comunicación a los interesados como instrumento que permite la defensa de sus derechos.

En efecto, este Órgano Consultivo ha insistido desde antiguo en la necesidad de aplicar de manera rigurosa los presupuestos que legitiman a la Administración para la notificación edictal, como medio supletorio y excepcional, trayendo a colación *-mutatis mutandis-* la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional con relación a la falta de diligencia de los órganos judiciales que acuden improcedentemente al emplazamiento edictal cuando la averiguación del domicilio de los destinatarios está al alcance del órgano notificador (dictamen 700/2010, entre otros); diligencia y cautelas que presuponen una actividad previa y la convicción razonable de que los interesados no son localizables (STC 158/2007, de 2 de julio, entre otras), dado que la notificación edictal tiene carácter subsidiario y se considera por la jurisprudencia como “remedio último”.

Como hemos indicado en anteriores dictámenes, el asentamiento de esta doctrina se confirma por el Tribunal Constitucional otorgando amparo a los demandantes por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de prohibición de indefensión (art. 24.1 de la CE). Entre ellas, la STC 50/2017, de 8 de mayo (FJ 3), se refiere al “empleo de cuantos medios obren al alcance del órgano judicial, de suerte que a la vista de los ordenados quepa cabalmente concluir que se han agotado las posibilidades de localización y, por tanto, de notificación personal al demandado”, lo cual se considera como «la consecuencia lógica del carácter excepcional y subsidiario de la notificación edictal», (SSTC 106/2006, de 3 de abril, FJ 2; 76/2006, de 13 de marzo, FJ 3, y 90/2003, de 19 de mayo, FJ 2, entre otras). Dicha jurisprudencia constitucional, junto a la jurisprudencia del Tribunal Supremo (SSTS de 22 de septiembre de 2011 y de 28 de junio de 2012, entre otras), ha venido inspirando la doctrina de este Consejo Consultivo sobre los supuestos en los que los vicios de las notificaciones administrativas pueden acarrear la nulidad de los actos combatidos en

sede de revisión de oficio.

Al igual que hemos expuesto en asuntos similares, en este caso consideramos fundada la tesis de que el empleo de la diligencia debida por parte de la Administración hubiera podido disipar las dudas sobre si las comunicaciones de las liquidaciones se dirigieron o no al domicilio correcto. De este modo se habría garantizado la notificación personal y se habría evitado el siempre fácil recurso a la notificación por comparecencia, cuyo carácter subsidiario y excepcional debe recalcar una vez más.

En efecto, según hemos expuesto, el expediente permite observar que tanto la propuesta como la liquidación se intentaron notificar, en primer lugar, en la dirección del bien inmueble adquirido que constaba en la certificación catastral unida a la escritura de compraventa. Posteriormente se intentó la notificación en el domicilio fiscal del interesado obrante en la AEAT, en la fecha en la que se tramitó el procedimiento de comprobación, sin acudir, en ningún momento, a la dirección que había consignado el contribuyente en la autoliquidación a través del documento 600, coincidente con la reflejada en la escritura pública como su domicilio. Todo invita a pensar que el curso del procedimiento habría cambiado sustancialmente si el contribuyente hubiera recibido la notificación personal, pues al conocer la postura de la Administración habría podido presentar la documentación justificativa de que el inmueble adquirido por el interesado constituye su vivienda habitual, acreditando su ocupación y el cumplimiento de los requisitos que condicionan la aplicación del tipo de gravamen reducido para promover una política social de vivienda. Sin embargo, ante el fracaso de los referidos intentos de notificación personal, la Administración hizo caso omiso de la dirección facilitada por el interesado y procedió a la publicación de anuncios para citación por comparecencia. Tampoco consta que realizara ninguna indagación para averiguar la dirección correcta del inmueble adquirido, dado que la empleada, siguiendo la imprecisa descripción contenida en la escritura pública, se calificó como “dirección incorrecta” por el Servicio de Correos; calificación que no es de extrañar teniendo en cuenta que en la escritura se refleja lo siguiente: “trozo de tierra de riego, procedente de una rústica conocida con el nombre de Santa Amalia o Las Monjas, en término municipal de Alhaurín de la Torre, polígono P-X”.

Ciertamente, la persona que actuó como presentador del documento debería haber consignado la dirección. También cabe admitir que en el modelo 600 debió marcarse la casilla correspondiente a “otro domicilio”, en vez de marcar la casilla “domicilio fiscal” (ya que en la AEAT constaba otro domicilio fiscal en esa fecha). En la escritura consta que el interesado es camarero y residente en el domicilio de Benalmádena que se detalla (probablemente la localidad en la que desarrollaba su trabajo). En cualquier caso, más allá del reproche que pueda merecer por no haber marcado la casilla apropiada del modelo 600, lo relevante es que en el apartado declarante luce una dirección cierta y precisa en la que practicar la notificación, la misma que se identificó en la escritura como domicilio fiscal. Por consiguiente, no estaba justificado acudir a la notificación edictal. La dirección en la que practicar la notificación personal estaba a la vista, según lo que resulta de la escritura pública de compraventa y de la autoliquidación, de manera que resultaba posible localizar al contribuyente sin necesidad de complejas indagaciones.

En asuntos similares, hemos venido subrayando que se genera indefensión cuando la Administración, pese al fracaso de los intentos de notificación, no intenta averiguar la dirección correcta del inmueble o el motivo por el que la dirección que emplea se califica como “incorrecta” por el Servicio de Correos, cuando tiene a su disposición datos que permiten vencer el obstáculo que encuentra la notificación personal. En este caso, como hemos dicho, la Administración procedió a publicar anuncios de citación para notificación por comparecencia sin ni siquiera contrastar los datos consignados en el modelo 600 con los obrantes en la escritura pública; documentos ambos en los que constaba correctamente un domicilio que nunca fue utilizado por la Administración. Bastaba una mínima comprobación que no iba más allá de la propia documentación integrante de la declaración tributaria. También hemos expresado, a mayor abundamiento, que, en caso de duda al respecto, nada hubiera impedido, en un recto entendimiento de la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el presentador del documento, que la Administración se hubiera dirigido al presentador que figura como tal en el modelo de autoliquidación. La actuación descrita remite a la doctrina jurisprudencial expuesta en la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de noviembre de 2012, y a las que en ella se citan, de modo que no resulta necesario que este Consejo Consultivo abunde en las consecuencias que estos vicios producen, dada la indefensión material sufrida por el interesado, que no gozó de la oportunidad real de demostrar que el inmueble adquirido era su vivienda habitual y no pudo combatir la liquidación controvertida, al no recibir notificación personal sobre ninguno de los actos que finalmente conducen al apremio.

En suma, al igual que hemos mantenido en supuestos similares, lo anteriormente expuesto es de suyo suficiente para apreciar un vicio de nulidad por la indefensión referida.

III. Dictamen 960/2021, de 22 de diciembre, sobre el procedimiento de revisión de oficio de una resolución de la Dirección General de Pesca y Acuicultura por la que se estima un recurso potestativo de reposición.

En el fundamento jurídico tercero de este dictamen se estudia si la admisión y resolución de un recurso de reposición interpuesto extemporáneamente tiene virtualidad subsanadora

Ponencia: Presidenta, María Jesús Gallardo Castillo

Consejera, María del Mar Moreno Ruíz

Letrado, Manuel del Castillo Gutiérrez

Se somete a consulta el procedimiento de revisión de oficio de la Resolución de la Dirección General de Pesca y Acuicultura de 9 de abril de 2021 por la que se estimó el recurso potestativo de reposición interpuesto por don J.A.M.R., contra la resolución de la citada Dirección General de 11 de noviembre de 2020.

La propuesta de resolución propugna la declaración de nulidad de las Resoluciones referidas por adolecer del vicio de nulidad previsto en la letra e) del artículo 47.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, al considerar que el hecho de haber interpuesto el recurso de reposición fuera de plazo equivale a haberse prescindido total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido.

Dos son las cuestiones que deben examinarse para determinar si concurre la causa de nulidad invocada por la Administración instante de la revisión de oficio en la resolución estimatoria del recurso de reposición que fue interpuesto extemporáneamente por el interesado: en primer lugar, la relevancia que a efectos impugnatorios tiene la interposición del recurso de reposición fuera del plazo legalmente establecido para hacerlo y, en segundo lugar, la trascendencia que esta circunstancia es susceptible, o no, de proyectar respecto de la resolución que lo resuelve en cuanto al fondo.

Como establece el artículo 123.1 de la Ley 39/2015, el recurso de reposición tiene carácter potestativo, de tal forma que los actos que pongan fin a la vía administrativa (que son los recurribles mediante el mismo) podrán ser recurridos bien mediante el mismo o bien ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo. Ahora bien, la decisión de utilizar esta vía impugnatoria no es inocua. Interpuesto recurso de reposición en el plazo del mes que establece el artículo 124.1 de la Ley 39/2015 y hasta que se dicte resolución expresa, los efectos propios e inherentes a esta interposición son los siguientes: suspende el proceso de firmeza del acto así como también, por consecuencia del efecto de litispendencia, suspende el plazo de interposición del recurso contencioso-administrativo. Esto último lo es hasta el extremo de que, dispone el apartado 2º del art. 123 de la Ley 39/2015, queda vedada la utilización simultánea del recurso contencioso-administrativo: “No se podrá interponer recurso contencioso-administrativo hasta que sea resuelto expresamente o se haya producido la desestimación presunta del recurso de reposición interpuesto”. Así lo ha entendido también el Tribunal Supremo (sentencias de 25 de febrero de 2014 y 17 de septiembre de 2013) “el acto que se ha impugnado en reposición no es susceptible de recurso contencioso en tanto que el mismo no haya sido resuelto, expresa o tácitamente”, puesto que “si bien es cierto que el recurso de reposición tiene carácter potestativo, su interposición por alguno de los interesados determina que la vía administrativa no pueda considerarse definitivamente terminada ni quepa, por consiguiente, interponer el recurso contencioso-administrativo”.

Estos efectos -suspensión de la firmeza del acto y litispendencia con su consecuente imposibilidad de acudir a la vía contencioso-administrativa- se producen sin ninguna matización cuando el recurso de reposición se ha interpuesto tempestivamente, esto es, en el plazo de un mes que establece el artículo 124.1 de la Ley 39/2015. Debe recordarse que los plazos de interposición de los recursos obedecen a razones de seguridad jurídica y que, conforme reiterada jurisprudencia, son plazos de caducidad, indisponibles, insubsanables e improrrogables. Asiste la razón en este sentido a la Administración consultante cuando en su escrito de inicio del procedimiento de oficio califica el plazo de interposición de los recursos como una cuestión de orden público y que la única respuesta posible por parte de la Administración ante un recurso interpuesto fuera del plazo legalmente establecido no es otra que la inadmisión del

mismo por aplicación del artículo 116.d) de la Ley 39/2015. Resulta por ello pertinente y oportuna la cita que la Administración en dicho Acuerdo hace de la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de noviembre de 1995, en la que afirma que “conforme a la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional en sentencia de 29 abril 1992, la presentación extemporánea de un recurso constituye un obstáculo insalvable para su admisión y el artículo 24 de nuestra Constitución no deja los plazos legales al arbitrio de las partes ni somete a la libre disposición de éstas su prórroga ni, más en general, el tiempo en que han de ser cumplidos, sin que sea posible subsanar la extemporaneidad o incumplimiento de un plazo, que se agota una vez llegado a su término”.

En consecuencia, en el caso sometido a nuestra consulta, la resolución recurrida se publicó el 12 de noviembre de 2020 y el recurso se interpuso el 18 de diciembre de 2020. Conforme al citado artículo 124.1 en relación al artículo 30.4 y de acuerdo a la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de septiembre de 2000, “es doctrina mayoritaria y, en todo caso, actual de este Tribunal Supremo que (a fin de que no se compute dos veces una misma fecha) el plazo se cuenta desde el día siguiente a la notificación de la resolución que se pretende recurrir y termina el día en que se cumple el mes pero contado desde la misma fecha de la notificación”. Por tanto, el 12 de diciembre fue el último día de que disponía el interesado para interponer el recurso de reposición y, como afirma el citado Acuerdo de iniciación del procedimiento revisorio, la resolución alcanzó firmeza con fecha 13 de diciembre de 2020. Por tanto, es un hecho incontrovertido que el recurso de reposición fue extemporáneo. Siendo esto así, los efectos obviamente varían en comparación con los que se producen cuando el recurso se interpone en plazo.

Respecto de la firmeza del acto, a diferencia de los actos recurribles en alzada cuyo transcurso del plazo de un mes sin haberse interpuesto determina que la resolución adquiera firmeza “a todos los efectos” (artículo 122.1 de la Ley 39/2015), -por lo que alcanzada su firmeza administrativa se produce simultáneamente su firmeza judicial-, en el caso de los actos recurribles en reposición (y, por tanto, también susceptibles de hacerse mediante el recurso contencioso-administrativo) cabe distinguir la firmeza administrativa y la firmeza judicial. En el caso de haber transcurrido el mes de interposición del recurso de reposición se ha producido la primera (en este caso, el 12 de diciembre de 2020) pero el acto sigue siendo recurrible en vía jurisdiccional (no se ha producido firmeza judicial) hasta tanto no transcurra el plazo de dos meses que establece el artículo 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LJCA). De ahí que el artículo 124.1 de la Ley 39/2015 disponga que: “Transcurrido dicho plazo, únicamente podrá interponerse recurso contencioso-administrativo, sin perjuicio, en su caso, de la procedencia del recurso extraordinario de revisión”. En consecuencia, en el caso que nos ocupa, el día 18 de diciembre de 2020 ya no procedía la interposición del recurso de reposición al haber transcurrido para entonces el plazo del mes para hacerlo, sino el recurso contencioso-administrativo, para el que aún no se había consumido el plazo que establece el precitado artículo 46.1 de la LJCA.

Respecto al segundo efecto, esto es, al efecto de litispendencia y su consecuente suspensión del plazo para interponer recurso contencioso-administrativo, la interposición extemporánea del recurso de reposición tampoco es baladí pues esta

extemporaneidad hace que carezca de virtualidad para desplegar los efectos propios del recurso cuando este se interpone en plazo. Así, afirman las sentencias del Tribunal Supremo de 29 de septiembre de 2015 y 12 de julio de 2019 que el recurso de reposición interpuesto fuera de plazo debe tenerse “por no puesto”, no cierra la puerta ni suspende el plazo de la vía contenciosa, que sigue corriendo. Dicho sintéticamente: el plazo para acudir a la vía judicial no queda suspendido por virtud de un recurso de reposición que se ha interpuesto extemporáneamente. Este efecto solo lo producen los recursos administrativos cuando se interponen en plazo.

Hay, sin embargo, un matiz en la doctrina que sienta el Tribunal Supremo en su sentencia de 12 de julio de 2019 y que no debe pasar desapercibido. La sentencia formula las anteriores aseveraciones en referencia a la prohibición antes referenciada de interponer recurso contencioso-administrativo mientras se halle en situación de litispendencia el recurso de reposición. Por ello lo hace en “aplicación del principio *pro actione*, corolario del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24 de la Constitución” (sic.). La declaración del Supremo, por tanto, se hace en claros términos favorables al recurrente en tanto impide que se inadmita el recurso contencioso-administrativo cuando el interesado recurrió indebidamente (por estar fuera de plazo) mediante recurso de reposición. Por eso afirma la sentencia que “ha de tenerse por no puesto y no tomarse en consideración a la hora de admitir o inadmitir el recurso contencioso-administrativo, no resultando de aplicación la limitación contenida en el artículo 116.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, (actual 123.2, de la Ley 39/2015) por cuanto un recurso de reposición extemporáneo, no suspende el plazo de interposición del recurso contencioso y no impide que se pueda acceder a la vía jurisdiccional aun cuando no hubiera sido declarada expresamente su extemporaneidad en vía administrativa”. Ahora bien, ello con la siguiente salvedad: queda “abierta la puerta del contencioso” contra la resolución recurrida en reposición de forma extemporánea, sometido “eso sí y sin remedio, a que se interponga dentro del plazo de los dos meses establecido en el artículo 46 de la LJCA desde la notificación del acto recurrido, sin interrupción ni suspensión a causa del recurso de reposición extemporáneo”.

En el caso sometido a nuestra consideración el recurrente no acudió a la vía contenciosa-administrativa -ni en plazo ni fuera de él- ni tampoco la Administración apreció la cuestión de la extemporaneidad al resolver el recurso de reposición, tampoco lo declaró inadmisibles por extemporáneo -sino muy al contrario, lo admitió- y, sin referencia alguna a tal aspecto, entró en el fondo del recurso de reposición y lo resolvió expresamente estimándolo. Ambas actuaciones, las del interesado y las de la Administración no están desprovistas de importantes consecuencias jurídicas, que este Consejo Consultivo no puede desconocer ni dejar de considerar.

En este contexto, el interesado no puede alegar indefensión ya que el recurso de reposición fue interpuesto fuera de plazo por decisión propia y no porque la Administración le hubiese inducido a error, y también por decisión propia no acudió a la jurisdicción contenciosa administrativa -lo que debió haber hecho “sin remedio” (por utilizar los términos de la referida sentencia) en el plazo que establece el artículo 46.1 de la LJCA-. Como afirma el Tribunal Supremo en sentencia de 18 de julio de 1995,

“no puede válidamente alegar indefensión la parte causante de ella, conforme al adagio *nemo auditur propriam turpitudinem allegans* (no se escuche a quien alega su propia torpeza)”, pues, continúa la sentencia, no sufre indefensión quien pudo perfectamente defenderse y no lo hizo por negligencia o error.

Pero, como acaba de comprobarse, la Administración también cometió “torpeza”, pues también erró en su proceder: en primer lugar, al no inadmitir el recurso de reposición por extemporáneo [art. 116.d) de la Ley 39/2015]; en segundo lugar, al admitirlo y, en tercer lugar, al resolverlo expresamente. Debe indicarse incidentalmente que a estos efectos, y sólo a estos efectos, resulta indiferente el sentido, estimatorio o no, de la resolución, lo cual sí tendría trascendencia si la Administración persistiera en su pretensión de eliminarlo del mundo jurídico, pues en tal caso el ordenamiento mira con especial cuidado el contenido, estimatorio o desestimatorio, favorable o desfavorable, declarativo de derechos o ablatorio, de la resolución que trata de eliminar. Pero esta cuestión se excede de este dictamen, por lo que sólo se deja apuntada a puros efectos dialécticos.

Volviendo a la cuestión, la Administración invoca ahora causa de nulidad de pleno derecho (más concretamente, el haber prescindido total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido) de la resolución que resolvió el recurso extemporáneo, para postular la revisión de oficio cuya acción ejerce en aplicación del artículo 106 de la Ley 39/2015 y así eliminarla del mundo jurídico.

El Tribunal Supremo, en jurisprudencia tan constante como reiterada, se ha mostrado contrario incluso a inadmitir el recurso de reposición por extemporaneidad una vez que en un primer momento lo admitió, al advertir el hecho de que “la resolución impugnada no es una resolución de inadmisibilidad, sino que entra a conocer del fondo del asunto con lo que la postura que ahora mantiene la Administración se compadece mal con la doctrina del *venire contra factum proprium non valet*”. En efecto, la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de diciembre de 1996, con cita de la de 17 de diciembre de 1991, enjuiciaba la resolución de un recurso administrativo interpuesto extemporáneamente en el que la Administración entra a conocer del fondo del asunto y afirma: “cuando la Administración en vez de limitarse a apreciar la extemporaneidad del recurso entra a conocer del fondo y lo desestima expresamente (...) la naturaleza instrumental del recurso de reposición como presupuesto formal del acceso a la vía contenciosa, el principio antiformalista que informa esta jurisdicción y la obligación de los jueces y tribunales de potenciar al máximo el derecho de acceso a la justicia que consagra el art. 24 de la CE son razones, aunque no únicas, más que suficientes para denegar la inadmisibilidad del proceso contencioso-administrativo por extemporaneidad del recurso de reposición a quien lo interpuso y obtuvo en vía administrativa una respuesta de fondo, mediante el cual la Administración superó ese obstáculo procedimental por un acto propio, que después pretende desconocer y contradecir”.

En análogos términos se expresan las sentencias del Tribunal Supremo de 22 febrero 1985, 25 enero 1988, 3 mayo 1990, 19 septiembre 1990, 18 junio 1996, 17 octubre 1996 y 18 octubre 1996. Incluso se ha aplicado esta misma reiterada doctrina jurisprudencial en algún caso en que la parte dispositiva del acto administrativo, a la que se atribuye valor decisivo, consistía en la desestimación del recurso, aun cuando

en la motivación se contuvieran razonamientos sobre su inadmisibilidad (sentencia de 3 de abril de 1990).

Y de forma más genérica la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de octubre de 2020 indica que: “(...) es de aplicación la doctrina jurisprudencial de esta Sala y del Tribunal Constitucional (sentencia núm. 73/88, de 21 de abril), pues, expresamente, reconoce la sentencia que la llamada doctrina de los actos propios o regla que decreta la inadmisibilidad del principio *venire contra factum proprium* surge en el derecho privado y significa la vinculación del autor de una declaración de voluntad al sentido objetivo de la misma y la imposibilidad de adoptar después un comportamiento contradictorio, lo que encuentra su fundamento último en la protección que objetivamente requiere la confianza que fundadamente se puede haber depositado en el comportamiento ajeno y que reconoce el fundamento jurídico sexto de la sentencia recurrida”. En similar sentido, con cita de las SSTs 19 de abril de 1983, 22 de febrero de 1985, 1 de julio de 1986, 5 y 9 de marzo de 1987 y 3 de mayo de 1990, se expresó la sentencia del Tribunal Supremo de 30 marzo de 1999.

A los argumentos utilizados por el Tribunal Supremo en las sentencias citadas (actos propios, confianza legítima, naturaleza instrumental del recurso de reposición y principio antiformalista) para dar por superado el defecto del plazo cometido por el recurrente y, con ello, dejar intacta la resolución que lo resolvió sobre el fondo, la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de octubre de 1990 (con cita de las sentencias de 28 de noviembre de 1980, 15 de marzo de 1983, 3 de enero de 1985), añade, y no como argumento menor, la aplicación analógica del criterio jurisprudencial seguido respecto de la legitimación activa reconocida en la vía administrativa, dado que ambos supuestos participan de la misma condición de presupuestos procesales susceptibles de ser examinados y negados o aceptados por la Administración.

Todos estos principios y criterios jurisprudenciales llevan concluir que la Administración al resolver expresamente en cuanto al fondo un recurso de reposición extemporáneo superó al hacerlo -en términos del Tribunal Supremo- “el obstáculo procedimental por un acto propio, que no puede después desconocer ni contradecir por lo que no es dable ahora discutir si el recurso de reposición se interpuso en plazo o no” (sentencia de 18 de octubre de 1983). En síntesis, como aseveraba la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de octubre de 1990 y la reciente de 14 de mayo de 2020, cuando la propia Administración ha examinado el fondo del debate, ha purgado con su actuación el defecto formal en la interposición del recurso: “la extemporaneidad del recurso de reposición queda purgada por su resolución expresa en cuanto al fondo por el órgano llamado a pronunciarse sobre el mismo”.

Si la extemporaneidad ha quedado sanada, eso significa que en el concreto supuesto sometido a consulta (cada supuesto de hecho puede modular el alcance de las diferentes exigencias normativas) la interposición en plazo del recurso de reposición ha dejado de revestir la esencialidad necesaria para que pueda tener virtualidad a los efectos de hacer valer alguna causa de nulidad de las que eventualmente pudieran jugar, bien la propuesta por la Administración de considerar la interposición del recurso en plazo como trámite esencial, cuando en realidad sería más bien un requisito esencial a cumplir por el interesado, bien la prevista en la letra f) del artículo 47.1 de la

Ley 39/2015 consistente en que el interesado “carece” de un requisito esencial (haber interpuesto el recurso en plazo) para la adquisición de facultades o derechos (en este caso el derecho a la tramitación del procedimiento propio del recurso).

En definitiva, a juicio de este Consejo Consultivo, existen razones más que suficientes para rechazar la revisión de oficio interesada por la Administración instante.

IV. Dictamen 99/2021, de 11 de febrero, sobre responsabilidad patrimonial de la Administración en el que los interesados reclaman por la falta de detección de las malformaciones que presentó su hija al nacer lo que les impidió poder optar por la interrupción voluntaria del embarazo.

En el presente dictamen se analiza la limitación de la ciencia o de la técnica como causa excluyente de la antijuricidad del daño

Ponencia: Presidenta, María Jesús Gallardo Castillo

Letrada, Ana Isabel Roldán Martín

Los interesados pretenden una indemnización por las malformaciones que presentó su hija al nacimiento. Aunque, obviamente, dichas malformaciones no pueden imputarse a la asistencia sanitaria dispensada, sí se alega que la falta de detección de estas en las ecografías de seguimiento del embarazo les impidió la posibilidad de optar por la interrupción voluntaria del embarazo. También aducen que esta situación ha generado a los miembros de la familia un trastorno psicológico.

En definitiva, lo que está en discusión, al igual que en expedientes similares, es si un adecuada utilización de los medios humanos y materiales aplicados al diagnóstico prenatal, en función de las circunstancias concretas concurrentes en el embarazo de la actora y según las pautas protocolizadas, hubiera permitido detectar la malformación del feto, asegurando el derecho de los padres a ser informados y la posibilidad, en fin, de optar por la interrupción voluntaria del embarazo.

El examen de la jurisprudencia revela que estos casos de solicitud de responsabilidad por nacimiento de hijos con deformaciones no detectadas durante el embarazo suelen obedecer a la falta de realización de pruebas o a la insuficiencia de las mismas, así como a la errónea interpretación de resultados o a la falta de información a los padres. Pero el debate sobre el objeto de la indemnización en estos casos gira en torno al daño moral producido por la privación de la libertad de autodeterminación de la persona sobre la decisión de interrumpir el embarazo. Tal y como señala el Tribunal Supremo, “podría existir un daño moral, si concurren los requisitos necesarios, en el caso de que se hubiese lesionado el poder de la persona de autodeterminarse, lo que a su vez podría constituir una lesión de la dignidad de la misma” (STS de 29 de marzo de 2006, entre otras).

Sentado lo anterior, en la medida en que el daño se considera efectivo, evaluable económicamente, individualizado e imputable a la Administración frente a la cual se dirige la reclamación, procede examinar si queda acreditada la relación de causalidad

entre la asistencia sanitaria prestada y el daño alegado.

Los informes obrantes en el expediente confirman que la hija de los reclamantes nació el 15 enero de 2016 con anoftalmia bilateral. La anoftalmia y la microftalmia son raras anomalías congénitas definidas, respectivamente, por la ausencia de ojo y la presencia de un ojo de pequeño tamaño dentro de la órbita.

Los reclamantes consideran que esta malformación es perfectamente detectable mediante las pruebas ecográficas que se realizaron a la embarazada durante su gestación. En el informe pericial emitido el 4 de abril de 2017, practicado a instancia de parte, se indica que “los globos oculares son visibles ecográficamente desde la 11ª semana y el cristalino desde la 13ª semana”, que “el diagnóstico de la microftalmia se realiza mediante ecografía demostrando la falta de desarrollo del globo ocular” y que “el hecho de que no haya sido detectada la malformación ocular es atribuible a que no se prestó la atención adecuada a la región orbitaria”, si bien, se dice que “este fallo no necesariamente es achacable a impericia del ecografista sino que podría ser debido a las condiciones del centro sanitario (sobrecarga asistencial o a no disponer de un ecógrafo de altas prestaciones que cumpliera los estándares de calidad exigibles)”.

En cuanto a las manifestaciones anteriores, deben ponerse en relación con las respuestas dadas a las mismas en el informe emitido por el Servicio de Medicina Materno-Fetal, Genética y Reproducción del Hospital Virgen del Rocío de 6 de mayo de 2019, cuyas conclusiones son asumidas por el Servicio de Aseguramiento y Riesgos, y que permiten concluir que no existió una actuación médica contraria a la *lex artis*.

En primer lugar, se destaca la inexistencia de certeza absoluta en las valoraciones derivadas de las pruebas ecográficas fetales que se practican durante la gestación. De hecho, en el documento de consentimiento informado escrito que se facilita a las gestantes, como ocurrió en el supuesto examinado, se informa sobre este punto en concreto.

En segundo lugar, se indica que el diagnóstico prenatal en estos casos puede resultar muy complejo y, por ello, no existe actualmente un protocolo de actuación claro para la valoración de la cara fetal y, por tanto, la posibilidad de diagnosticar la anoftalmia/microftalmia de forma prenatal.

Se expone que la ISUOG (International Society of Ultrasound in Obstetrics and Gynecology), que es el principal referente a nivel mundial respecto a Ecografía Obstétrica-Ginecológica, en su Guía del 2010 establece que: “La evaluación mínima de la cara fetal debe incluir un intento de visualizar el labio superior para descartar un posible labio leporino. Si es técnicamente factible, otros rasgos que pueden ser evaluados incluyen el perfil facial medio, las órbitas, la nariz y las fosas nasales”. En su protocolo sobre ecografía morfológica del segundo trimestre, no se menciona como ítem necesario a evaluar el contenido de las órbitas que nos conduciría a determinar la presencia de globo ocular dentro de las mismas, el cual, además, “no puede identificarse mediante ecografía prenatal, siendo la identificación del cristalino en su interior el hallazgo en el que se basa el diagnóstico de presencia de globo ocular”.

Por el contrario, según se indica, “la órbita (cavidad ósea en la que se aloja el globo

ocular) sí que es un requerimiento de la exploración según la Guía de la ISUOG”. En el caso que nos ocupa sí fue identificada por el profesional que realizó la ecografía en la semana 20 y así queda reflejado en el informe estándar generado según PACAC (Plan Andaluz de Cribado de Anomalías Congénitas) que presenta como ítems a identificar en la exploración de la cara fetal Órbita, nariz y labios, siendo todos ellos identificados cumpliendo con el requerimiento establecido para dicha exploración”.

En tercer lugar, se hace referencia a las posibles causas de esta malformación. Entre ellas se cita la degenerativa, esto es, que la vesícula óptica degenera y desaparece después de su formación. En el informe médico anteriormente referido se apunta a este supuesto como posible justificación de que en el caso examinado existiera apariencia ecográfica del contenido de las órbitas en el estudio realizado en la semana 20, por lo que parecía normal, pudiendo haber degenerado posteriormente por causa ambiental (agentes externos, infecciosos) o desconocida.

En definitiva, según lo expuesto, debe concluirse que la actuación médica fue la correcta en la medida en que se realizaron las pruebas pertinentes y se valoraron adecuadamente. La paciente fue informada (consta documento de consentimiento informado) de la naturaleza, objetivos y limitaciones de la prueba diagnóstica, incluyendo las circunstancias que pueden limitar la sensibilidad de la misma, según el Protocolo del Plan Andaluz de Cribado de Anomalías Congénitas. Las malformaciones padecidas por la recién nacida no son consecuencia de una incorrecta o deficiente asistencia sanitaria, sino que tienen origen congénito. Y el hecho de no haberlas detectado a tiempo para hacer posible ejercer su derecho a optar por la interrupción voluntaria del embarazo, entiende este Consejo Consultivo, trae su causa en las limitaciones que tienen los métodos de diagnóstico prenatal, existiendo en la actualidad un porcentaje variable de malformaciones fetales que no se logran diagnosticar en periodo prenatal. Como se afirma en el citado informe de 6 de mayo de 2019, esta malformación tiene una incidencia de 1/10.000, lo que permite calificarla de extremadamente rara y de difícil diagnóstico prenatal. Esta afirmación no es baladí por lo que a continuación se va a razonar.

Los reclamantes solicitan responsabilidad de la Administración, no por la malformación en sí -que es obvio que no trae su causa en ningún acto médico- sino por no haber detectado la malformación existente en el feto, lo que sitúa la cuestión en un problema de antijuridicidad del daño. En este sentido debe recordarse que la inevitable limitación de la ciencia médica para detectar, conocer con precisión y sanar todos los procesos patológicos que puedan afectar al ser humano es una realidad que la normativa terminó reconociendo como causa excluyente de la antijuridicidad del daño en el artículo 141.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, (vigente artículo 34.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público) y que vino a consagrar legislativamente la doctrina jurisprudencial tradicional, cuyo alcance ha quedado aquilatado en este precepto en el que se dispone que “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”. Por tanto, el reconocimiento de la responsabilidad patrimonial por los daños originados en o por las

actuaciones del sistema sanitario, exige la apreciación de que la lesión resarcible fue debida a la no observancia de la llamada *lex artis*, esto es, que tales actuaciones no se hayan ajustado a las reglas que según el estado de los conocimientos o de la técnica eran las científicamente correctas, en general o en una situación concreta. Son los denominados riesgos del progreso como causa de justificación del daño, el cual ya la jurisprudencia anterior venía considerando como no antijurídico cuando se había hecho un correcto empleo de la *lex artis*, puesto que no es exigible del sistema sanitario un resultado que las reglas del conocimiento técnico no garantizan -por no haber alcanzado el estado de la ciencia aún tal nivel de conocimiento- o porque el empleo de otras técnicas más específicas o sofisticadas no sean aplicables al caso concreto habida cuenta de las circunstancias concurrentes.

No es necesario insistir en que la valoración de la *lex artis* no debe hacerse de forma abstracta sino en consideración con las circunstancias concurrentes en el caso concreto. Como reconoció la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de marzo de 1991, la *lex artis* como regla general y sin referencia al paciente concreto no pasa de ser una cabal abstracción. La técnica ha de adecuarse a las circunstancias del caso clínico concreto, esto es, a la denominada *lex artis ad hoc*, que consiste y se produce con la concreción de la *lex artis* general, de la técnica genéricamente considerada, a un paciente determinado en contemplación a las circunstancias en que la misma se desarrolla, así como las incidencias inseparables en el normal actuar profesional, tales como características de tiempo, lugar, disponibilidades y recursos del centro en el que se realiza el acto sanitario. Por eso, la doctrina de todos los Consejos Consultivos y de la jurisprudencia parte de la premisa de la imposibilidad de tomar como punto de inicio generalizaciones para determinar la relación causal entre la actuación sanitaria y el daño invocado, resultando indispensable realizar una individualizada reflexión sobre su aplicación al supuesto concreto objeto de examen.

En este caso los reclamantes ni alegan ni prueban la concurrencia de circunstancias especiales -en el sentido de que se separen de la mayor frecuencia de los casos (por ejemplo, antecedentes familiares de malformaciones oculares)- por lo que el protocolo a observar no ordenaba una asistencia gestacional distinta a la que se practicó ni ésta fue diferente -al menos, no consta que lo fuera- a la dispensada al resto de las gestantes.

Esta falta de concurrencia de circunstancias especiales que fueran indicativas de alto riesgo o de cualificadas posibilidades de malformaciones que aconsejaran la práctica de otras pruebas más específicas se revela razón suficientemente justificativa de que el servicio sanitario no dispusiera la prescripción de otras pruebas o la puesta a disposición de otros medios distintos de los que se utilizaron y que resultan procedentes de manera selectiva para aquellos casos en que se sospecha la presencia de anomalías por antecedentes familiares o por otra razón. Ninguna de estas circunstancias concurren en este caso lo que nos permite concluir que no ha quedado probada la infracción de la *lex artis ad hoc* por el hecho de que las malformaciones sufridas por la niña no hubiesen sido detectadas por la Administración sanitaria mediante el empleo de las técnicas empleadas ni se dispusiera el empleo de otras.

Tampoco puede aplicarse al caso la doctrina de la pérdida de la oportunidad puesto

que no ha quedado acreditado la incorrección en la técnica utilizada ni que en caso de haberse realizado otra hubiera resultado concluyente para detectar la anomalía padecida por el feto.

Lo anterior debe ponerse en relación con la doctrina reiterada de este Consejo Consultivo sobre la responsabilidad patrimonial por la asistencia sanitaria, en la que se destaca que dicha asistencia debe calificarse, con carácter general, como obligación de medios y no de resultados; medios que se han aplicado en este caso, como se ha afirmado, de conformidad con la *lex artis*, ya que el estado de la ciencia y de la técnica médica no siempre permite la curación o la evitación de daños, como en este caso sucede. En efecto, el Consejo Consultivo, en línea con la jurisprudencia, viene señalando que en el campo médico sólo cabe exigir el empleo de todos los conocimientos y medios técnicos al alcance de la medicina. Este Consejo Consultivo ha señalado en reiteradas ocasiones (dictámenes 155 y 615/2017, entre otros) que lamentablemente no todos los daños pueden ser evitados con una determinada asistencia médica y que, en este campo, el juego de la responsabilidad administrativa por omisión difícilmente puede sustraerse de un juicio valorativo sobre el cumplimiento o no de aquellos parámetros de conducta a que los profesionales vienen obligados en función del caso concreto, esto es, de la denominada *lex artis*. Así, se considera que la actuación de la Administración sanitaria no queda vinculada a un resultado -lo que equivaldría a la infalibilidad de la ciencia médica-, sino que tiene que procurar, sin excusas ni omisiones injustificadas, que en este caso no se han podido aplicar todos los medios que el avance de la medicina pone a su disposición para la mejora de la salud (dictámenes 259/2003, de 26 de junio y 23/2006, de 25 de enero, entre otros).

En consecuencia, a la vista de los informes y documentación obrante en el expediente administrativo, cabe afirmar que no ha resultado probada la existencia de una mala praxis médica, por lo que este Consejo Consultivo considera que la conclusión desestimatoria alcanzada por la propuesta de resolución dictaminada resulta ajustada a Derecho. No pudiéndose apreciar, pues, la responsabilidad patrimonial de la Administración, no es preciso entrar a analizar el problema de la valoración del daño, cuantía y modo de la indemnización que hubiera debido acordarse en caso contrario.

V. Dictamen 356/2021, de 20 de mayo, sobre responsabilidad patrimonial de la Administración en la que los interesados reclaman por el fallecimiento de su hijo en una excursión organizada por un centro educativo.

En el fundamento jurídico cuarto de este dictamen se realiza un análisis de la jurisprudencia y de la doctrina de este Consejo Consultivo en relación a la responsabilidad patrimonial de la Administración en el ámbito educativo

Ponencia: Consejero, Rafael Escudero Rodríguez

Letrado Mayor, José Luís Martín Moreno

En el supuesto sometido a dictamen, los reclamantes consideran que el daño se produjo por una conducta culposa de los profesores que acompañaban a los menores

durante la excursión, por falta de vigilancia tras autorizar el baño del menor fallecido en la playa, actividad que califican de peligrosa. En este sentido, alegan que la autorización para la que prestan su consentimiento es para una actividad complementaria o extraescolar consistente en realizar el sendero “los toruños en el Puerto de Santa María”, por lo que los padres o representantes no se consideraron informados de que se les permitiría el baño.

En este contexto, antes de valorar el conjunto de alegaciones y los informes y pruebas obrantes en el expediente, realizamos diversas puntualizaciones sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración en el ámbito educativo.

En primer lugar, traemos a colación la doctrina sentada en el dictamen 14/1998 y reiterada, entre otros, en los dictámenes 65 y 88/2003; 179 y 333/2005; 67 y 424/2007, 420 y 489/2008, y 571/2014, en la que se expone “ni la índole de la Administración educativa ni la objetivación alcanzada por el instituto de la responsabilidad patrimonial permiten una imputación automática” de cuantos hechos lesivos suceden en su ámbito. Por tanto, para emitir un dictamen sobre el fondo han de ponderarse debidamente “las condiciones subjetivas u objetivas, temporales o espaciales que confluyen en el evento lesivo”.

Tal y como indicamos en el dictamen 474/2018, conviene distinguir entre “responsabilidad objetiva” y “responsabilidad objetivada” para destacar que la segunda exige ponderar las circunstancias de la actividad administrativa, con el fin de precisar los elementos que rodearon la generación del daño para determinar si existe o no deber de indemnizar.

En este orden de ideas, como señala el Tribunal Supremo en sentencia de 5 de junio de 1998 (cuya doctrina reitera, entre otras, la STS de 15 de enero de 2013), cabe advertir que “la prestación por la Administración de un determinado servicio público y la titularidad por parte de aquella 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 puedan producirse con independencia del actuar administrativo». De ahí que la misma sentencia de 5 de junio de 1998 afirme que «no es acorde con el referido principio de responsabilidad patrimonial objetiva su generalización más allá del principio de causalidad, aun de forma mediata, indirecta o concurrente, de manera que, para que exista aquélla, es imprescindible la existencia de nexo causal entre la actuación de la Administración y el resultado lesivo o dañoso producido, y que la socialización de riesgos que justifica la responsabilidad objetiva de la Administración cuando actúa al servicio de los intereses generales no permite extender dicha responsabilidad hasta cubrir cualquier evento, lo que, en otras palabras, significa 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 Administración 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 la misma dirección, traemos a colación la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de julio de 2002, en la que se rechaza una interpretación laxa del requisito del nexo causal, cuya consecuencia sería que el precepto legal que configura dicho requisito como núcleo de la responsabilidad patrimonial (antes art. 139 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y actualmente art. 32 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público) llegara a entenderse de tal modo que convertiría a las Administraciones Públicas en aseguradoras de todos los riesgos sociales. En este sentido, la indicada sentencia afirma lo siguiente: “dada la amplitud de los servicios que prestan y de las competencias que ostentan, es la más perturbadora para una correcta realización y progresiva ampliación de tales servicios públicos, pues el principio de solidaridad de riesgos, que late en el sistema de responsabilidad patrimonial de la Administración, con el fin de lograr un mejor reparto de los beneficios y cargas sociales, puede verse frustrado con interpretaciones extensivas del requisito del nexo causal, aunque sea por razones tan atendibles jurídicamente como es la de evitar el desvalimiento de una persona que ha sufrido un grave quebranto en su salud, para lo que, sin embargo, no está concebido el instituto de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas si no concurren los requisitos para declararla y que debe tener amparo por otras vías no menos eficaces, y, en cualquier caso, más justas para paliar un problema siempre que no concurren todos los requisitos legalmente establecidos para que nazca dicha responsabilidad patrimonial por más que ésta sea objetiva o de resultado”.

En este mismo plano, la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de marzo de 2003 (con cita de la sentencia antes referida) manifiesta que el Alto Tribunal no podría compartir la tesis de que todo lo que ocurra durante el tiempo en que un alumno está participando en actividades escolares es imputable al servicio público escolar. La jurisprudencia comentada contrasta con la postura mantenida por los reclamantes, que parecen deducir la responsabilidad patrimonial del simple hecho de que la actividad desarrollada se integre en el ámbito del sistema educativo. Efectivamente, los interesados afirman lo siguiente: “entendemos que hay una responsabilidad objetiva de la Administración, como titular del centro escolar, y cuyos profesores eran responsables de dicha excursión, y de la vigilancia de los menores que conformaban dicha excursión”. Pero la doctrina del Consejo Consultivo y la jurisprudencia expuesta lleva a rechazar dicho planteamiento, que haría responder a la Administración de todo suceso lesivo acaecido en el marco de la actividad en cuestión, independientemente de la relación causal con el funcionamiento del servicio público, dando cabida a supuestos que serían más propios de una relación aseguradora que del instituto de la responsabilidad patrimonial.

Partiendo de estas premisas, el Consejo Consultivo comparte con la Administración consultante que no existe fundamento para declarar la responsabilidad, dadas las circunstancias concurrentes, entre las que se encuentran la programación de la actividad con un número suficiente de profesores, la edad de los alumnos, la falta de peligrosidad del baño, por las características de la playa y las indicaciones de los

profesores bajo cuya vigilancia se desarrolló a escasos metros de la orilla, sin que en ningún momento se haya probado *culpa in vigilando*, ni el fatal y súbito desenlace fuese de esperar en el curso de los acontecimientos.

A este respecto, la resolución que se dicte debe partir de los hechos declarados probados en las actuaciones penales, considerando las pruebas que llevaron al Juzgado de Primera Instancia e Instrucción Número Uno de El Puerto de Santa María a dictar el auto de sobreseimiento provisional, ratificado por la Audiencia Provincial de Cádiz. En concreto, el auto, que figura en el expediente remitido a este Consejo Consultivo, resulta elocuente al expresar cómo sucedieron los hechos: «la excursión fue debidamente autorizada por las autoridades educativas y se cumplió con los requisitos de autorización por parte de los padres/tutores legales. No ha resultado ningún indicio de que por parte de los profesores responsables de la excursión se incurriera en ningún tipo de negligencia en su deber de vigilancia de los menores. Debe tenerse en cuenta que se trata de menores de 15 años de edad y que la playa en cuestión, de Valdelagrana, precisamente es de aguas tranquilas en las que el riesgo es mínimo, precisando de muchos metros para que quien se bañe llegue a tal profundidad que pueda poner en peligro la integridad de los menores. A pesar de ello, los testigos han declarado que la profesora B., estaba a escasos metros de D., y que este no estaba a una profundidad tal que pudiera considerarse peligrosa, pues estaba con el agua “por la cintura” o “por los muslos” siendo divergente parcialmente lo declarado por los testigos, pero coincidentes en que estaba a unos cinco metros de la profesora B. Por razones que se desconocen pero siendo más que probable que perdiera el conocimiento de manera súbita, el menor se quedó boca abajo en el agua, y tras haber sufrido pequeñas inmersiones, terminó falleciendo por ahogamiento, pues resulta casi imposible que la muerte se produjera directa e inmediatamente por ahogamiento sin haber perdido previamente el conocimiento, teniendo en cuenta las circunstancias de la playa y al encontrarse a escasos metros de la orilla, por lo que la profundidad no era bastante, más bien al contrario».

En cuanto a la alegación de que los profesores permitieron que los menores se bañaran al final de la ruta de senderismo prevista (baño del que no habrían tenido conocimiento los padres de los menores ni, por tanto, habrían autorizado, según los interesados), el auto de apelación penal de la Audiencia Provincial de Cádiz, deja claro que: «en la documentación aportada se describe la actividad a realizar bajo el epígrafe “breve descripción de la actividad” como “realización del sendero Los Toruños” en Valdelagrana. Al finalizar se pasarán unas horas en la playa. Pues bien, dada la fecha de su realización (29 de mayo, un mes antes de la entrada oficial del verano) la eventualidad del baño en el mar resulta del propio hecho cierto de que los menores, aquellos que se bañaron y entre ellos el fallecido, acudieron desde sus domicilios portando sus respectivos bañadores, toallas e incluso ropa seca para cambiarse. El propio informe de autopsia indica como el menor vestía bañador verde, así se recoge en la fotografía nº 11 del reportaje fotográfico realizado por la Policía Judicial. Además, el lugar escogido para el baño, así lo recuerda el auto apelado, se caracteriza por sus “aguas tranquilas en las que el riesgo es mínimo, precisando de muchos metros para que quién se bañe llegue a tal profundidad que pueda poner en peligro la integridad de los menores”. Existiendo múltiples testimonios que aseveran que por indicación de los profesores los menores no llegaron a tener el agua más allá de la cintura. También

dichos testimonios sitúan a la profesora con conocimientos sobre primeros auxilios a escasos metros de los menores, teniendo especialmente cerca al menor fallecido, que se encontraba especialmente activo en el agua».

En este mismo punto damos por reproducido el preciso informe del Jefe del Servicio de Inspección, que se refiere al desarrollo de la actividad y a lo sucedido, partiendo de las declaraciones de los testigos; informe en el que se refleja que dos profesores y un alumno tiraron del chico hasta la orilla, en la que se iniciaron las maniobras de reanimación cardíaca. En ellas intervinieron posteriormente los policías nacionales personados en el lugar y los profesionales sanitarios, una vez llegada la ambulancia, sin que lograran salvar la vida del menor.

Por consiguiente, con los elementos de juicio que proporcionan las actuaciones penales y el resultado de la instrucción del procedimiento de responsabilidad patrimonial, no es posible apreciar la responsabilidad patrimonial de la Administración.

VI. Dictamen 428/2021, de 1 de junio, sobre responsabilidad patrimonial de la Administración en la que la interesada reclama, entre otros motivos, por la falta de consentimiento informado para la realización de pruebas diagnósticas.

En este dictamen se analizan los casos en que es válido el consentimiento informado realizado de forma verbal

Ponencia: Presidenta, María Jesús Gallardo Castillo

Letrado, Tomás Requena López

La reclamante alega que la asistencia sanitaria que se le ha dispensado ha sido deficiente por ausencia de consentimiento informado y por error de diagnóstico de rotura de prótesis mamarias que le ha llevado a someterse a una innecesaria operación quirúrgica para la sustitución de las mismas.

Consta en la historia clínica que doña A.L.P., enfermera de profesión en situación de incapacidad permanente total desde el año 2017, portadora de prótesis de mamas bilaterales desde hacía 10 años, consultó con su médico de Atención Primaria el 26 de junio de 2018 por “retracción de pezón y tumefacción en mama izquierda”. En el HAR se practicaron ecografía y mamografía, que catalogaron la lesión BIRADS 4, recomendándose la práctica de biopsia. En el HAR se hizo el 18 de julio de 2018 “punción con aguja fina”, y se derivó a la Unidad de mama del HTC, donde se realizó la BAG, y se diagnosticó de una “mastitis crónica de células plasmáticas, con inflamación aguda abcesificada”. Se pautó tratamiento antibiótico y seguimiento en el Servicio de Ginecología del HAR, con revisiones favorables hasta el 14 de septiembre de 2018, citándose entonces con control ecográfico para diciembre de 2018. El 28 de octubre de 2018 acudió al servicio de Urgencias del HTC por “dolor y aumento de tamaño de la mama izquierda”, derivándose a Unidad de Mama del HTC, donde se solicitaron mamografía y ecografía, que se practicaron en el HAR el 28 de noviembre de 2018, diagnosticándose ecográficamente una “rotura de prótesis mamaria izquierda intracapsular”. Se solicitó entonces desde el mismo Servicio de Radiodiagnóstico del

HAR la realización de una RNM bilateral de mamas, que se hizo en el Centro Diagnóstico de Almería el 4 de diciembre de 2018, confirmando la “rotura intracapsular de la prótesis izquierda”. Posteriormente, en consulta de mama del HTC se le ofreció la retirada de la prótesis rota, pero sin sustitución del implante por no estar este servicio en la cartera del hospital, decidiendo la paciente intervenir en centro privado el 20 de diciembre de 2018, donde se informó por el cirujano plástico que “ambas prótesis están íntegras”.

La primera de las cuestiones planteadas por la reclamante es la falta de consentimiento informado para las pruebas diagnósticas que le fueron practicadas. En concreto, se alude a la biopsia percutánea de lesión de mama realizada el 31 de julio de 2018 en el HTA.

Las pruebas diagnósticas realizadas a la paciente fueron, por un lado, dos mamografías, tres ecografías y una RNM de mamas sin contraste (esta última en centro concertado externalizado). Según se indica en el informe emitido el 8 de octubre de 2020 por la Inspectora Médica de la Subdirección de Inspección de Servicios Sanitarios de la Consejería de Salud y Familias, ninguna de estas pruebas de imagen requiere recabar consentimiento informado escrito, conforme a lo dispuesto en el artículo 8, apartado 2 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, reguladora de la autonomía del paciente, al no ser procedimientos diagnósticos invasivos ni suponer riesgos ni inconvenientes de repercusión negativa para la vida del paciente. Por otro lado, se le realizó una punción de la lesión de mama izquierda con aguja fina, técnica que se califica en el informe referido como “igualmente mínimamente invasiva, que no supone riesgos ni repercusión negativa para la vida de la paciente, que tampoco requiere consentimiento informado escrito, en base al mismo precepto legal anteriormente mencionado”.

La reclamante pone de manifiesto en su escrito de alegaciones la discordancia entre el anterior informe, en el que se dice que no es necesario el consentimiento informado para la biopsia percutánea por ser mínimamente invasiva, y el emitido por el Servicio de Radiodiagnóstico el 11 de marzo de 2020. En él se indica que “normalmente no se está dando consentimiento para el contraste de resonancia (Gadolinio) ya que el número de reacciones es mínimo y leves”, explicando verbalmente en la consulta en qué consiste la prueba. Antes de la entrada a la resonancia se le hace una nueva encuesta sobre implantes metálicos, antecedentes alérgicos (...). Tras la RM la lesión presenta aspecto inespecífico pudiendo ser tanto inflamatoria como tumoral y la prótesis no presenta signos de rotura, por lo que nuevamente para acelerar el proceso y al tratarse de una compañera con nivel sanitario suficiente, se le llama por teléfono y se le da la cita para biopsia con aguja gruesa el 31 de julio de 2018 directamente, no siguiendo la pauta asistencial habitual que consiste en citarla en consulta para darle resultados y proponerle biopsia. En cuanto a esta prueba en concreto, se explica en el informe que “normalmente se les da consentimiento y se les explica el procedimiento y sus complicaciones, si bien en este caso es posible dado el nivel sanitario de la paciente, el trato de favor con la rapidez en que se hacen todos los procedimientos y la cita telefónica que no se le diera el consentimiento”.

Teniendo en cuenta estos antecedentes fácticos, debe recordarse que, como ya

expresó este Consejo Consultivo en su dictamen 746/2018, el daño por el que se postula indemnización derivada de mala *praxis* por falta de información o por falta de consentimiento no sólo ha de mostrarse vinculado o ligado causalmente a la intervención o la práctica de la correspondiente prueba, es decir, no sólo ha debido producirse en el seno de esta o en desarrollo de un servicio sanitario sino que ha de ser traducción de un riesgo típico o asociado a aquélla o a éste y del que la paciente debió ser informada previamente a su realización como premisa para la obtención de su consciente y libre consentimiento. En este sentido no cabe plantear si se da o no una “relación de causalidad” (en sentido técnico de causalidad material) entre una desinformación y el resultado dañoso producido, sino si la información recibida fue la debida para prestar el consentimiento o conformidad a la intervención. La razón es obvia: el riesgo o complicación del que no se informa debe tener entidad suficiente para presumir que hubiera bastado para que la paciente se planteara someterse o no finalmente a la intervención. Por ello, si no se informa debidamente del mismo y el daño se produce se afirma que existe relación de causalidad entre la falta de información y el daño producido pues en este caso debe presumirse que, de haber sido informada la paciente sobre la entidad de dicho riesgo no hubiera consentido someterse a la intervención. Y si la intervención no tiene lugar, el daño, real y cierto, no se hubiera producido.

Y a ello ha de añadirse y, no como argumento menor, la necesidad de que el daño constituya una incidencia de la intervención no atribuible a la negligente actuación del facultativo ni al deficiente funcionamiento del servicio pues en tal caso, aunque lógicamente la responsabilidad sea exigible, su fundamento ya no estaría en la omisión o déficit de información debida y no prestada sino en el defectuoso funcionamiento del servicio sanitario. Por eso ambas cuestiones deben ser analizadas por separado en el presente dictamen.

Por lo que respecta al consentimiento informado, atendiendo a lo expuesto en ambos informes médicos, que parecen incurrir en contradicción tanto en la prueba diagnóstica realizada (biopsia con aguja fina o gruesa) como en la necesidad o no de consentimiento informado, deben hacerse las siguientes observaciones. En primer lugar, según consta en la historia clínica (así se recogen igualmente en la descripción de los hechos en la propuesta de resolución), inicialmente se citó a la paciente para hacer biopsia con aguja gruesa ecoguiada el 18 de julio de 2018, pero finalmente se decidió no biopsiarla dado el pequeño tamaño y se optó por punción con aguja fina, pero no se consiguió extraer suficiente material para análisis por ser de contenido denso, por lo que el 31 de julio de 2018 hubo de realizársele finalmente biopsia con aguja gruesa sin complicaciones. En segundo lugar, al referirse en el primer informe a la biopsia con aguja fina y en el segundo a la biopsia con aguja gruesa, no parece que tampoco exista contradicción en cuanto a la exigencia de consentimiento informado.

Lo cierto es que, de lo anteriormente expuesto, resulta evidente que no se dio consentimiento informado por escrito a la paciente, apartándose de la práctica que es habitual para este tipo de procedimientos diagnósticos (biopsia con aguja gruesa). Precisamente, en la medida en que era profesional sanitaria, se le presuponían unos conocimientos médicos que a otros pacientes no se les pueden presuponer, siendo consciente en todo momento de las características de la prueba y posibles riesgos de

su realización. En cualquier caso, como se pone de relieve en los informes médicos, sí que medió un consentimiento verbal que en este caso, por las particulares circunstancias descritas, resulta suficiente y adecuado.

En definitiva, a juicio de este Consejo Consultivo, en todos los casos, se ha informado a la paciente quien ha prestado el consentimiento exigible para las mismas: consentimiento verbal.

Varias cuestiones se suscitan en torno al relato fáctico: En primer lugar, el hecho de que coincida en la paciente la condición de profesional sanitaria, en este caso, enfermera, no exime de solicitar el consentimiento informado (sentencia del Tribunal Supremo de 10 de febrero de 2004). En segundo lugar, la derogada Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad exigía hacerlo por escrito, como regla general, mientras que la actual Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, en su art. 8.2 ha invertido los términos, considerando que deberá hacerse oralmente, quizá impulsada por el ánimo de dinamizar la relación médico-paciente, facilitar su proximidad y permitir que el médico responsable adecúe el contenido de la información a las circunstancias y requerimientos del paciente. Deberá, sin embargo, adoptar la forma escrita en los casos siguientes: intervención quirúrgica, procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores y, en general, en caso de aplicación de procedimientos que suponen riesgos o inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud del paciente. Así pues, la forma elegida para ofrecer la información -oral o escrita- no es constitutiva ni esencial. Por tanto, no condiciona su validez y mucho menos su eficacia y, como reconoce la sentencia de la Audiencia Provincial de las Islas Baleares de 3 de febrero de 2003, la exigencia de que la información se dé, además de oral, en forma escrita no puede ser predicada de toda la información suministrada, pues, es obvio que la continuidad de la información se compadece mal con ella. Por ello, la información escrita ha de requerirse solo de aquellos hitos fundamentales, como es el diagnóstico, las alternativas terapéuticas y el informe de alta.

Pero con independencia de que el consentimiento en este caso se haya expresado en forma oral o escrita, como ya advertimos en nuestro dictamen 159/2018, “ha de tenerse en cuenta que la prosperabilidad de la reclamación resarcitoria requiere la concurrencia del desvalor del resultado, pues no de todo incumplimiento del consentimiento informado se deriva responsabilidad sino sólo en aquellos casos en que se haya ocasionado un resultado lesivo por consecuencia de las actuaciones médicas realizadas sin dicho consentimiento informado, que, de este modo se encuentra carente de entidad suficiente como para dar lugar por sí mismo al nacimiento de la responsabilidad patrimonial”. De esta forma y a mayor abundamiento, debe significarse que el incumplimiento de este deber no constituye por sí mismo causa de resarcimiento pecuniario, que solo procederá si, y solo si, junto a aquella concurre un daño derivado y del cual no se obtuvo la información adecuada. En este sentido, la STS de 23 de febrero de 2007 recuerda que el defecto de consentimiento informado se considera como incumplimiento de la *lex artis ad hoc* y revela un funcionamiento anormal del servicio sanitario, si bien tal mala praxis no puede *per se* dar lugar a responsabilidad patrimonial si del acto médico no se deriva

daño alguno para el paciente, pues para que exista responsabilidad es imprescindible que se haya derivado un daño antijurídico que no lo constituye por sí mismo la falta de consentimiento informado.

En el informe de 11 de marzo de 2020 se dice que durante la biopsia la paciente muestra su temor a que se pinche la prótesis. Se tiene especial cuidado y se le muestra la pantalla, dado que es compañera, en la que se ve el trayecto de la aguja paralelo a la prótesis en todo el procedimiento que transcurre con normalidad sin complicaciones. Una vez acabado el procedimiento, y tras los cuidados inmediatos, se le dio la hoja con las recomendaciones de cuidados posteriores. El 7 de agosto 2018 el resultado de la biopsia está disponible, benigno (mastitis crónica. Inflamación aguda abscesificada focal). La médica que realiza la biopsia la llama personalmente para darle el resultado y quitarle la ansiedad. Esto es, la prueba se realizó correctamente y sin complicaciones.

Se explica en el informe que la infección que surge tras una biopsia es una complicación rara y se produce en los días siguientes a la biopsia y suele ser por gérmenes piógenos cutáneos, no ocurre al cabo de meses. En el caso de esta paciente, se considera que la colección periprotésica aséptica, sin gérmenes en el cultivo, que aparece al cabo de casi tres meses es muy improbable que sea secundaria a infección por la biopsia, infección que una vez diagnosticada ha sido bien tratada.

En definitiva, en el caso sometido a consulta, a juicio de este Consejo Consultivo no solo se cumplió con el correspondiente deber de información a la paciente sino que, en su caso, no puede concluirse que la pretendida omisión de este a la que apela la reclamante haya ocasionado daño alguno que resulte indemnizable. No concurriendo los requisitos anteriormente expuestos no procede resarcimiento alguno con cargo a la alegada mala praxis derivada de falta de consentimiento informado.

VII. Dictamen 542/2021, de 8 de julio, sobre responsabilidad patrimonial de la Administración en el que los interesados reclaman por la infracción de la “lex artis” al realizar una intervención quirúrgica.

En este caso el Consejo Consultivo concluye que existe responsabilidad patrimonial de la Administración al no estar firmado el consentimiento informado por el interesado lo que se considera una deficiencia en el actuar médico que lesiona el derecho de autodeterminación

Ponencia: Presidenta, María Jesús Gallardo Castillo

Consejero, Antonio Dorado Picón

Letrado, Manuel del Castillo Gutiérrez

La reclamación se formula por dos motivos bien diferenciados: por un lado, mala praxis en el consentimiento informado respecto del que se alega su inexistencia; y, por otro, el incorrecto funcionamiento del servicio sanitario en tanto que “la paracentesis terapéutica tuvo graves consecuencias tras la punción tales como hemorragia y cursando alta inmediatamente, sin llevar a cabo control alguno sobre la intervención

realizada, no reduciendo o valorando las posibles consecuencias negativas de la intervención”.

La distinta configuración de una y otra alegación requiere que el presente dictamen proceda al análisis jurídico separado de una y otra si bien, como se comprobará inmediatamente, su trascendencia y alcance vienen condicionadas por su recíproca incidencia y relación, como después se razonará.

Por lo que se refiere a la infracción de *lex artis* al realizar el acto médico, la reclamación no se halla huérfana de prueba, pues aporta informe pericial en el que se concluye cuanto sigue:

“Este perito entiende que no se han adoptado las medidas necesarias de cuidado y observación ante un paciente con una extracción de 15 litros de líquido ascítico y una aplicación de 10 frascos de albúmina, tras una punción evacuadora que provoca una hemorragia en pared abdominal y que al ser dado de alta, la observación no se llevó a cabo y por lo tanto cuando el paciente el mismo día del alta tras la punción, vuelve al HL y es trasladado de nuevo al HVN, cuando llega al Servicio de Urgencias debe ser trasladado a la UCI por dicha hemorragia y a pesar de una embolización el organismo del paciente no soporta la situación hemodinámica que presenta y fallece el día 4 de marzo de 2017.

Entiendo pues que ha existido una mala praxis al no haber ingresado al paciente tras la paracentesis y que si se hubiera ingresado, dicha hemorragia se hubiera detectado a tiempo y como consecuencia hubiera tenido una oportunidad.

Ha existido una mala praxis al puncionar para la paracentesis lo que ha provocado una hemorragia abdominal que a pesar de los tratamientos efectuados, le conducen al fallecimiento.

El paciente vivía lejos del HVN y al ser dado de alta el día 3 de marzo de 2017, la tardanza el día 4 de marzo desde su domicilio al Hospital de Loja y este a su vez lo deriva al HVN, un tiempo suficiente para con los antecedentes que existían y una perforación de ramas arteriales, esto lo llevó a una situación de fracaso multiorgánico y posteriormente a pesar de las medidas tomadas a la muerte.

Todo apunta a una punción no adecuadamente realizada con la consiguiente hemorragia de pared abdominal y al estar en domicilio y no ingresado en el hospital una pérdida de oportunidad de vivir ya que se hubiera realizado todos los tratamientos con la adecuada premura.

La Administración, por su parte, ha elaborado distintos informes en los que pone de manifiesto la corrección de su actuación, a los que nos remitimos por constar reproducidos en los antecedentes de hecho de este dictamen.

En síntesis, a la vista de los informes emitidos por el Servicio de Urgencias del HVN y el Servicio de Aseguramiento y Riesgos debemos destacar que el método terapéutico elegido era el adecuado, sin que esté exento de complicaciones, como es la hemorragia intraabdominal posterior a la realización de la paracentesis electiva, que sin embargo no puede asociarse a mala praxis en su realización. Tampoco se requería

ingreso hospitalario. Las guías médicas solo mencionan monitorización del paciente durante unas horas, siendo así que en este caso estuvo ingresado desde las 18:29 del 2 de marzo hasta las 7:36 del día siguiente.

Partiendo de los hechos anteriores, este Consejo considera que no ha quedado probado en el expediente que haya existido mala praxis en la atención médica dispensada al paciente, pues así se deduce de los informes emitidos, sin que la parte reclamante haya probado lo contrario, pues el informe pericial aportado se limita a realizar afirmaciones sin apoyo científico alguno.

Como ya se ha avanzado, el otro extremo que sustenta la reclamación es el relativo a la falta de consentimiento informado al respecto.

Antes de comprobar si en el caso que nos ocupa existió o no consentimiento informado debemos realizar unas consideraciones generales sobre el mismo.

En la Comunidad Autónoma Andaluza, la exigencia de ser adecuadamente informado sobre los procesos de enfermedad y, antes de emitir el consentimiento para ser sometido a tratamiento médico, ha sido establecida jurídicamente al más alto nivel, pues el artículo 22.2.d) del Estatuto de Autonomía para Andalucía lo considera uno de los derechos de los pacientes y usuarios del Sistema Andaluz de Salud. Esta misma disposición del Estatuto de Autonomía remite a la Ley para que regule los términos, condiciones y requisitos del ejercicio de este derecho.

Como quedó afirmado, entre otros, en nuestro dictamen 490/2007, “este trámite constituye un derecho para el paciente y un deber para el personal médico. Aparece regulado inicialmente en los apartados 5 y 6 del artículo 10 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, y en la actualidad se encuentra previsto en los artículos 4 a 10 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica. Esta nueva regulación legal viene a clarificar y a reforzar aún más el derecho del paciente a una información sanitaria veraz, completa, comprensible y adecuada. Respecto al consentimiento informado, que requiere cualquier actuación en el ámbito de la salud, como expresión libre y voluntaria del afectado de que ha recibido la información adecuada y valorado las opciones del caso, el apartado 2 del artículo 8 de la Ley 41/2002 establece que con carácter general será verbal, pero se prestará por escrito en los casos de: intervención quirúrgica, procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores y, en general, aplicación de procedimientos que suponen riesgos o inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud del paciente. Sin embargo, la Ley 41/2002 en su artículo 9.1.b) excepciona el consentimiento informado para llevar a cabo las intervenciones clínicas indispensables a favor de la salud del paciente, cuando exista riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del enfermo y no es posible conseguir su autorización, consultando, cuando las circunstancias lo permitan, a sus familiares”.

A este respecto, este Consejo Consultivo ha venido manifestando (dictamen 509/2015, entre otros) que no se trata pura y simplemente que los profesionales que tienen a su cargo el deber de información cumplan una obligación legal, relacionada con un derecho del paciente. Más allá de lo anterior y en contemplación de dicha regulación

desde una vertiente positiva, puede apreciarse en ella, como ha afirmado el Tribunal Constitucional en sentencia 37/2011, de 28 de marzo, una doble garantía: por un lado, para el paciente, el derecho de autodeterminación y el respeto a su integridad física y, por otro, para los facultativos, una garantía de su propia actuación profesional.

Como ha afirmado este Consejo Consultivo en su dictamen 746/2018, <<debe recordarse que el consentimiento informado cumple dos funciones primordiales: uno, de garantía para el paciente en tanto este adquiere el conocimiento necesario acerca de los pormenores de la actuación médica (diagnóstico, pronóstico y alternativas de tratamiento) y, dos, una función excluyente de la responsabilidad que se desplaza al paciente que consiente soportar las consecuencias probables sobre su salud y su persona.

>>Ahora bien, ni lo uno ni lo otro tiene carácter absoluto: lo primero porque la ausencia de consentimiento informado no supone inexorablemente la obligación de indemnizar si no se produce después un daño de las características que luego se analizarán, y, lo segundo porque tampoco la existencia del mismo excluye siempre la responsabilidad si concurren los presupuestos para ello.

>>Así pues, aún acaeciendo un daño cierto cuyo riesgo no quedó advertido en el consentimiento informado no siempre habrá de responderse por él sino sólo en el caso en que la falta o la insuficiencia de la información ofrecida al paciente afecte a los riesgos inherentes y típicos a la intervención, que son los únicos advertibles por ser los únicos previsibles. Sólo entonces se producirá la asunción de éstos por el centro hospitalario y, en su caso, por el facultativo, por cuanto el daño habría devenido antijurídico por lo que el paciente no tendría el deber jurídico de soportarlo. Por contra, los que resulten insólitos, atípicos o anormales no están sujetos a la exigencia de su advertencia en el documento del consentimiento informado puesto que difícilmente puede informarse de aquello que no resulta previsible y, por tanto, no está al alcance del conocimiento ni siquiera científico. En consecuencia, el primer dato a tener en cuenta es el tipo de riesgo del que no se ha ofrecido la información debida.

>>Por otra parte, el daño, es decir, el detrimento patrimonial que constituye el fundamento de la reclamación ha de producirse de forma cierta y efectiva. Sin daño, es obvio que no procede resarcimiento patrimonial. En este sentido, el Tribunal Supremo ha declarado que la falta del consentimiento informado revela una mala praxis (SSTS de 2 de octubre de 1997, 3 de octubre de 2000 y 14 de octubre de 2002), pero para que de ella pueda derivarse responsabilidad es necesario que la lesión por la que se reclama resulte o sea consecuencia de esa mala praxis médica en el sentido que después se razonará. Dicho de otro modo: se requiere que el daño por el que se reclama pueda ser entendido como resultante de un riesgo típico, vinculado a la intervención médica realizada, del que los reclamantes debieron tener información previa y a los que debieron prestar su consentimiento.

>>Y, por último, por lo que respecta a la relación causal, cuando el reproche se centra en la falta de información previa al emitir el consentimiento, ésta no se corresponde al sentido técnico de "causalidad material" entre una desinformación y el resultado dañoso producido, sino en el sentido de que la información recibida fue la debida para prestar el consentimiento o conformidad a la intervención. La razón es obvia: el

reclamante debe probar no sólo la existencia del riesgo o complicación del que no fue informado sino que, desde el punto de vista de la causalidad, debe acreditarse que éste era de tal entidad que hubiera bastado de su conocimiento para que el paciente hubiera decidido no someterse finalmente a la intervención. Por ello, si no se informa debidamente del mismo y el daño se produce, se afirma que existe relación de causalidad entre la falta de información y el daño producido, pues en este caso debe presumirse que, de haber sido informado el paciente sobre la entidad de dicho riesgo no hubiera consentido someterse a la intervención. Y, siguiendo este razonamiento, si la intervención no tiene lugar, el daño, real y cierto, no se hubiera producido>>.

En el caso sometido a nuestra consulta, ha de decirse que en el expediente consta el documento de consentimiento informado pero este Consejo Consultivo al examinarlo ha constatado que éste no aparece firmado por el interesado ni por quien, en su caso, pudiera representarle. La cuestión no es baladí y aunque la falta de consentimiento informado supone, como acabamos de significar, la existencia de un funcionamiento anormal (sentencias de 14 de octubre de 2002, 20 de septiembre de 2005 y 22 de octubre de 2009, entre otras) que constituye una infracción de la *lex artis ad hoc* (sentencia del Tribunal Supremo de 1 de febrero de 2008, entre otras) y aunque ello no signifique automáticamente ni *per se* el surgimiento de la responsabilidad patrimonial, sí puede generarla si de tal infracción de la *lex artis* se ha materializado el daño del que debió haberse informado y obtenido el consentimiento.

Esa misma jurisprudencia y este Consejo Consultivo (en los dictámenes 92, 490 y 591/2007 y 427/2016, entre otros) vienen recordando que, bajo esas premisas y en determinadas circunstancias que se van a analizar a continuación, la omisión del consentimiento informado produce a la víctima un daño moral reparable económicamente si se le ha privado sin razón alguna de su capacidad para decidir (sentencias del Tribunal Supremo de 20 y 25 de abril, 9 de mayo y 20 de septiembre de 2005 y 30 de junio de 2006).

En el caso sometido a nuestra consulta, parece evidente que el carácter invasivo y especialmente peligroso por la susceptibilidad de generar el riesgo que finalmente provocó el fallecimiento del paciente, determina que el consentimiento debió haberse llevado a cabo de forma escrita (apartado 2 del artículo 8 de la citada Ley 41/2002), bien por él mismo o por algún familiar allegado o su representante, no bastando a estos efectos con el hecho de que conste el documento en la historia clínica si éste, como ha sucedido, no se encuentra debidamente firmado como forma de manifestación de la voluntad que debe serlo de forma expresa. Sólo así, como se afirmara en el dictamen 848/2010, “el consentimiento informado permite en estos casos al paciente evaluar los beneficios y riesgos, optando entre las diferentes alternativas existentes o descartar simplemente cualquier intervención, considerando los importantes riesgos asociados a la misma”.

A estos efectos deben diferenciarse en estos casos dos situaciones distintas -de ahí que se advirtiera más arriba de la recíproca incidencia entre el examen del cumplimiento de la *lex artis* en la realización del acto médico y la ausencia de consentimiento informado-: una, la situación en que quede acreditada la infracción de la *lex artis* en la realización del acto médico y su directa relación causal con la lesión que motiva la reclamación patrimonial y, dos, la situación contraria, es decir, se ha

materializado una complicación propia de la intervención quirúrgica o una secuela previsible que debió haberse informado y consentido (en este caso, la hemorragia que provocó el fallecimiento) pero no ha quedado suficientemente acreditado que resulte atribuible a una actuación médica incorrecta. En el primer caso, la indemnización tendría por objeto el resarcimiento del daño físico producido o resultado acontecido (sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 2009). En el segundo, la infracción por omitir la debida información podría generar responsabilidad como daño autónomo, es decir, desvinculado del daño físico porque, aunque este daño (sin él no habría lugar a la indemnización) no sea atribuible causalmente a la mala praxis en la realización del acto médico, el riesgo no ha sido desplazado al paciente por no haber sido debidamente informado ni haberlo consentido y porque, en palabras de la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de junio de 2011, la omisión de información y de consentimiento “otorga el derecho a la indemnización no por las consecuencias derivadas del acto quirúrgico sino porque se desconoció un derecho del enfermo irrenunciable a decidir por sí si quería o no asumir los riesgos inherentes a la intervención a la que iba a ser sometido”. Como afirman las sentencias del Tribunal Supremo de 4 abril de 2000 y de 8 de septiembre de 2003, habiéndose producido el efecto lesivo del que debió haberse advertido y consentido, aunque no haya mediado infracción alguna de la *lex artis*, procede indemnizar puesto que en estos casos cabe considerar que la información y el consentimiento que debe seguir a la misma es un bien moral y, por tanto, el resarcimiento deber ser en tal concepto.

En consecuencia, este Consejo Consultivo concluye por todo lo razonado que en el caso examinado procede reconocer la responsabilidad patrimonial por la falta de consentimiento informado al ser ésta una deficiencia en el actuar médico que lesiona el derecho de autodeterminación, en el sentido recogido por la jurisprudencia del Tribunal Supremo (así, sentencias de 12 de diciembre de 2006 y 16 de enero de 2007, además de las anteriormente citadas), por lo que procede que este Consejo se pronuncie sobre la valoración del daño causado y la cuantía y modo de la indemnización.

Apreciada la existencia de responsabilidad patrimonial por la lesión del derecho del paciente en relación con el consentimiento informado y con respeto a su dignidad personal, como señala el artículo 9.5 de la Ley 41/2002, procede que este Consejo se pronuncie sobre la valoración del daño causado y la cuantía y modo de la indemnización considerando, como se ha avanzado, como daño autónomo (sentencia del Tribunal Supremo de 27 diciembre 2011); cuestión sobre la que no se pronuncia la Administración al entender que no existe tal daño. En estas circunstancias, atendiendo a la cuantía de la indemnización fijada en supuestos similares y con arreglo a la sana crítica, el Consejo Consultivo considera que el daño moral ocasionado puede cifrarse prudentemente en 5.000 euros.

VIII. Dictamen 674/2021, de 15 de septiembre, en relación con el procedimiento de responsabilidad patrimonial de la Administración en el que los interesados reclaman por el fallecimiento de su hijo como consecuencia de un retraso de diagnóstico.

En el fundamento jurídico tercero de este dictamen se destaca la trascendencia de la

audiencia como trámite esencial para los interesados, y en el fundamento jurídico cuarto, en relación a la determinación del “dies a quo”, se recuerda como el principio “pro accione” obliga a huir de un cómputo estricto del plazo

Ponencia: Presidenta, María Jesús Gallardo Castillo

Letrado, José Luis Martín Moreno

Se solicita dictamen de este Consejo Consultivo sobre el procedimiento de responsabilidad patrimonial de la Administración tramitado por el Servicio Andaluz de Salud, en respuesta a la reclamación interpuesta por doña VE.G.P.

III

Hay que hacer notar que la reclamación se formula por personas interesadas y activamente legitimadas para reclamar, ya que se trata de los padres del paciente fallecido, quienes alegan el daño moral que se deriva de la pérdida del ser querido [arts. 4.1.a) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas y 32.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público].

En lo que respecta al procedimiento, el Consejo Consultivo destaca que es necesario insistir en el significado de la audiencia prevista en el artículo 82 de la Ley 39/2015 como trámite esencial para los interesados, ya que les permite alegar y presentar los documentos y justificaciones que estimen pertinentes para la defensa de su derecho. Como indicamos en el referido dictamen, aunque es cierto que el artículo 82.4 permite prescindir del trámite de audiencia en los supuestos que en él se mencionan, no lo es menos que la Administración debe interpretar con absoluta prudencia si concurre el presupuesto de hecho exigido por el legislador para prescindir del trámite de audiencia. La normativa reguladora del procedimiento administrativo común no ha confiado la práctica de dicho trámite al libre arbitrio de la Administración, pues la omisión del trámite de audiencia se establece en el supuesto tasado por la norma, configurado como una excepción para supuestos en los que la práctica mecánica o rutinaria de dicho trámite podría incluso perjudicar a los interesados. Así sucede cuando no existe controversia alguna sobre los presupuestos fácticos y el fundamento de las pretensiones ejercitadas, en los que la apertura de dicho trámite conduciría a retrasar la pronta resolución de los asuntos, en perjuicio de los interesados.

Ciertamente, el radio de operatividad del artículo 82.4 no se ciñe a los supuestos en los que la Administración reconoce la pretensión de los interesados y se propone dictar una resolución en consecuencia con las solicitudes que formulan. La norma puede operar también en supuestos en los que se postulan soluciones desestimatorias de las solicitudes o reclamaciones “si no son tenidos en cuenta otros hechos ni otras alegaciones que las aducidas por los interesados o conocidas por ellos”, pero en estos casos deben extremarse las cautelas, pues de ningún modo cabe una interpretación laxa de la norma, que multiplicaría las situaciones de indefensión. Como consecuencia de ello, el dictamen 226/2021 de este Consejo Consultivo, entendió que, en el supuesto objeto de dictamen, procedía devolver el expediente sin entrar en la cuestión de fondo, pues no resulta de recibo que dieciséis meses después de haberse presentado la reclamación y sin haber puesto en conocimiento de los interesados la

posible prescripción de la acción, se prescinda del trámite de audiencia con la invocación genérica del referido artículo 82.4 de la Ley 39/2015.

En ese contexto, en el citado dictamen acordamos la devolución del expediente a la Administración consultante, con el fin de que se concediera trámite de audiencia a los interesados para que pudieran aportar nuevos documentos o alegaciones, considerando la utilidad que podría tener dicho trámite en orden a conocer las posibles circunstancias interruptivas de la prescripción.

Una vez practicado el trámite de audiencia, puede parecer sorprendente que los reclamantes se limiten a expresar que la documentación que menciona la Administración no modifica el relato de los hechos formulados en su escrito inicial, ni las consecuencias que se derivaron de los mismos. Los interesados señalan que la mayoría de la documentación del expediente ya obraba en el mismo y el contenido de sus alegaciones da a entender que no han conocido la primera propuesta de resolución elaborada por la Administración, en la que postuló la desestimación de la reclamación por prescripción del derecho a reclamar.

Así parece confirmarlo el oficio que figura en la página 124 del expediente, en el que se indica lo siguiente: “(...) de acuerdo con lo previsto en el artículo 82 de la precitada ley, se abre el preceptivo trámite de audiencia, significándole que en el citado procedimiento obran, además de su reclamación y documentos aportados, los siguientes documentos de los que le adjuntamos copia: Historia clínica del Hospital UVM e Informe del Servicio de Pediatría. Historia clínica del Centro de Salud LR e historia clínica complementaria. Historia clínica de Diraya”.

El Consejo Consultivo debe censurar esta actitud de la Administración, ya que no sólo no consta que diera a conocer a los interesados su postura sobre la prescripción del derecho a reclamar, sino que tampoco consta que le diera traslado del dictamen de devolución de este Consejo Consultivo, que fue el que motivó la concesión del trámite de audiencia. Esta manera de actuar se compadece mal con la filosofía que inspira los principios generales de actuación de las Administraciones Públicas (art. 3.1 de la Ley 40/2015) y no casa, desde luego, con el principio de “buena administración”, como tal reconocido en el artículo 31 del Estatuto de Autonomía para Andalucía y en el artículo 5 de la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía, que también lo incluye, en su artículo 3, al concretar los principios generales de organización y funcionamiento de la Administración de la Junta de Andalucía.

A pesar de lo anterior, daremos respuesta a esta cuestión en el siguiente fundamento jurídico, advirtiendo que no procede apreciar la prescripción, para entrar después en el problema de la relación causal, el cual se aborda en el expediente, aunque no tiene reflejo en la propuesta de resolución.

IV

La propuesta de resolución objeto de dictamen se ciñe al análisis de la prescripción, pronunciándose en los siguientes términos:

<<Según el artículo 67.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas “el derecho a reclamar

prescribirá al año de producido el hecho o el acto que motive la indemnización o se manifieste su efecto lesivo. En caso de daños de carácter físico o psíquico a las personas, el plazo empezará a computarse desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas”.

>>En este supuesto concreto, el acto que motiva la reclamación es el desafortunado fallecimiento del menor, P.G.G., que tiene lugar el 3 de diciembre de 2017.

>>Habiendo presentado el escrito de reclamación el 15 de octubre de 2019, es clara la prescripción del derecho a reclamar por parte de los interesados.

>>La solicitud de historia clínica, ya sea en vía administrativa o judicial, no interrumpe el ejercicio de la acción para reclamar en lo que al fallecimiento se refiere. Y ello por así disponerlo clara y explícitamente la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

>>Para el Tribunal Supremo los controles ambulatorios o la realización de informes a efectos de declaración de invalidez no tiene incidencia automática a efectos de inicio del cómputo del plazo para ejercitar la acción de reclamación; (STS de 24 de octubre de 2011, Rec. casación 4816/2009), por lo que, por analogía, la solicitud de una historia clínica no puede considerarse interruptora del ejercicio de la acción para reclamar. Otras sentencias con fundamentos jurídicos análogos: STS de 22 de febrero de 2012, RCA 608/2010; STS de 29 de noviembre de 2011, RCA 4647/2009.

>>Además, la ley permite que, una vez iniciado el procedimiento, los interesados puedan desistirse de su solicitud o renunciar a sus derechos (artículo 94 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas) por lo que en el plazo legalmente establecido la parte interesada podría haber presentado la reclamación y, en el supuesto de que una vez recibida la historia clínica y examinada la misma, hubiera considerado que la prestación asistencial se ajustaba a derecho, podría haberse desistido del procedimiento administrativo. >>

La cita realizada en la propuesta de resolución a las sentencias del Tribunal Supremo de 24 de octubre de 2011, 29 de noviembre de 2011 y 22 de febrero de 2012, confunde más que aclara, pues dichas sentencias se refieren a supuestos en los que se discute la fijación del *dies a quo* o la admisión de reclamaciones posteriores al año desde el inicio del cómputo del plazo por aparición de nuevas secuelas (adenopatía inguinal posterior a la presentación de la reclamación, resultando controvertido si guarda o no relación directa con el proceso tumoral inicial). La última de dichas sentencias recuerda que las resoluciones de minusvalía e incapacidad, no sirven para interrumpir ni para hacer ineficaz el plazo transcurrido correspondiente a una reclamación de responsabilidad patrimonial, en una línea con la que concuerda la doctrina de este Consejo Consultivo. Dicho lo anterior, no parece acertado el recurso a la “analogía” mencionado en la propuesta objeto de dictamen, pues se trata de interpretar el alcance de la regulación legal basada en la doctrina de la *actio nata*. Más bien cabría traer a colación, por los motivos que después se indican, algunas afirmaciones que el propio Tribunal Supremo realiza en su sentencia de 11 de junio de 2020 (*mutatis mutandi*, pues la sentencia aborda un problema de prescripción en el

orden tributario). En dicha sentencia recuerda el Tribunal Supremo que “el principio de buena administración (implícito en nuestra Constitución y positivizado ahora en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea) impone a la Administración una conducta lo suficientemente diligente como para evitar definitivamente las posibles disfunciones derivadas de su actuación, sin que baste para dar cobertura a sus deberes la mera observancia estricta de procedimientos y trámites (...).”

Es cierto que el *dies a quo* del cómputo del plazo de prescripción viene dado por la fecha de fallecimiento del menor (3 de diciembre de 2017), dado que los padres reclaman por el daño causado por la pérdida de su hijo. Atendiendo únicamente a dicha referencia temporal sería correcta la conclusión a la que llega la Administración, al sostener que la reclamación, presentada el 15 de octubre de 2019, es claramente extemporánea.

Sin embargo, el Consejo Consultivo no puede compartir la totalidad de los razonamientos de la propuesta de resolución, en lo que respecta a la posible interrupción de la prescripción. Para comenzar, los interesados se refieren a las dificultades que han tenido para conseguir la documentación médica necesaria para averiguar si el fallecimiento de su hijo se debió a la conducta negligente de los Servicios Médicos del SAS. La señora G., aduce a este respecto que ha presentado varias denuncias en los Juzgados de Instrucción de Lora del Río. En efecto, en la página 26 del expediente consta una denuncia de la madre ante el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción Número Uno de Lora del Río frente al Hospital VM por la asistencia recibida por su hijo el 23 de noviembre de 2017. En dicha denuncia, presentada el 2 de octubre de 2018, señala la denunciante que ya puso una denuncia anterior para que le dieran los informes completos de su hijo y le urge disponer de determinados documentos relacionados con la entrada del menor, pruebas realizadas, diagnóstico, medicación y tratamiento. Anteriormente consta una denuncia de la madre, por el mismo motivo, ante el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción Número Dos de Lora del Río. Asimismo, en la página 28 y siguientes del expediente consta solicitud de la historia clínica, fechada el 20 de septiembre de 2018, en la que la interesada se refiere a los mismos documentos. La parte reclamante señala que finalmente le fue expedido el documento solicitado, con fecha 15 de octubre de 2018, como consta en el pie del documento aportado junto a su reclamación con el número 3.

En esta materia, el Consejo Consultivo viene señalando desde su dictamen 84/1995 que el principio *pro accione* obliga a huir de todo planteamiento estricto y limitativo del cómputo del plazo y, por ende, de la apreciación de la prescripción, en aras a facilitar el ejercicio de los derechos que en este ámbito asisten a los interesados, sin que tal planteamiento pueda suponer una quiebra injustificada del sistema de prescripción. Dicha doctrina, representa un justo equilibrio entre el referido principio *pro accione* y el de seguridad jurídica, ya que el ejercicio de la acción no puede prolongarse en el tiempo *sine die* a espaldas de toda cobertura legal.

Nuestra doctrina concuerda con la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que en sentencias de 7 de junio de 2011, 24 de octubre de 2011 y 16 diciembre de 2011 recuerda lo siguiente: “la prescripción de la acción constituye un obstáculo al ejercicio

tardío de los derechos que se impone en beneficio de la certidumbre y de la seguridad jurídica, y no en beneficio o con fundamento en la justicia intrínseca. Razón por la que debe merecer un tratamiento restrictivo, que no deje de atender al dato de si aquellos valores de certidumbre y seguridad jurídica están o pueden estar realmente afectados o puestos en peligro en el caso de autos.”

De las consideraciones que efectúa la Administración podría deducirse que la solicitud de la historia clínica no produce en ningún caso la interrupción de la prescripción, con independencia de las particulares circunstancias que en cada caso puedan concurrir. Sin embargo, aunque la Ley 39/2015 no se haya ocupado específicamente de esta cuestión, y el artículo 1973 del Código Civil se refiera sólo a la interrupción de la prescripción de las acciones por su ejercicio ante los Tribunales, por reclamación extrajudicial del acreedor y por cualquier acto de reconocimiento de la deuda por el deudor, conviene no perder de vista el fundamento de la prescripción y la pretensión última del legislador basada en la *actio nata*.

En este plano, difícilmente podría justificarse el empleo de pautas hermenéuticas rígidas que conduzcan a exigir la presentación de la reclamación a toda costa, dentro del período de un año a partir del fallecimiento, si la Administración obstaculiza el ejercicio de la acción, no permitiendo que los interesados puedan acceder a determinada documentación clínica; máxime cuando la reclamante se ha visto obligada a formular dos denuncias en la vía penal para obtener dicha documentación. En esta materia, no caben soluciones categóricas y apriorísticas, al margen del análisis de las circunstancias del caso concreto, pues si se procediera de este modo podrían alcanzarse conclusiones inaceptables, obligando a los particulares al ejercicio temerario de la acción, abocándoles a presentar reclamaciones sin conocer los elementos que configuran la responsabilidad patrimonial, es decir, el fundamento mismo de la pretensión indemnizatoria.

En esta dirección, no hay que olvidar que el artículo 67.2 de la Ley 39/2015 dispone que: “En la solicitud que realicen los interesados se deberán especificar las lesiones producidas, la presunta relación de causalidad entre éstas y el funcionamiento del servicio público, la evaluación económica de la responsabilidad patrimonial, si fuera posible, y el momento en que la lesión efectivamente se produjo, e irá acompañada de cuantas alegaciones, documentos e informaciones se estimen oportunos y de la proposición de prueba, concretando los medios de que pretenda valerse el reclamante.”

De acuerdo con la doctrina referida, debemos subrayar que no estamos ante un caso de inacción o dejación del derecho por parte de los reclamantes; antes al contrario, acuden a la vía penal para obtener documentos aduciendo que no han podido obtenerlos de la Administración, de manera que mantener la extemporaneidad de la reclamación a todo trance, sin conocer siquiera el fundamento de dichas denuncias y las actuaciones que la motivaron, sería olvidar el fundamento de la prescripción extintiva, favoreciendo a la Administración, cuya actitud pudo obstaculizar el ejercicio de la acción hasta que entregó la documentación solicitada. Ello colocaría en una situación de ventaja a la Administración, en contra de la máxima *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*.

Por las razones expresadas, a las que se suman las que señalamos en el anterior fundamento jurídico sobre el modo en que se concedió el segundo trámite de audiencia, consideramos que la respuesta del SAS a los reclamantes no puede descansar sobre la supuesta prescripción del derecho a reclamar, sino que debe examinarse la cuestión de fondo.

CC BY-NC-SA 4.0