

RESEÑA DE LOS DICTÁMENES DEL CONSEJO CONSULTIVO DE ANDALUCÍA. AÑO 2022

MARÍA JESÚS GALLARDO CASTILLO¹

1. Dictamen 345/22, de 12 de mayo, sobre la consulta facultativa formulada por el Ayuntamiento de Palma del Río (Córdoba) en relación con la posibilidad de que un concejal no adscrito a un grupo político pueda formar parte de los organismos autónomos del Gobierno.

Este Consejo Consultivo, tras analizar la consulta planteada, concluye que los concejales no adscritos no tienen derecho a formar parte, con voz y voto, de los órganos rectores de los organismos autónomos locales al no integrarse este derecho en el núcleo de la función representativa amparada por el artículo 23.2 de la Constitución Española.

Ponencia: Consejero, Ángel Rodríguez-Vergara Díaz

Letrado, José Luis Martín Moreno

La Sra. alcaldesa-presidenta del Ayuntamiento de Palma del Río (Córdoba) solicita dictamen facultativo sobre si es posible que un concejal no adscrito a un grupo político pueda formar parte (con voz y con voto) de los órganos de gobierno de los organismos autónomos del Ayuntamiento, y, en caso positivo, si se pueden modificar los estatutos de los organismos autónomos del Ayuntamiento así como del reglamento orgánico del mismo para regular la figura del concejal no adscrito.

II

El dictamen solicitado debe partir de las consideraciones que hemos formulado en los dictámenes 593/2009 y 510/2020, destacando que nuestro pronunciamiento cobra sentido en el ejercicio de la función de este Consejo Consultivo de velar por la observancia de la Constitución, el Estatuto de Autonomía para Andalucía y el resto del ordenamiento jurídico, sin entrar a conocer los aspectos de oportunidad y conveniencia, salvo en los supuestos en los que le sea solicitado expresamente este tipo de pronunciamiento. Dicha función es inherente también al objeto de las consultas facultativas y la respuesta que el Consejo Consultivo ofrece que, aunque no resulte vinculante, es apreciada por la autonomía con la que el órgano ejerce su función para garantizar su objetividad e independencia, en este caso actuando como supremo órgano de asesoramiento de las entidades locales, tal y como proclama el artículo 129.1 del Estatuto de Autonomía para Andalucía, aunque lo sea bajo el estricto presupuesto legal que condiciona la admisión de este tipo de consultas.

Antes de dar respuesta a las cuestiones planteadas, volvemos a remitirnos a lo expuesto en los dictámenes 40/2002, 331/2002, 593/2009 y 81/2018, y sobre todo a las consideraciones particulares que formulamos en los dictámenes 593/2009 (considerado en la doctrina como dictamen de referencia) y 510/2020, en los que se

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

aborda el régimen jurídico de los concejales no adscritos y se alude a las distintas posibilidades de regulación con que cuentan las entidades locales, siempre que se ajusten a la normativa básica y a la legislación autonómica.

Sin perjuicio de lo anterior, y de la mención a las novedades jurisprudenciales en la materia, reiteramos la síntesis de la jurisprudencia constitucional que comienza con la STC 5/1983, de 21 de febrero, destacando la doctrina clásica de la relación binomial de la representación política (representante-representado) plasmada en nuestra Constitución. En este sentido, en el dictamen 593/2009 señalamos que la jurisprudencia constitucional subraya la consideración del mandato de los cargos representativos como libre e irrevocable y la interpretación del artículo 23.2 de la Constitución como creador de una vinculación inmediata entre electores y elegidos que no puede ser condicionada en sus elementos esenciales por la mediación de los partidos políticos. Este planteamiento, lleva al Tribunal Constitucional a afirmar que «es evidente que la Constitución Española protege a los representantes que optan por abandonar un determinado grupo político y que de dicho abandono no puede en forma alguna derivarse la pérdida del mandato representativo» (sentencia 185/1993, de 31 mayo, FJ 5, que a su vez se remite a las SSTC 5, 10, 16 y 20/1983 y 185/1993). En el mismo sentido puede verse la STC 246/2012, de 20 de diciembre.

Asimismo, conviene destacar nuevamente que la regulación de los miembros de las corporaciones locales “no adscritos”, prevista en el artículo 73.3 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local (LBRL), en la redacción dada por la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de medidas para la modernización del gobierno local, tiene origen en el “Acuerdo sobre un código de conducta política en relación con el transfuguismo en las corporaciones locales”, suscrito el 7 de julio de 1998 por el Gobierno y las fuerzas políticas con representación parlamentaria. Los partidos políticos firmantes del acuerdo manifiestan en él su voluntad de eliminar los efectos perversos de esta práctica, adoptando diversos compromisos, entre ellos el de “desincentivar el transfuguismo político a través de la adopción de medidas disuasorias de carácter económico, reglamentario y protocolario”. El 26 de septiembre de 2000 se procedió a renovar dicho acuerdo, reiterando el compromiso asumido en julio de 1998 y proclamando la voluntad de todos los firmantes de continuar combatiendo el transfuguismo en las corporaciones locales. Aun constatando “las dificultades jurídico-constitucionales existentes para constreñir tales comportamientos mediante reformas legislativas”.

Como expusimos en los dictámenes 593/2009 y 510/2020, la vigente redacción del artículo 73.3 de la LBRL tiene origen en las enmiendas 201 y 202 del Grupo Parlamentario Socialista al “Proyecto de Ley de Medidas para la modernización del Gobierno Local” (BOCG, Serie A, núm. 157-9, de 18 de septiembre de 2003), cuya motivación se liga al llamado Pacto Antitransfuguismo.

El dictamen 593/2009 señala que el transfuguismo de cargos electos ha sido doctrinalmente calificado como una quiebra en el sistema democrático, por la distorsión que comporta sobre la representación política articulada a través del sistema de partidos. Las desviaciones que su práctica puede acarrear respecto de la voluntad de los electores expresada en la urnas, la súbita alteración de las opciones de

governabilidad u oposición, la ruptura del equilibrio entre mayorías y minorías resultante del proceso electoral y la consiguiente producción de fenómenos de sobrerrepresentación o infrarrepresentación política, con el debilitamiento de los partidos políticos concernidos y la lógica erosión de la confianza de los ciudadanos, han dado lugar a diferentes reacciones, siendo muy común la de propugnar la pérdida del mandato cuando el tránsfuga deja de pertenecer al partido político con el que concurrió a las elecciones; solución que ha llegado a cristalizar en la Constitución de Portugal [pfo. c) del art. 163.1].

No obstante lo anterior, la jurisprudencia constitucional se ha decantado por una difícil posición de equilibrio, y ello porque en ella se evidencia que el Tribunal Constitucional no ignora la mutación del mandato representativo clásico operada en la propia Constitución y la normativa de ella derivada, en tanto que atribuyen a los partidos políticos la condición de pieza nuclear y estructurante, sin la cual no es concebible el sistema de representación política constitucionalmente diseñado (dictamen 593/2009). En este contexto, se subraya que la inclusión del pluralismo político como un valor jurídico fundamental (art. 1.1 de la Constitución Española) y la consagración constitucional de los partidos políticos como expresión de tal pluralismo, cauces para la formación y manifestación de la voluntad popular e instrumentos fundamentales para la participación política de los ciudadanos (art. 6 de la Constitución Española) lleva a destacar la relevancia jurídica (y no sólo política) de la adscripción política de los representantes (en una larga lista de pronunciamientos) desde la STC 32/1985, de 6 de marzo (FJ 2), pasando por la STC 159/2019, de 12 de diciembre (FJ 7), hasta la STC 35/2022, de 9 de marzo.

Partiendo de la anterior premisa, la STC 9/2012, de 18 de enero precisa que la referida relevancia jurídica de la adscripción política de los representantes «no puede ser ignorada, ni por las normas infraconstitucionales que regulen la estructura interna del órgano en el que tales representantes se integran, ni por el órgano mismo, en las decisiones que adopte en ejercicio de la facultad de organización que es consecuencia de su autonomía» (FJ 4).

Como indicamos en los dictámenes antes mencionados, es importante detenernos en la STC 9/2012 porque da respuesta a la cuestión de inconstitucionalidad 1490-2010, planteada justamente en relación con el párrafo tercero del artículo 73.3 de la LBRL. En concreto frente al auto de planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, en el que el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo Núm. 2 de Alicante considera que el artículo 73.3, párrafo tercero, de la LBRL vulnera el artículo 23 de la Constitución, en la medida en que impide al representante no adscrito ser elegido, por el alcalde de la corporación, miembro de la Junta o comisión de gobierno y teniente de alcalde, cuando el resto de concejales de la corporación pueden optar a dichos cargos, la STC 9/2012 (FJ 4) considera que esos aspectos (pertenencia a la Junta o comisión de gobierno y designación como teniente de alcalde) «no están incluidos en el núcleo básico del mandato representativo y constituyen aspectos de la organización y estructura consistorial dentro de las potestades, no ilimitadas, del alcalde. En efecto, tales nombramientos dependen de la voluntad de un tercero, el alcalde de la corporación, voluntad que ha de ser ejercida en los términos y condiciones determinados al respecto por la Ley de bases de régimen local (arts. 23.1 y 125.1)».

En este plano, la STC 9/2012, traslada a las funciones de representación propias de un concejal un criterio que en la STC 169/2009, de 9 de julio (FJ 3) se predicó de los miembros de las corporaciones provinciales. Efectivamente, aunque no se trata de una enumeración cerrada, la STC 169/2009 señaló que «entre las funciones que pertenecen al núcleo inherente a la función representativa que constitucionalmente corresponde a los miembros de una corporación provincial se encuentran la de participar en la actividad de control del gobierno provincial, la de participar en las deliberaciones del pleno de la corporación, la de votar en los asuntos propuestos en este órgano, así como el derecho a obtener la información necesaria para poder ejercer las anteriores».

En suma, partiendo de dicha doctrina la STC 9/2012 concluye que «el nombramiento para cargos relacionados con el gobierno y la administración del municipio no se integra en el núcleo esencial de las funciones representativas del concejal. Se trata de ámbitos ajenos al ejercicio de la función representativa atribuida al mismo», de modo que entiende que el artículo 73.3, párrafo tercero, de la LBRL no vulnera el artículo 23.2 de la Constitución Española.

En efecto, la STC 9/2012 (FJ 4) simplemente constata que el precepto cuestionado limita los derechos del concejal partiendo de su calificación legal como no adscrito, en tanto que deja de ser miembro de un grupo político de los que integran la corporación. Sin embargo, reitera que responde a un fin legítimo, según lo dicho en la STC 169/2009, de 9 de julio (FJ 7), al señalar que «el distinto trato que el artículo 73.3 de la LBRL otorga a los miembros de las corporaciones locales en función de su adscripción o no a un grupo político está justificado en la diferente situación en la que se encuentran, al no haberse incorporado al grupo político constituido por la formación electoral por la que fueron elegidos: puede someterse a un régimen jurídico parcialmente diferente a los representantes que no se integran en el grupo político constituido por la formación en la que concurrieron a las elecciones respecto de aquéllos que sí lo hacen, todo ello sin perjuicio de respetar las facultades de representación que son propias del cargo electo, pues, como se ha indicado, el diferente trato que se otorga en este caso a los diputados no adscritos no conlleva una limitación de las facultades que constituyen el núcleo de sus funciones representativas».

Pese a que la STC 9/2012 no va más allá y no entra a dilucidar si el precepto en cuestión debe interpretarse en el sentido prohibitivo que del mismo extrajo el órgano judicial, lo cierto es que ejerce una notoria influencia en los pronunciamientos posteriores de los juzgados y Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia, aunque se han seguido manifestando discrepancias notables y dudas sobre el significado del artículo 73.3, párrafo tercero, de la LBRL, que en parte pueden considerarse resueltas por la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de octubre de 2020, cuya interpretación confirma el propio Tribunal Supremo en su sentencia de 16 de diciembre de 2020. A dicha interpretación nos referimos en el siguiente fundamento jurídico.

III

Sentado lo anterior, conviene conocer la interpretación del artículo 73.3 de la LBRL, en

el que se establece lo siguiente: “3. A efectos de su actuación corporativa, los miembros de las corporaciones locales se constituirán en grupos políticos, en la forma y con los derechos y las obligaciones que se establezcan con excepción de aquéllos que no se integren en el grupo político que constituya la formación electoral por la que fueron elegidos o que abandonen su grupo de procedencia, que tendrán la consideración de miembros no adscritos. [...] Los derechos económicos y políticos de los miembros no adscritos no podrán ser superiores a los que les hubiesen correspondido de permanecer en el grupo de procedencia, y se ejercerán en la forma que determine el reglamento orgánico de cada corporación.”

Estamos ante una norma que ha propiciado diferentes interpretaciones doctrinales. A este respecto, en nuestro dictamen 593/2009 precisamos lo siguiente: «El legislador básico ha querido que los derechos económicos y políticos de los “concejales no adscritos” no aparezcan conectados con su pertenencia a un determinado grupo, llámese mixto o grupo de no adscritos, posibilidad ésta que en algún momento se barajó, y que finalmente se descarta, precisamente para acentuar el significado de lo que la propia Ley concibe como “no adscripción”, distinta a la de concejales miembros de un determinado grupo político. Al mismo tiempo, el propio artículo 73.3, aun dejando margen para el desarrollo a la legislación autonómica y al reglamento orgánico municipal (al que expresamente se remite el precepto), deja claramente establecido que los derechos económicos y políticos de los miembros no adscritos no podrán ser superiores a los que les hubiesen correspondido de permanecer en el grupo de procedencia; prescripción que opera como límite a la libertad de configuración de dichas normas. En este sentido, la modulación y la diferencia de trato, siempre que no se rebase esa prohibición, podrá ser mayor o menor dependiendo de las opciones por las que se decanten las normas de desarrollo, en el bien entendido de que no se pueden menoscabar las funciones o facultades pertenecientes al denominado núcleo del denominado *ius in officium*, introduciendo pretericiones o diferencias de trato no amparadas por la Constitución.»

Con posterioridad, la jurisprudencia constitucional se ha pronunciado en varias ocasiones sobre el ejercicio del *ius in officium*, la salvaguarda del núcleo de la función representativa y los límites que derivan de la consideración de determinados concejales como no adscritos (SSTC 20/2011, de 14 de marzo, y la serie de sentencias que le siguen en relación con diversos recursos de amparo interpuestos por concejales del Ayuntamiento de Majadahonda, así como las SSTC 117/2012, de 4 de junio, 9/2012, de 18 de enero y 151/2017, de 21 de diciembre). Más recientemente, las SSTC 159/2019, de 12 de diciembre, y 38/2022, de 11 de marzo, se pronuncian en relación con determinadas limitaciones del *ius in officium* (a sus consideraciones nos remitimos, *mutatis mutandis*, ya que se refieren a limitaciones que operan sobre parlamentarios).

En relación con las cuestiones objeto de consulta, procede volver a reiterar que el artículo 73.3 de la LBRL no establece un régimen completo e indisponible del régimen jurídico de los miembros no adscritos de las Corporaciones Locales (en este caso concejales), sino que permite un cierto margen de desarrollo por las leyes de régimen local de cada Comunidad Autónoma y los correspondientes reglamentos orgánicos de Ayuntamientos o Diputaciones, si bien este debe atenerse a los parámetros referidos sin que en ningún caso puedan proyectarse sobre el núcleo de la función

representativa.

Del mismo modo, insistimos en que la interpretación de las normas reguladoras de los grupos políticos y del estatus de los concejales no adscritos no puede perder de vista, en ningún caso, que existe una reserva legal, ex artículo 23.2 de la Constitución; que está concernido un derecho fundamental y es la LBRL la que ha plasmado dicha figura, sin agotar toda la regulación posible, de manera que resulte viable el desarrollo de la misma por los legisladores autonómicos, respetando el principio de autonomía local. En todo caso, el hecho de que el derecho fundamental contemplado en el artículo 23.2 de la Constitución sea de configuración legal no autoriza al legislador a prescindir de su contenido esencial.

Como novedad con respecto a los dictámenes citados, hay que señalar que, a la luz de la jurisprudencia constitucional antes descrita, la sentencia del Tribunal Supremo de 1401/2020, de 26 de octubre (recurso de casación 1178/2019), realiza una interpretación del artículo 73.3.3º de la LBRL, de la que hemos de partir al dar respuesta a la consulta facultativa formulada. Efectivamente, el Tribunal Supremo interpreta el precepto transcrito centrándose en el alcance que tiene la limitación legal consistente en que los derechos económicos y políticos del concejal no adscrito no puedan ser superiores a los que le hubiesen correspondido de haber permanecido en su grupo de procedencia, ya que esa es la cuestión que determinó la admisión a trámite del recurso de casación resuelto en dicha sentencia, por tener interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia. Partiendo de esa premisa, la sentencia interpreta el precepto del siguiente modo (FD sexto):

«1. A los efectos del artículo 93.1 de la LJCA y respecto de la cuestión en la que se apreció interés casacional para la formación de jurisprudencia, se declara que el alcance del límite previsto en el artículo 73.3.3º de la LRBRL se interpreta en el sentido de que las limitaciones que impone al concejal no adscrito no pueden afectar a los derechos políticos y económicos ligados al ejercicio del mandato representativo otorgado por los electores como concejal electo. 2. Por el contrario, el pase a la condición de concejal no adscrito, como consecuencia o por razón de un supuesto de transfuguismo, sí impide que se asuman cargos o que perciban retribuciones que antes no ejercía o percibía e impliquen mejoras personales, políticas o económicas. Queda excluida de esta limitación la incorporación a las comisiones informativas.»

El juicio de la Sala que lleva a realizar dicha interpretación se expone en el sexto fundamento de Derecho de la sentencia, en el que se parte de los antecedentes de la norma, destacando la conexión entre las limitaciones que el legislador impone a los derechos políticos y económicos de los concejales no adscritos y los acuerdos políticos para combatir el transfuguismo, entendido como un fenómeno que implica una alteración o falseamiento de la representación política.

En este sentido, en el apartado 4 del referido fundamento de Derecho se recuerda que en la II adenda de 26 de mayo de 2006 al acuerdo de 1998, se acordó lo siguiente: «Igualmente, los partidos políticos se comprometen a no aceptar en sus equipos de Gobierno municipal a miembros de la corporación que se hayan convertido en tráfugas con respecto a sus grupos de procedencia, y rechazan la posibilidad de que por parte del alcalde se efectúe cualquier nombramiento político que implique

atribuciones de gobierno o delegación genérica o especial de las mismas, con los consiguientes derechos políticos y económicos, en favor de los transfugas».

La referida sentencia del Tribunal Supremo (FD sexto, apartados 5, 6 y 7), apelando a las SSTC 9, 30 y 243/2012, distingue entre los derechos políticos o económicos ligados a la condición de concejal y derivados del mandato representativo otorgado por los electores (derechos que son indisponibles conforme al contenido esencial del artículo 23.2 de la Constitución y no pueden ser negados ni limitados al concejal no adscrito) y los derechos distintos de los indisponibles, es decir, los que no son consustanciales a la condición de concejal. En este punto, la sentencia recuerda que de la LBRL y del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales aprobado por Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre (ROF), se deduce que tal núcleo indisponible se concreta en la participación en Plenos con voz y voto, ejercer funciones de control político, presentar preguntas, mociones, enmiendas y votos particulares; efectuar ruegos, preguntas; ejercer el derecho a la información más ostentar los honores y tratamientos propios de todo concejal (en este punto se remite a la STS 72/2020, de 24 de enero, recurso de casación 5035/2018).

Es evidente que las limitaciones del artículo 73.3.3º de la LBRL no pueden referirse a derechos inherentes o consustanciales a la condición de concejal, como ha dejado claro la jurisprudencia constitucional. Por ello, la sentencia del Tribunal Supremo a la que nos venimos refiriendo señala que dicho precepto «disuade de que el pase a la condición de concejal no adscrito, por incurrir en transfuguismo, suponga un incremento o mejora del estatus, y se toma como referencia aquellos beneficios políticos o económicos distintos de los indisponibles por ser consustanciales a la condición de concejal». Con ese propósito, el precepto «toma como término de contraste los que ostentaba el concejal cuando estaba integrado en un grupo político y que abandona, de forma que tras ese abandono y consiguiente pase a la condición de concejal no adscrito no puede aumentarlos como contraprestación» (apdo. 7 del FD sexto), y ello lleva al Tribunal Supremo a concluir lo siguiente:

«De esta manera la prohibición deducible del citado artículo afecta a los cargos concedidos por decisión discrecional del alcalde como ser designado teniente alcalde e integrarse en la Junta de Gobierno (artículos 46.1 y 52.1 del ROF); también los cargos por delegación del alcalde (artículos 43 y 120.1 del ROF) así como la asunción de cualquier otro cargo político de carácter discrecional, todo lo cual es corroborado por las sentencias del Tribunal Constitucional 9 y 246/2012.» (apdo. 8 del FD sexto)

IV

Expuesta la interpretación que ha venido realizando este Consejo Consultivo, así como la jurisprudencia constitucional y del Tribunal Supremo, procede dar respuesta a las cuestiones planteadas.

1.- ¿Resulta posible que un concejal no adscrito a un grupo político pueda formar parte de los órganos de gobierno de los organismos autónomos del Ayuntamiento (con voz y con voto)?

La consulta se suscita tras el escrito presentado por un concejal del grupo municipal Cambiemos Palma, en el que manifiesta su abandono voluntario del referido grupo

político y solicita el pase a la condición de concejal no adscrito, sin que el Reglamento Orgánico de Palma del Río haya regulado hasta el momento el régimen jurídico de los concejales no adscritos. En dicho escrito, el concejal interesado solicita que se reconozcan los efectos correspondientes a su decisión, “conservando cuantos derechos y deberes le sean inherentes, tanto los de grupo municipal como los de concejal, ya sean estos de orden político, representativos o económicos”. Igualmente, “solicita su inclusión, conforme a legalidad aplicable y en igualdad de derechos y deberes, en cuantos órganos, organismos, institutos, patronatos, etc., existan o se creen mientras persista su condición de concejal”.

El informe emitido por la Secretaría General del Ayuntamiento se refiere a la limitación que el pase a la condición de concejal no adscrito opera en relación con los derechos económicos vinculados a la financiación del grupo municipal e infraestructuras asociadas a los grupos políticos. Según dicho informe, anteriormente, el concejal no adscrito asistía en representación del referido grupo político a las sesiones de determinados órganos colegiados; asistencias que corresponden en adelante al concejal que permanece en el grupo político.

La consulta viene acompañada de un informe jurídico-propuesta favorable a la participación de los concejales no adscritos en los órganos de gobierno de los organismos autónomos. En este sentido, se considera que la situación actual, al no contemplarse dicho derecho, “podría suponer una vulneración del artículo 23 de la CE, de acuerdo con lo dispuesto en las STC nº 169/2009, de 9 de julio, y nº 141/2007, de 18 de junio, y con la STS de 18 de mayo de 2018”.

Según dicho informe, “para garantizar el respeto al núcleo de la función representativa de los concejales no adscritos”, debe reconocerse el “derecho a participar en todos aquellos órganos colegiados en los que se ejerzan potestades de control o de obtención de información necesaria para el desarrollo de las funciones que pertenecen a la esencia de la función representativa, que constitucionalmente les corresponde de acuerdo con el artículo 23 de la CE”. Precisando lo anterior, el informe considera que, “dentro de tales órganos deben incluirse los órganos colegiados de los organismos autónomos (juntas rectoras, consejos rectores...)”; conclusión que se sienta considerando que en la actualidad los estatutos de los organismos autónomos incluyen en los órganos de gobierno a representantes de cada grupo, de forma análoga a las comisiones informativas y bajo la premisa de que dicha participación tendría como objeto el cumplimiento de los deberes de fiscalización. Por esa razón se considera que a los concejales no adscritos se les debe autorizar su integración en los órganos de gobierno de los organismos autónomos.

Una vez precisados los antecedentes de la consulta, el Consejo Consultivo puede ya adelantar que no resulta posible la participación de los concejales no adscritos en los órganos de gobierno de los organismos autónomos del Ayuntamiento en términos de exigibilidad obligatoriedad e indisponibilidad, que es como se plantea en la solicitud del concejal que solicita su pase a la condición de “no adscrito” y el informe-propuesta que se acompaña a la solicitud de dictamen.

En efecto, aunque el informe antes referido considera que los concejales no adscritos deben integrarse en los órganos de gobierno de los organismos autónomos para

“garantizar el respeto al núcleo de la función representativa” que concierne a dichos concejales y evitar así una vulneración del artículo 23.2 de la Constitución Española, el Consejo Consultivo considera que dicha integración no es inherente o consustancial a la condición de concejal, de manera que no formaría parte los derechos indisponibles que la jurisprudencia constitucional y del Tribunal Supremo identifican como manifestación del *ius in officium*.

En este sentido, consideramos que la invocación de la STC 169/2009 no es pertinente, al no poder equipararse la integración en los órganos de gobierno de los organismos autónomos municipales con la participación, con voz y voto en las comisiones informativas, derecho del que no pueden ser privados los concejales no adscritos por pertenecer al núcleo de su función representativa. Efectivamente, volvemos a recordar que la mentada sentencia otorgó el amparo solicitado considerando la trascendencia que tiene la fase de estudio y elaboración de las propuestas realizadas en dichas comisiones informativas en el proceso de toma de decisiones del Pleno, de manera que al limitarse la participación de los diputados provinciales recurrentes a participar en las deliberaciones, suprimiendo el derecho a votar en las comisiones informativas, se «entorpece y dificulta la posterior defensa de sus posiciones políticas mediante la participación en las deliberaciones y la votación de los asuntos en el Pleno, e incide por ello en el núcleo de las funciones de representación que son propias del cargo de diputado provincial» (FJ 4).

Tampoco la STC 141/2007 permite concluir que se vulneraría el derecho fundamental del artículo 23.2 de la Constitución si los estatutos de los organismos autónomos no prevén la participación de los concejales no adscritos en sus órganos rectores. Dicha sentencia, igualmente citada en el informe que acompaña a la solicitud de dictamen, se refiere a la posibilidad de intervenir en los debates parlamentarios del Parlamento de La Rioja, la cual está directamente relacionada con el núcleo de la función representativa, como instrumento de deliberación, expresión de las propias posturas y control del Gobierno (FJ 5).

En este caso, además del derecho de los concejales no adscritos a participar con voz y voto en las comisiones informativas, no podemos olvidar que el Pleno municipal, en el que se integran todos los concejales, ostenta las funciones de control y fiscalización previstas en la LBRL [art. 22.2.a) y 123.1.a) de la LBRL, en el caso de los municipios de gran población, art. 50.2 del ROF]. El derecho reconocido a todos los miembros de las corporaciones locales a obtener cuantos antecedentes, datos o informaciones obren en poder de los servicios de la Corporación y resulten precisos para el desarrollo de su función (art. 14 del ROF), sirve a la referida función de fiscalización y control, de manera que los concejales no adscritos pueden acceder al contenido del orden del día y de los debates y actas de las entidades instrumentales municipales; máxime si se tiene en cuenta que el principio de transparencia se proclama como principio general de actuación de las entidades que integran el sector público institucional (art. 81 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público) y todas las Administraciones Públicas deben establecer un sistema de supervisión continua de sus entidades dependientes (art. 81.2 de la Ley 40/2015) que ha de facilitar en gran medida la funciones de fiscalización y control.

Por otro lado, la determinación de la composición y atribuciones de los órganos

rectores de los organismos autónomos del Ayuntamiento es expresión de su autonomía y de su potestad autoorganizativa, como se desprende de los artículos 4.2 y 5 de la Ley 5/2010, de 11 de junio, de Autonomía Local de Andalucía, en conexión con los artículos 34.3 y 37.2 de dicha Ley, que atribuye a los estatutos de las agencias locales (aprobados por el Pleno) la determinación de los máximos órganos de dirección del organismo y su composición. Del mismo modo el artículo 85 bis de la LBRL prevé que en los organismos autónomos locales deberá existir un consejo rector, cuya composición se determinará en sus estatutos. El mismo artículo establece determinados controles y atribuye a los estatutos de los organismos autónomos locales la determinación de los máximos órganos de dirección del organismo, ya sean unipersonales o colegiados.

La concreta configuración de los órganos rectores, por medio de los estatutos, es ante todo un problema que concierne al mejor gobierno de estas entidades instrumentales. En este sentido, debe atender a las fórmulas que mejor respondan a los principios informadores de la actuación administrativa y de los servicios públicos locales, garantizando, entre otros, la eficacia y eficiencia en el cumplimiento de los objetivos fijados, la agilidad de los procedimientos administrativos y actividades materiales de gestión, así como la participación, objetividad y transparencia de la actuación administrativa, como se desprende de la Ley 5/2010. Y desde este punto de vista, caben diferentes opciones, siempre que sean respetuosas de las determinaciones legislativas en la materia y de la jurisprudencia constitucional enunciada, considerando que la autonomía local comprende, como ya hemos anticipado, la organización y gestión de los propios órganos de gobierno y administración, así como la regulación y prestación de los servicios locales.

De acuerdo con la jurisprudencia constitucional y del Tribunal Supremo que hemos expuesto en el anterior fundamento jurídico de este dictamen, los derechos indisponibles por afectar al núcleo de la función representativa se concretan en la participación en plenos con voz y voto, ejercer funciones de control político, presentar preguntas, mociones, enmiendas y votos particulares; efectuar ruegos, preguntas; ejercer el derecho información más ostentar los honores y tratamientos propios de todo concejal (STS 1401/2020, de 26 de octubre, que como vimos se remite a la STS 72/2020, de 24 de enero, y sigue la línea de las SSTC 169/2009, 20/2011 y 9/2012).

Por todo ello, no puede concluirse que el artículo 23.2 de la Constitución Española ampara un derecho de los concejales no adscritos a exigir del Ayuntamiento su integración con voz y voto en los órganos rectores de los organismos autónomos, al no tratarse de un derecho consustancial a la condición de concejal como el que sí ha reconocido la jurisprudencia constitucional en el caso de las comisiones informativas.

Una vez aclarado que no forma parte del contenido esencial del derecho fundamental del que son titulares los concejales no adscritos en virtud del art. 23.2 de la Constitución Española su integración, con voz y voto, en los órganos rectores de los organismos autónomos, debemos plantearnos si el Ayuntamiento podría a pesar de ello establecerla, regulándola en ejercicio de la autonomía que a las Corporaciones Locales atribuye igualmente la Constitución.

En este sentido, cabe señalar que el artículo 73.3 de la LBRL no prohíbe expresamente

dicha posibilidad. Como hemos visto en el anterior fundamento jurídico, la sentencia 1742/2020, de 16 de diciembre, considera que la prohibición deducible del citado artículo afecta a los cargos concedidos por decisión discrecional del alcalde, a los cargos por delegación del alcalde y a la asunción de cualquier otro cargo político de carácter discrecional, supuesto que no es completamente equiparable al que es objeto de la presente consulta facultativa. Ahora bien, a esta conclusión se llega como aplicación al caso del canon general establecido en su anterior sentencia 1401/2020, de 26 de octubre, donde esta disposición de la LBRL es interpretada, en sede de interés casacional, estableciendo que la misma «impide que se asuman cargos o que perciban retribuciones que antes no ejercía o percibía e impliquen mejoras personales, políticas o económicas», excluyendo únicamente de esta prohibición, como también se ha visto, la incorporación a las comisiones informativas.

En consecuencia, a la primera limitación que se impone a los ayuntamientos a la hora de regular la situación de los concejales no adscritos, que no pueda verse afectado el núcleo esencial de su derecho fundamental como concejales electos, hay que añadir una segunda (que opera en cierto modo en dirección contraria a la primera), que esa regulación no suponga para estos concejales la asunción de cargos o la percepción de atribuciones que impliquen mejoras personales, políticas o económicas. Vale, pues, decir, que, con la excepción, ya explicada, de la incorporación a las comisiones informativas, el conjunto de las atribuciones y derechos de los que gozan los concejales no adscritos por su condición de electos se identifica, al mismo tiempo, con aquellas que el ayuntamiento puede concederles. Es por ello por lo que, al concluir, como se ha hecho, que los concejales no adscritos no tienen derecho a integrarse con voz y voto en los órganos rectores de los organismos autónomos, debe igualmente descartarse la posibilidad de que el Ayuntamiento les atribuya esas facultades.

2.- En caso de que el concejal no adscrito pueda formar parte de los órganos de gobierno de los organismos autónomos, ¿se pueden modificar los estatutos y el Reglamento Orgánico del Ayuntamiento para regular la figura del concejal no adscrito?

Contestada, en los términos que se acaba de hacer, la primera de las cuestiones planteadas, no es necesario seguir más adelante, pues nuestra respuesta a la primera cuestión niega precisamente la premisa a la que se condiciona esta segunda, a saber, que un concejal no adscrito a un grupo político pueda formar parte con voz y voto de los órganos de gobierno de los organismos autónomos del Ayuntamiento.

CONCLUSIONES

Primera. De conformidad con la doctrina de este Consejo Consultivo y a la luz de la jurisprudencia constitucional y del Tribunal Supremo, sintetizada en este dictamen, consideramos que los concejales no adscritos no tienen derecho a formar parte, con voz y voto, de los órganos rectores de los organismos autónomos locales, al no integrarse este derecho en el núcleo de la función representativa amparada por el artículo 23.2 de la Constitución Española, razón por la cual también se considera que una regulación municipal que estableciera su integración en esos organismos en esas condiciones no sería respetuosa con las limitaciones contenidas en el artículo 73.3, párrafo tercero, de la LBRL.

2. Dictamen 439/2022, de 30 de junio, sobre el procedimiento de revisión de oficio incoado por la Consejería de Hacienda y Financiación Europea para la declaración de nulidad de una liquidación del impuesto sobre sucesiones y donaciones.

En este dictamen se analiza un supuesto de nulidad por omisión del procedimiento específico de adición de bienes que pertenecieron al causante de la sucesión durante el periodo de un año anterior al fallecimiento.

Ponencia: Consejera, María del Mar Moreno Ruiz

Letrado, José Luis Martín Moreno

La Consejería de Hacienda y Financiación Europea solicita dictamen de este Consejo Consultivo sobre el procedimiento de revisión de oficio tramitado en respuesta a la solicitud deducida por doña (...), en orden a la declaración de nulidad de pleno derecho de la liquidación (...), practicada por la Oficina Liquidadora de Morón de la Frontera (Sevilla).

III

Sentado lo anterior, procede analizar la cuestión de fondo, dilucidando si la liquidación ya referida incurre en nulidad de pleno derecho, por haberse dictado prescindiendo total y absolutamente del procedimiento. A este respecto, la interesada señala que aportó dos certificados bancarios al expediente, de conformidad con lo requerido por la Administración: “1º) El comprensivo de las cuentas y mayores saldos que el fallecido había poseído durante el año anterior a la fecha de fallecimiento (...). 2º) El comprensivo de las cuentas que el fallecido poseía a la fecha de su fallecimiento y el saldo que existía en las mismas a dicha fecha. La interesada precisa que, tras dicha aportación, la Oficina Liquidadora procedió a la adición del 50% de los saldos existentes en las cuentas del Banco de (...) Nº (...) y (...). Seguidamente señala que, “a pesar de identificar que se pretendía dicha adición, se había producido otra sobre la que se guardó silencio, puesto que se había incorporado el supuesto saldo de una cuenta cuya existencia se extraía del certificado bancario emitido por la entidad Banco (...) de las cuentas que habían existido durante el año anterior al fallecimiento”.

Según la contribuyente, se trataba de la supuesta omisión de un bien, sobre la que en ningún momento se le proporcionó información, con el fin de que pudiera alegar lo que conviniera a su derecho, con posibilidad de rechazar su inclusión en el inventario de bienes y derechos inicialmente relacionados en la autoliquidación presentada. Además, indica que no se abrió, con ocasión de ninguna de las adiciones relacionadas, el procedimiento especial requerido en el artículo 93 del Reglamento General del Impuesto sobre Sucesiones. Por ello subraya que no se otorgó el plazo de 15 días, a fin de que pudiera alegar lo que a su derecho conviniera, a pesar de que el citado artículo dispone que, expirado dicho plazo, ya sea habiendo manifestado el rechazo a la adición, o habiendo dejado transcurrir el plazo sin manifestar nada, la Oficina debe instruir un expediente a efectos de decidir en definitiva sobre la adición de los bienes que consideraba se habían de incluir en la liquidación, en cuyo acuerdo debería haber instruido a la contribuyente de los recursos que podían entablarse contra la meritada adición.

Expuesto lo anterior, hay que recordar que en las adquisiciones *mortis causa*, el artículo 11.1 de la Ley 29/1987, de 18 de diciembre, del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones (LISD), contiene diversas presunciones, a efectos de la determinación de la participación individual de cada causahabiente en la herencia, entre las que figura la relativa a “los bienes de todas clases que hubiesen pertenecido al causante de la sucesión hasta un año antes de su fallecimiento” [pfo.a)]. Del propio precepto se desprende que se trata de una presunción *iuris tantum*, ya que opera “salvo prueba fehaciente de que tales bienes fueron transmitidos por aquél y de que se hallan en poder de persona distinta de un heredero, legatario, pariente dentro del tercer grado o cónyuge de cualquiera de ellos o del causante”.

El artículo 25 del Reglamento del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones (RISD), aprobado por el Real Decreto 1629/1991, de 8 de noviembre, se ocupa específicamente de los bienes adicionales por haber pertenecido al causante en el año anterior al fallecimiento. Se trata de un precepto ubicado en el seno del capítulo destinado a regular la base imponible, cuya configuración asume que el contribuyente puede desvirtuar la adición del modo ya indicado. En su apartado 1, párrafo segundo, se dispone que “se presumirá que los bienes pertenecieron al causante por la circunstancia de que los mismos figurasen a su nombre en depósitos, cuentas corrientes o de ahorro, préstamos con garantía o en otros contratos similares o bien inscritos a su nombre en los amillaramientos, catastros, registros fiscales, registros de la propiedad u otros de carácter público” y el párrafo tercero del mismo apartado precisa lo siguiente: “La no justificación de la existencia de dinero o de bienes subrogados no obstará al derecho de los interesados para probar la realidad de la transmisión”.

Como bien se indica en el expediente, lo que el Reglamento contempla en estos supuestos es un procedimiento especial “con cierta sustantividad”, establecido en garantía del contribuyente. En efecto, dicho procedimiento, previsto en el artículo 93 del Reglamento opera, entre otros supuestos, en el ya referido de los artículos 11 de la LISD y 25 del RISD, y tiene como presupuesto la comprobación, por parte de la Oficina competente, de que en el inventario de bienes del causante que figura en la declaración tributaria se han omitido bienes que se encuentren en alguna de las situaciones a las que se refieren los artículos 25 a 28 y 30 de dicho Reglamento.

Aun partiendo del carácter excepcional de la revisión de oficio de actos firmes, y de la estricta interpretación que debe realizarse de la causa de nulidad consistente en haberse dictado el acto prescindiendo “total y absolutamente” del procedimiento legalmente establecido [art. 217.1.e)], el Consejo Consultivo ha señalado, de acuerdo con la jurisprudencia, que dicha causa de nulidad opera también en supuestos de omisión de trámites esenciales o alteraciones con graves desviaciones del *iter* procedimental, así como cuando se sigue un procedimiento, pero no es el legalmente previsto.

Por su caracterización, el procedimiento del artículo 93 del RISD es una garantía fundamental para dilucidar si procede la adición de bienes con pleno conocimiento de los contribuyentes, que pueden oponerse a la misma mediante el cauce especial previsto en la normativa del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, una especie de procedimiento “anidado” que se caracteriza por la interpelación a los interesados, para

que en un plazo de quince días presten su conformidad a la adición de los bienes al caudal relicto del causante o se opongan a ella. En el primer caso se practica la liquidación correspondiente, incluyendo el valor de los bienes adicionales. En cambio, en caso de oposición expresa o cuando los interesados dejen transcurrir dicho plazo sin pronunciamiento alguno al respecto, la Oficina correspondiente “procederá a instruir un expediente a efectos de decidir en definitiva sobre la adición, concediendo a los interesados un plazo de quince días para formular alegaciones y aportar los documentos o pruebas que estimen convenientes a su derecho”. Una vez transcurrido ese plazo se dictará acuerdo sobre la procedencia o no de la adición. El precepto referido precisa además que el acuerdo favorable a la adición será recurrible en reposición o en vía económico-administrativa. Y concluye estableciendo que, “ultimada la vía administrativa en sentido favorable a la adición, la Administración podrá proceder a la rectificación de las liquidaciones provisionales o a practicar las complementarias que procedan”.

La propuesta de resolución objeto de dictamen apela a la sentencia de 13 de junio de 2019, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo con sede en Sevilla del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (recurso 844/2018) y lo hace para concluir que en este supuesto no era necesario instruir un procedimiento de adición de bienes. En este sentido, la propuesta señala que el artículo 11 de la Ley del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones se refiere a bienes que hubiesen pertenecido al causante (durante el año anterior al fallecimiento) y que en el momento del fallecimiento ya no le pertenecen. La validez de esta interpretación vendría avalada por el hecho de que ese mismo artículo permita desvirtuar la presunción acreditando que en el caudal figuran incluidos el metálico u otros bienes subrogados en lugar de los desaparecidos con valor equivalente.

Pues bien, en el caso de las cuentas bancarias (...) y (...) consta que a fecha del fallecimiento seguían abiertas a nombre de don (...) (el causante) y doña (...) (la heredera). Tales cuentas fueron declaradas y constan en sendos certificados expedidos por la entidad bancaria el 18 de noviembre de 2014. El primero es un certificado de posiciones acreedoras a fecha del fallecimiento (pág. 147 del expediente) y el segundo de mayores saldos en cuentas del causante habidos en el período de un año anterior al fallecimiento (pág. 157 del expediente). Siendo así, no estamos ciertamente en el supuesto de bienes que hubieren pertenecido al causante en el año anterior al fallecimiento y no le pertenecen en el momento de la sucesión, pues las cuentas siguen abiertas a su nombre. Siendo esta la premisa de partida, no resulta aplicable el artículo 93 del Reglamento. El problema que se plantea es distinto, ya que lo que la Oficina Liquidadora plantea es que debe imputarse a la herencia del causante la totalidad de los saldos de dichas cuentas, aunque figuraran abiertas a nombre del causante y de la propia heredera. La jurisprudencia del Tribunal Supremo autoriza a distinguir entre titularidad de disposición y titularidad dominical, de manera que las facultades dispositivas frente a la entidad financiera del saldo que arroje la cuenta, no determina la existencia de un condominio, y menos por partes iguales, sobre dicho saldo, como señala la sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 29 de mayo de 2000 (con cita de las sentencias de la misma Sala de 7 de junio de 1996 y 29 de septiembre de 1997, en las que se sigue la línea doctrinal marcada por la STS de 6 de febrero de 1991), recordando que la existencia de dicho condominio únicamente

puede venir determinada por las relaciones internas entre ambos titulares, y más concretamente, por la "originaria pertenencia de los fondos o numerario de que se nutre dicha cuenta". En este mismo plano recordamos que el Derecho Tributario se atiene por lo general a lo que resulte del Derecho Civil, siendo así que el artículo 7 de la Ley 19/1991, de 6 de junio, del Impuesto sobre el Patrimonio, los bienes y derechos se atribuirán a los sujetos pasivos según las normas sobre titularidad jurídica aplicables en cada caso y en función de las pruebas aportadas por aquéllos o de las descubiertas por la Administración. El mismo artículo añade que, en su caso, serán de aplicación las normas sobre titularidad jurídica de los bienes y derechos contenidas en las disposiciones reguladoras del régimen económico del matrimonio, así como en los preceptos de la legislación civil aplicables en cada caso a las relaciones patrimoniales entre los miembros de la familia.

En este caso consta en el expediente que la Oficina Liquidadora efectuó requerimiento a la contribuyente, exigiendo la aportación de la certificación de los saldos bancarios de las cuentas del causante a la fecha del fallecimiento y el mayor saldo habido en el año anterior (certificados que ya figuraban en relación con la entidad financiera en la que se mantenían las cuentas ya referidas, así como la partida de nacimiento del causante y de la causahabiente). En dicho requerimiento (fechado el 23 de septiembre de 2015), se anuncia a la interesada el inicio de un procedimiento de comprobación limitada con la finalidad de verificar los saldos bancarios que deban incluirse en el caudal hereditario y el grupo de parentesco en el que se incluye la heredera. Así en relación con las cuentas a las que nos venimos refiriendo se dice (pág. 158 del expediente):

"(...). Respecto al resto de cuentas en que la titularidad sea del causante y de su heredera, se requiere certificación de la procedencia de las imposiciones recibidas en la cuenta, fechas, importes, origen de las mismas, quién las realizó, documentos de apertura, etc."

En contestación al requerimiento anterior, la interesada presentó, con fecha 16 de noviembre de 2015, dos certificados bancarios, que reiteran la información ya existente en el expediente, sin que la interesada aporte información sobre el origen de los fondos, fechas de imposición, etc., ni se refiera en modo alguno a dichos extremos. Conocida ya la información aportada por la interesada, la Oficina Liquidadora acuerda comunicar a la interesada que se va a proceder a la regularización de la presentación realiza por la contribuyente al comprobarse la omisión de bienes privativos del causante (saldos bancarios resultantes de los certificados aportados, se dice) y la aplicación correcta del grupo de parentesco, al haber quedado desvirtuada la realizada en la autoliquidación. En este contexto se acuerda dar traslado de las copias de los documentos que van a ser tenidos en cuenta por la Oficina Liquidadora en la propuesta de resolución, y entre ellos la descripción de los bienes que componen la masa hereditaria y el porcentaje de participación (pág. 170). Es importante precisar que en dicho documento se advierte ya que la Oficina Liquidadora tendrá en cuenta el 100% del saldo de las cuentas que figuran abiertas a nombre del causante y de la heredera.

Seguidamente, figura en el expediente la propuesta de resolución, que invoca la distinción entre la titularidad de disposición y titularidad dominical del dinero

depositado en cuentas bancarias (se remite a las SSTs de 15 de diciembre de 1993 y 19 de diciembre de 1995, así como a la doctrina sentada al respecto por la Dirección General de Tributos). En coherencia con dicha doctrina, la propuesta señala expresamente lo siguiente: “Respecto de las libretas de ahorro declaradas al 50% en el modelo 660, números (...) y (...) se imputa el 100% de cada una, presumiendo que el importe total de las cuentas está integrado en el patrimonio del causante. En dicha propuesta, que fue notificada a la contribuyente el 17 de diciembre de 2015, se informa que una vez concluido el plazo del trámite de alegaciones y, en su caso, estudiadas las mismas y las pruebas aportadas, se dictará la resolución que corresponda, que le será oportunamente notificada y motivada”. Como puede verse en el expediente, la propuesta no deja lugar a dudas al señalar que la presunción, *iuris tantum*, puede desvirtuarse “con la justificación de que el dinero que integran las cuentas de ahorro, procede de la heredera doña (...), mediante justificación de la salida de su propio patrimonio y entrada del dinero en la cuenta del causante” (se le pide que justifique que dicho dinero formaba parte de su patrimonio).

Sin embargo, la interesada no formuló alegaciones ni presentó ningún documento que desvirtuara la imputación a la masa hereditaria del 100% del saldo de las dos cuentas, dando lugar a que se practicara la liquidación en los términos dichos. Consta que la liquidación, confirmando la propuesta de liquidación, fue notificada a la contribuyente con fecha 9 de febrero de 2016, su entrega fue comprobada en la página web de Correos, ya que no se devolvió el acuse de recibo certificado. Para mayor seguridad fue comunicada de nuevo dicha liquidación, con fecha 30 de abril de 2016, según acuse de recibo que se acompaña, informándole de la posibilidad de interponer recurso potestativo de reposición o reclamación económica-administrativa. Sin embargo, la interesada reaccionó tardíamente ya que interpuso reclamación económico-administrativa que fue inadmitida por extemporánea, según resolución del Tribunal Económico-Administrativo Regional de Andalucía de 23 de septiembre de 2016.

De todo lo expuesto se desprende, no sólo que no resultaba exigible el procedimiento previsto en el artículo 93 del RISD con la finalidad de integrar en el caudal hereditario el 100% de los saldos bancarios antes referidos, sino que la Administración puso en conocimiento de la contribuyente el objeto del procedimiento de comprobación limitada, y facilitó en todo momento la prueba por parte de la contribuyente de la titularidad de las cantidades depositadas; quien conocía el criterio anunciado por la Oficina Liquidadora, sin que aquélla mostrara oposición alguna, ni antes de formular la propuesta de resolución, ni después de que se le notificara ésta, como tampoco recurrió la liquidación girada, confirmatoria de la propuesta. Por tanto, en relación al primer motivo de nulidad alegado, compartimos que debe desestimarse la solicitud de revisión de oficio, y lo hacemos señalando además que ni siquiera en el procedimiento de revisión de oficio encontramos ninguna argumentación de la interesada sobre la improcedencia de integrar en la masa hereditaria el 100% de los saldos de las citadas cuentas bancarias. En ningún momento aporta pruebas ni señala que el criterio mantenido por la Oficina Liquidadora fuese contrario a Derecho y desacorde con la realidad. Todo lo alegado por la interesada queda en el terreno puramente formal, olvidando que el procedimiento en cuestión está al servicio del deber de los ciudadanos de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con la capacidad económica, en este caso expresada por el importe real de la adquisición

hereditaria, más allá de la apariencia de la titularidad de disposición de cuentas indistintas.

Por otro lado, la solicitante de la revisión considera que se habría producido la omisión total y absoluta del procedimiento con motivo de la integración del 100% del saldo de una cuenta abierta a nombre del causante y de su hermano, cuya existencia se extrae del certificado bancario emitido por la entidad Banco de (...) en que se expresa el mayor saldo de las cuentas existentes durante el período de un año anterior al fallecimiento. La interesada acusa a la Oficina Liquidadora de haber llevado a cabo la adición “guardando silencio al respecto”, e integrándola en la liquidación sin proporcionarle información. Es cierto que la propia Oficina Liquidadora reproduce el artículo 93 del RISD, así como el artículo 25 (modelo 033, que figura en la página 158 del documento), pero no es cierto que la adición que denuncia la contribuyente se produjera “guardando silencio” y sin información. Ya en el requerimiento de 23 de septiembre de 2015 se indica lo siguiente: “Se observa que respecto del saldo de 76.411,38 euros que figura en la cuenta 00304070520892028272 a nombre de (...) y (...), y habiendo fallecido don (...) el día 26-09-2011, dicho saldo corresponde por entero a don (...), su único heredero, por lo que se ha producido una presentación incorrecta de la autoliquidación que ha supuesto un perjuicio económico para la Administración (...).”

Dicha cuenta vuelve a aparecer en la documentación que aporta la contribuyente en contestación al requerimiento de la Oficina Liquidadora. Concretamente, figura en el certificado de mayores saldos en el período de un año anterior al fallecimiento, fechado el 9 de noviembre de 2015, pero no en el certificado de la misma fecha sobre posiciones acreedoras del causante a fecha de fallecimiento, del que se desprende que dicha cuenta se había cancelado en el momento del óbito. En el modelo 134, de apertura de alegaciones, que consta en la página 169 del documento, la Oficina Liquidadora expresa que se acompañan los documentos que van a ser tenidos en cuenta en la propuesta de liquidación, incluyendo el que indica que se tendrá en cuenta el 100% del saldo de la cuenta abierta en el Banco de (...), por importe de (...) euros, en la que el causante aparece como cotitular junto con su hermano premuerto; cuenta que no fue incluida por la contribuyente en su autoliquidación. En la propuesta de liquidación se explica nuevamente el motivo de la integración en el caudal hereditario de dicha cuenta.

En este caso sí estamos refiriéndonos a una suma dineraria que en el período de referencia pertenecía en su totalidad al causante (recordemos que fue declarado heredero único y universal de su hermano en el procedimiento de abintestato 114/2012, seguido ante el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción Número Uno de Morón de la Frontera), pero no figura ya en el segundo de los certificados (posiciones acreedoras a fecha del fallecimiento). Siendo así estamos ante uno de los supuestos que justifican la aplicación del artículo 93 del RISD.

Sin embargo, en este particular supuesto, en el que la interesada no efectúa la más mínima alegación sobre la improcedencia material de la adición, sino que se limita a señalar que debió seguirse la tramitación prevista en el artículo 93 del RISD, consideramos que no debe accederse a la declaración de nulidad solicitada por la interesada, pues de otro modo se contribuiría a la sacralización de las formas,

olvidando que la tramitación seguida por la Administración ha preservado las garantías de audiencia y contradicción, permitiendo que la interesada se hubiera opuesto a la adición de la referida suma dineraria, justificando que en el caudal figuran incluidos el metálico u otros bienes subrogados en el lugar de los desaparecidos con valor equivalente. Es la contribuyente la que guarda silencio sobre este particular, limitándose a alegar que debió instruirse el procedimiento del artículo 93, cosa que pudo hacer en cualquier momento (art. 34.1 de la LGT) desde el momento en que fue advertida de que la Oficina Liquidadora procedería en el sentido indicado (antes incluso de que se le notificara la propuesta de resolución). Siendo las formalidades sumamente importantes, no hay que olvidar que son instrumentos al servicio del interés jurídico tutelado, y en este caso ni siquiera se apunta que el resultado pudiera haber sido diferente al que fue. En estas circunstancias, aunque hubiéramos concluido que la omisión del procedimiento del artículo 93 del RISD integra un supuesto de nulidad, estaría justificada la aplicación de los límites a la revisión de oficio, dado que existen dudas sobre la procedencia de buena fe de la interesada, no sólo por su falta de colaboración a la hora de concretar el origen y destino de los fondos en cuestión, y por el silencio que guarda sobre la trascendencia que hubiera tenido la tramitación del artículo 93 del RISD, sino también porque en la autoliquidación y en la escritura pública de manifestación y aceptación de herencia aparece como hermana del causante, cuando resulta ser su prima, con la trascendencia que ello tiene a los efectos de la exigencia del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, ya que pertenece al grupo IV de parentesco y no al II.

En definitiva, por todas las razones que hemos expuesto, consideramos que no procede la revisión de oficio por nulidad de pleno derecho, instada por la contribuyente.

3. Dictamen 1/2022, de 13 de enero, sobre el procedimiento incoado por la Consejería de Hacienda y Financiación Europea para la revocación tributaria de un acuerdo sancionador.

En este dictamen se concluye que procede la anulación de la sanción de acuerdo con la doctrina de la concatenación de la liquidación y de la sanción.

Ponencia: Consejera, Begoña Álvarez Civantos

Letrado, José Luis Martín Moreno

La Consejería de Hacienda y Financiación Europea solicita dictamen de este Consejo Consultivo sobre el procedimiento de revocación tributaria del acuerdo sancionador número 0252410190676.

En concreto, el objeto del procedimiento, viene constituido por la revocación del acuerdo de imposición de sanción por importe de 37.932,12 euros.

IV

Sentado lo anterior, procede examinar si existe fundamento para la revocación del acuerdo sancionador número 0252410190676.

Antes hay que precisar que dicha sanción trae causa de la liquidación de la compraventa de una finca por parte de la entidad (...), formalizada en escritura pública con fecha 6 de septiembre de 2010. Presentada autoliquidación, la Administración tramitó un procedimiento de comprobación limitada (expediente COMPLINS-EH4101-2014/119), notificando a la contribuyente, con fecha 11 de julio de 2014, la liquidación núm. 0102411113612. En relación con dicha liquidación se tramitó procedimiento sancionador (expediente SANCILIM-EH4101-2014/6), que finalizó con la sanción controvertida (documento 0252410190676).

Una vez anulada la liquidación 0102411113612, en virtud de resolución del Tribunal Económico Administrativo-Regional de Andalucía de 29 de julio de 2016 (que apreció defecto de motivación en la valoración del bien, anulando la liquidación y ordenando la retroacción de actuaciones), la contribuyente insta también la anulación de la resolución sancionadora, al entender que la anulación de aquella justifica la revocación del acuerdo sancionador.

En cambio, la propuesta de resolución objeto de dictamen considera que no procede la revocación de la sanción, y en este sentido destaca que la interesada conocía el acuerdo sancionador y no presentó recurso alguno contra el mismo, sino que dejó que adquiriera firmeza, aun cuando se encontraba pendiente de la resolución del recurso de reposición que interpuso contra la liquidación tributaria.

Por su parte, el informe del letrado de la Asesoría Jurídica de la Agencia Tributaria señala que no procede la revocación al haber operado el plazo de prescripción de cuatro años (artículo 66 de la LGT). En este sentido, precisa dicho informe que, habiéndose presentado la solicitud de revocación de la sanción el día 6 de octubre de 2020, dicho plazo habría transcurrido en exceso, teniendo en cuenta que la notificación del acuerdo sancionador tuvo lugar el 27 de febrero de 2015. A mayor abundamiento, el informe señala que también habría transcurrido dicho plazo si el cómputo se realiza desde la notificación de la resolución del TEARA que anuló la liquidación (19 de septiembre de 2016).

Ciertamente, el artículo 219.2 de la LGT establece que la revocación sólo será posible mientras no haya transcurrido el plazo de prescripción. A este respecto, en nuestros dictámenes (138/1999 y 293/2008, entre otros) hemos recordado que la regulación de la prescripción expresa un equilibrio entre el principio de justicia material y el de seguridad jurídica, lo cual justifica el establecimiento de plazos para el ejercicio de derechos y potestades, que no pueden permanecer abiertos *sine die*.

En este caso, el plazo de prescripción de cuatro años debería computarse desde que se notificó la resolución del TEARA anulatoria de la liquidación que sirvió de base para cuantificar la sanción controvertida; planteamiento que concuerda con la teoría de la *actio nata*, según la cual el cómputo del plazo de prescripción debe computarse a partir del momento en el que puede ejercitarse la acción. Bajo esta premisa, la aplicación del límite temporal impuesto por el artículo 219.2 de la LGT impediría la revocación, considerando el motivo aducido por la mercantil interesada (reconocido también por el órgano gestor).

Sin embargo, la propia normativa tributaria ha arbitrado una solución específica que

conduce a la anulación del acuerdo sancionador, a partir de la vinculación entre la liquidación anulada y la sanción que trae causa de la misma. Aunque la liquidación y la sanción responden a potestades diferentes, ejercitables en procedimientos separados, existe una concatenación lógica y jurídica entre ambas, que se refleja en el apotegma “sin liquidación no hay sanción”. A él se apela para indicar la relación entre ambas obligaciones y las consecuencias que derivan de la anulación de la liquidación.

Aunque con distintas palabras y acudiendo improcedentemente a la vía de la revocación, lo expresa en su informe el órgano que dictó la liquidación al señalar lo siguiente: “[...] se advierte que el fallo del TEARA de 29 de julio de 2016, que anula la liquidación con núm. de documento 0102411113612, es una circunstancia sobrevenida que afecta a la situación jurídica de la entidad interesada, ya que con la anulación de la liquidación desaparece el objeto que motivó la tramitación del procedimiento sancionador [...]”

Esa circunstancia sobrevenida, que no es otra que la anulación de la liquidación en la vía económico-administrativa, tiene su propio tratamiento en el Reglamento general de desarrollo de la LGT en materia de revisión en vía administrativa (en adelante RGRVA), aprobado por Real Decreto 520/2005, de 13 de mayo. En concreto, en sede de ejecución de las resoluciones administrativas resolutorias de los procedimientos de revisión, el artículo 66, apartado 4, del citado Reglamento dispone lo siguiente:

“No obstante lo dispuesto en los apartados anteriores, cuando existiendo vicio de forma no se estime procedente resolver sobre el fondo del asunto, la resolución ordenará la retroacción de las actuaciones, se anularán todos los actos posteriores que traigan su causa en el anulado y, en su caso, se devolverán las garantías o las cantidades indebidamente ingresadas junto con los correspondientes intereses de demora.”

En el supuesto examinado, como ya hemos dicho, el TEARA ordenó la retroacción de actuaciones y la anulación de la liquidación al apreciar defecto de motivación en la valoración del bien, de modo que estamos ante un vicio de forma con la virtualidad invalidante que acabamos de señalar.

La resolución del TEARA que anuló la liquidación afirma que “la indicada falta de motivación de la valoración conlleva la anulación de la liquidación, sin que proceda analizar los restantes motivos de oposición, debiendo retrotraerse las actuaciones en vía de gestión al momento en que se produjo el referido defecto formal”, y ello de conformidad con lo dispuesto en los artículos 239.3, segundo párrafo, de la LGT y 66.4 de Reglamento antes citado.

La firmeza de la sanción cuestionada no es óbice para su anulación. No lo sería por la vía de la revocación, puesto que dicha institución opera sobre actos firmes. Por ello no puede aceptarse la argumentación de la propuesta de resolución objeto de dictamen que, en síntesis, aduce que la interesada consintió el acuerdo sancionador, dejando que adquiriera firmeza. Es más, ni siquiera cabe presumir que la mercantil interesada consintió dicho acuerdo, pues legítimamente podía esperar el desenlace de su reclamación económico-administrativa frente a la liquidación, cuya anulación se proyectaría también *-ipso iure-*, sobre la sanción, en virtud del artículo 66.4 del RGRVA.

Se trata de una estrategia procedimental irreprochable cuando no se aducen motivos autónomos de impugnación de la sanción. En este contexto cuesta apreciar un aquietamiento, y más bien cabe presumir que la interesada conocía que la anulación de la liquidación determinaría la suerte de la sanción. A mayor abundamiento, creemos que su conducta se explica en el referido contexto, porque consta que la interesada alegó en contra de la propuesta sancionadora, y lo hizo precisamente aduciendo su desacuerdo con el valor comprobado del inmueble que adquirió, así como la falta de motivación. Dichas alegaciones fueron desestimadas por la Administración, que advirtió a la contribuyente de que podría reproducirlas “en el momento de interponer recurso de reposición, cuando le llegue la liquidación (...)”.

Por tanto, la firmeza de la sanción no es un argumento válido para rechazar la solicitud de revocación, pero ya hemos adelantado que la normativa tributaria ha arbitrado una solución al problema suscitado por la vinculación lógica y jurídica entre la liquidación anulada y la sanción que trae causa de la misma. El artículo 66.4 no deja lugar a dudas: la anulación de la liquidación por motivos de forma lleva consigo la anulación de la sanción, con independencia de que quede imprejuizada la cuestión de fondo, y la procedencia o no de la liquidación y de la sanción, así como sus respectivas cuantías, en su caso.

La práctica de una nueva liquidación pasaría por la retroacción de actuaciones ordenada por el TEARA; retroacción que permite subsanar el vicio cometido, esto es, la falta de motivación del valor comprobado, y girar una nueva liquidación. La eventual imposición de una sanción por la misma conducta infractora pasaría por un nuevo procedimiento sancionador, tras la anulación de la primera sanción de conformidad con lo previsto en el artículo 66.4 del RGRVA, al que se remite la resolución del TEARA. Tal y como ha precisado el Tribunal Económico-Administrativo Central, la tramitación de un segundo procedimiento sancionador en estos casos no está vedada por el principio *ne bis in ídem* en su vertiente procedimental (resolución de 5 de octubre de 2017, entre otras).

Estamos ante un supuesto que ciertamente ha de ser inusual si se hace un correcto entendimiento del artículo 66.4 del RGRVA y de las consecuencias de la separación conceptual entre la potestad de la Administración para determinar la deuda tributaria y la potestad sancionadora. Por ello creemos que resulta conveniente realizar las consideraciones que siguen, para terminar explicando con más detalle la conclusión que ya hemos avanzado, en el sentido de que procede la anulación de la sanción en ejecución del fallo del TEARA, sin examinar la cuestión de fondo en clave de revocación.

Es cierto que el legislador pone especial énfasis en la separación de las potestades indicadas, al señalar en la exposición de motivos de la vigente LGT que “su título IV regula, a diferencia de la Ley 230/1963, de 28 de diciembre, General Tributaria, la potestad sancionadora en materia tributaria de forma autónoma y separada de la deuda tributaria, tanto los aspectos materiales de tipificación de infracciones y sanciones como los procedimentales, estos últimos ausentes en dicha Ley”. Y en el mismo sentido, señala que en “el capítulo IV del título II se regula la deuda tributaria, que no comprende el concepto de sanciones, las cuales se regulan de forma específica en el título IV de la Ley”; en la misma dirección destaca que “Se establece la regla

general del procedimiento separado aunque, en aras de la economía procesal, se excepciona en los supuestos de actas con acuerdo y en los casos de renuncia del obligado tributario, con el fin de mejorar la seguridad jurídica". A la misma distinción responden los siguientes preceptos de la vigente LGT: el artículo 17.2, al señalar que "De la relación jurídico-tributaria pueden derivarse obligaciones materiales y formales para el obligado tributario y para la Administración, así como la imposición de sanciones tributarias en caso de su incumplimiento"; el artículo 25.2, al precisar que "Las sanciones tributarias no tienen la consideración de obligaciones accesorias"; y el artículo 58.3, en el que se dispone que "Las sanciones tributarias que puedan imponerse de acuerdo con lo dispuesto en el título IV de esta ley no formarán parte de la deuda tributaria, pero en su recaudación se aplicarán las normas incluidas en el capítulo V del título III de esta Ley."

En cambio, la Ley 230/1963 partió de un planteamiento muy diferente, en el que las sanciones formaban parte de la deuda tributaria [art. cincuenta y ocho, apdo. 2, párrafo e)] y las liquidaciones se practican, en su caso, con su correspondiente sanción.

A los efectos de este dictamen no es necesario abordar con detenimiento los problemas suscitados por la separación material y procedimental a la que nos venimos refiriendo, pero la disociación y la falta de coordinación o acompasamiento entre el procedimiento para liquidar el tributo y el procedimiento sancionador puede generar situaciones como la aquí analizada; situaciones que podría haber resuelto directamente el propio legislador. Así lo hace de hecho al regular las consecuencias que puede tener la interposición de tasación pericial contradictoria (TPC) en relación con la suspensión del plazo de inicio del procedimiento sancionador o del plazo máximo de su terminación, según los casos, y con las consecuencias que sobre una sanción ya impuesta tiene la anulación de la liquidación por efecto de la TPC.

En efecto, por un lado, el artículo 135.1 de la LGT dispone que "la presentación de la solicitud de tasación pericial contradictoria suspenderá el plazo para iniciar el procedimiento sancionador que, en su caso, derive de la liquidación o, si este se hubiera iniciado, el plazo máximo para la terminación del procedimiento sancionador". Por otro, establece que: "En el caso de que en el momento de solicitar la tasación pericial contradictoria contra la liquidación ya se hubiera impuesto la correspondiente sanción y como consecuencia de aquella se dictara una nueva liquidación, se procederá a anular la sanción y a imponer otra teniendo en cuenta la cuantificación de la nueva liquidación".

El paralelismo que puede establecerse con los supuestos de recurso o reclamación, como el que ahora nos ocupa, es evidente. En la regulación transcrita luce también el axioma ya dicho, esto es, "sin liquidación no hay sanción". Y no la hay por lo que podríamos llamar doctrina de encadenamiento o concatenación de la liquidación y la sanción, cuando aquélla se presenta como presupuesto *sine qua non* del acuerdo sancionador, cosa que no ocurriría cuando la sanción es consecuencia de la misma relación jurídico-tributaria pero no presenta el nexo o vinculación que está implícito en la formulación del artículo 66.4 del RGRVA y en el artículo 135.1 de la LGT.

En este caso, no cabe duda sobre el encadenamiento indicado. La sanción que se impone lo es por dejar de ingresar parte de la deuda tributaria, al haber aplicado la

contribuyente un tipo de gravamen reducido para la adquisición de viviendas para su reventa por profesionales inmobiliarios, sin cumplir los requisitos para ello, según la Administración. El acuerdo sancionador controvertido apela al artículo 191 de la LGT para castigar una infracción calificada como grave con “multa pecuniaria proporcional del 50 al 100 por ciento”; multa que se gradúa “incrementando el porcentaje mínimo conforme a los criterios de comisión repetida de infracciones tributarias y de perjuicio económico para la Hacienda Pública, con los incrementos porcentuales previstos para cada caso en los párrafos a) y b) del artículo 187”.

Dicho acuerdo hace notar que en este supuesto concurre perjuicio económico para la Hacienda Pública, determinándose “por el porcentaje resultante de la relación existente entre la base de la sanción y la cuantía total que hubiera debido ingresarse en la autoliquidación por la adecuada declaración del tributo”.

La base de la sanción, según lo previsto en el artículo 191.1 de la LGT “es la cuantía no ingresada en la autoliquidación como consecuencia de la comisión de la infracción”. Una vez anulada la liquidación por falta de motivación del valor comprobado, falta el parámetro necesario para determinar la sanción.

En suma, concurre el presupuesto previsto en el artículo 66.4 del RGRVA, de modo que procede anular la sanción. Decimos que procede por ejecución de la resolución del TEARA, que se remite a dicho precepto, aunque no haga referencia a la anulación de la sanción, sino a la anulación de la liquidación, y ello porque la anulación de la primera comporta necesariamente la anulación de dicha sanción, siendo un acto debido que tuvo que realizar de oficio la Administración, en sede de ejecución, sin que dicho acto ejecutorio forme parte del procedimiento originario, como se desprende del artículo 66.2 del RGRVA, ni encuentre obstáculo en el tiempo transcurrido desde que se dictó la resolución objeto de ejecución. Tal es la voluntad del legislador, que no ha establecido un plazo de prescripción para instar la ejecución de la resolución en sus propios términos. A idéntica conclusión se llegaría aplicando, *mutatis mutandis*, la resolución del TEAC de 15 de julio de 2019.

4. Dictamen 104/2022, de 10 de febrero, sobre responsabilidad patrimonial de la Administración en la que los interesados reclaman por el alta precipitada que se dio al paciente tras una intervención quirúrgica.

En el presente dictamen se devuelve el expediente a la Administración ya que se considera por este Consejo que la motivación “in aliunde” que se lleva a cabo en el procedimiento provoca una insuficiencia de motivación.

Ponencia: Consejera, María del Mar Moreno Ruiz

Letrado, José Luis Martín Moreno

Los reclamantes consideran que la asistencia sanitaria dispensada al paciente fue defectuosa. Afirman que su fallecimiento fue consecuencia de un alta precipitada, tras la intervención quirúrgica a la que fue sometido por cáncer de recto, considerando su estado y edad, sin que el servicio público sanitario tomara las medidas adecuadas, realizando las pruebas e intervenciones precisas para evitar el fatal desenlace.

Los reclamantes no aportan informe pericial que avale la existencia de mala praxis, sino que basan su pretensión en la historia clínica del paciente. La reclamación no contiene ni un solo reproche a la asistencia inmediatamente anterior a la intervención, ni cuestiona el desarrollo de ésta, más allá de especular sobre lo que pudo pasar, afirmando que “en la operación pudiera haber salido algo no todo lo correcto que nos comentaron, suceso que entendemos puede ocurrir, y es humano”. Conviene insistir en que los interesados centran todo el esfuerzo argumental en la improcedencia del alta médica y en sus consecuencias. En su opinión, el alta fue precipitada y negligente, siendo esta circunstancia la que, en su opinión, impidió detectar la hemorragia y detener su avance. A pesar de la contundencia con la que descalifican la actuación médica a la hora de dar el alta, lo cierto es que no aportan ningún informe que se pronuncie sobre este extremo. En numerosas ocasiones hemos afirmado que, aunque dicha pericia no venga exigida como presupuesto para reclamar, su importancia es evidente cuando los reclamantes, que normalmente carecen de conocimientos en la materia, sostienen que el servicio público funcionó defectuosamente. Del mismo modo, venimos señalando que la asistencia sanitaria responde a un deber de medios, aplicados según la *lex artis*, y no a un deber de resultados, que no siempre puede lograrse por la fragilidad del cuerpo humano y por las limitaciones de la ciencia y la técnica médica.

Cabe señalar que, en el trámite de audiencia, los interesados insisten en su tesis y para defender que el alta hospitalaria del paciente fue precipitada, considerando las posibles complicaciones del tipo de intervención que se le había realizado y los resultados de la analítica del día anterior al alta, se remiten a un estudio realizado por especialistas del Hospital Vall d’Hebron, con el siguiente título: *Hemorragia en anastomosis intestinales y cólicas. Manejo terapéutico y sus complicaciones*.

La valoración de la asistencia realizada por los interesados es muy diferente de la que se realiza en el informe de la Unidad de Gestión Clínica de Cirugía Intercentros, el cual se posiciona claramente en contra de la reclamación. En este sentido destaca que el paciente fue intervenido quirúrgicamente para tratamiento de un cáncer de recto avanzado; una enfermedad severa con el agravante de la edad del paciente (82 años). Asimismo, el informe subraya que, antes de la intervención, el paciente fue tratado con radioterapia, como indican los protocolos científicos actualmente en vigor para el tratamiento de los tumores malignos de recto. También hace notar que la intervención transcurrió con normalidad y el paciente fue seguido por el Servicio de Cirugía del Hospital de Huércal-Overa durante el postoperatorio, con valoración por el cirujano encargado de la visita médica, el cual presentaba diariamente el informe de la evolución en la sesión clínica.

Asimismo, el informe subraya que las hojas de evolución del paciente reflejan que tuvo un postoperatorio excelente, con una evidente mejoría clínica cada día, y con las únicas limitaciones propias de edad y estado físico previo. En lo que respecta a la justificación de la fecha del alta médica, se informa que fue programada por la buena evolución y mejora del estado físico, con normal funcionamiento del tránsito intestinal y de la ingesta, así como con las constantes vitales dentro de la normalidad.

En lo que se refiere a la hemorragia digestiva que presentó el paciente cuatro días

después de recibir el alta, el informe de referencia precisa lo siguiente: «es una patología aguda que puede presentarse en cualquier persona y en cualquier momento, no está relacionada con la intervención practicada al paciente, ni con el momento del alta, se trata de un episodio aislado e imprevisible. El paciente, dentro de su medicación, llevaba recetado omeprazol que se prescribe para la prevención de los trastornos gástricos posibles.»

Abundando en lo anterior, el informe precisa que el 12 de febrero de 2016, día del alta médica, el paciente presentaba buen estado físico y evolución satisfactoria de la intervención quirúrgica, sin que requiriera de cuidados intrahospitalarios. Sobre este particular, se indica que el paciente fue valorado por dos facultativos-cirujanos, primero por el cirujano encargado de la visita médica diaria y después por otro cirujano. También se indica que en el informe de alta consta que se citó al paciente para revisión el día 17 de febrero de 2016, cinco días después. Es más, el informe explica que el estado del paciente hubiera permitido dar el alta hospitalaria cuarenta y ocho horas antes, pero se pospuso, a pesar de la evolución postoperatoria favorable del paciente, a petición de la familia, para organizar el traslado del paciente a una residencia de ancianos en Huércal-Overa.

Como podemos comprobar, con los elementos de juicio que proporciona el informe del Servicio que prestó la asistencia controvertida sería imposible apreciar la relación causal, pues aquél rechaza tanto la calificación del alta como irregular y precipitada, como la conexión causal entre la misma y el fatal desenlace producido por la hemorragia digestiva. Y lo procedente sería desestimar la reclamación si se confirma que la hemorragia que sufrió el familiar de los reclamantes es una patología que “no está relacionada con la intervención practicada al paciente, ni con el momento del alta”.

Sin embargo, el procedimiento cobra un giro inesperado en su fase final, dado que la propuesta de resolución considera que “existe un nexo causal entre la prestación asistencial dispensada al paciente y su fallecimiento”. Dicha conclusión se establece “ratificando” el dictamen médico emitido por el facultativo adscrito al Servicio de Aseguramiento y Riesgos.

En realidad, de este modo tan peculiar se indica que el órgano instructor asume el dictamen médico como motivación de la resolución que se eleva al órgano competente. Recordemos que el artículo 88.6 de la Ley 39/2015 permite que la aceptación de informes o dictámenes sirva de motivación a la resolución cuando se incorporen al texto de la misma. Estamos ante la llamada motivación *in aliunde o per relationem*, anteriormente prevista en el artículo 93.3 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958 y en el artículo 89.5 de la Ley 30/1992. En este caso, a diferencia de lo que sucede en numerosas propuestas de resolución emanadas del mismo órgano, el dictamen médico no se incorpora al texto de la resolución propuesta, pero figura en el expediente y ha sido conocido por el interesado, como demuestran las alegaciones realizadas en el trámite de audiencia.

El problema que apreciamos en este procedimiento de responsabilidad patrimonial no es el de inexistencia de motivación, sino el de insuficiencia de la misma. En efecto, aunque la jurisprudencia ha superado el tenor literal del precepto (ya hemos visto que

exige que los informes o dictámenes que sirven de motivación se incorporen al texto de la resolución), lo que no resulta admisible es que la motivación *in aliunde* produzca un déficit de motivación, vicio en el que se incurre cuando tales informes o dictámenes no responden a las exigencias mínimas que tiene que cumplir la motivación de los actos administrativos para que pueda conocerse su *ratio decidendi*, es decir, los elementos fácticos y jurídicos que amparan la decisión de la Administración.

Estando como está la actuación administrativa sometida a la ley y al Derecho, no es ocioso destacar la relevancia de la motivación de los actos administrativos, que debe constar de manera clara y suficiente para que los interesados, los órganos de control y los tribunales, en su caso, puedan conocer cuáles son los criterios que sustentan una determinada resolución. En este sentido, cabe recordar que la motivación es -como ya expresó el Tribunal Supremo en su sentencia de 7 de mayo de 1987- «de una parte, la garantía de que la decisión no se toma arbitrariamente sino fundada y razonadamente; y de otra, es el medio de que los demás interesados puedan combatir esa fundamentación cuando haya discurrido fuera de los márgenes legales y jurídicos [...]».

Efectivamente, la motivación, reconocida con acierto como una de las manifestaciones del principio de buena administración, tiene una doble vertiente, como derecho subjetivo y deber, que no pasa desapercibida en el artículo 41 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, cuando se refiere a “la obligación que incumbe a la Administración de motivar sus decisiones”. En este sentido, y ligando el derecho de los interesados con la vertiente obligacional antes referida, la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de diciembre de 2002 señala lo siguiente:

« [...] el deber de motivar (-deber, porque está previsto en la ley, convirtiéndose en obligación al proyectarse a cada concreto supuesto-) es un derecho subjetivo público del interesado no sólo en el ámbito sancionador sino en todos los sectores de la actuación administrativa: la Administración ha de dar siempre y en todo caso, razón de sus actos, incluso en el ámbito de su potestad discrecional, cuyos elementos reglados (competencia, adecuación a los fines que la legitiman, etc.), cuyos presupuestos, y cuya sujeción a los principios generales son aspectos o facetas que son siempre controlables.»

Pues bien, la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de mayo de 2015 recuerda que la doctrina jurisprudencial exige, para que sea admisible la motivación *in aliunde* o por remisión, «que el acto trámite o documento a que se remita la resolución esté, a su vez, adecuadamente motivado, pues de lo contrario, su falta o déficit de motivación se extendería a la resolución remitente».

En este supuesto, la motivación de la propuesta de resolución vendría dada por lo expuesto en el dictamen médico del Servicio de Aseguramiento y Riesgos del SAS, cuyas conclusiones entran en abierta oposición con las sentadas en el informe de la Unidad de Gestión Clínica de Cirugía Intercentros. Concretamente, aunque reconoce que la evolución clínica postoperatoria transcurrió correctamente y el paciente recuperó el tránsito intestinal y la ingesta oral, sin complicaciones destacables, el dictamen médico subraya lo siguiente: «No obstante en el estudio analítico realizado el día anterior al alta hospitalaria, se aprecian datos analíticos que sugieren una insuficiencia prerrenal con aumento de cifras de urea y creatinina, considerando que

este hallazgo hubiera justificado la prolongación del ingreso en planta del paciente encuentra justificada la argumentación expuesta por el reclamante.»

Aun considerando que la motivación no presupone necesariamente un razonamiento exhaustivo y pormenorizado en todos los aspectos posibles (STS de 13 de mayo de 2015), advertimos ya de la necesidad de que solicite una ampliación del dictamen médico del Servicio de Aseguramiento y Riesgos, que deberá notificarse a los interesados y habrá de dar lugar a una nueva propuesta de resolución.

En efecto, el Consejo Consultivo considera que en este caso existe un deber reforzado de motivación, cuyo cumplimiento no se satisface con el escueto párrafo antes transcrito. Sabemos por lo que se indica que algunos parámetros de la analítica justificaban que el paciente permaneciera hospitalizado. Siendo así, podemos considerar que se ha explicitado suficientemente las razones para no dar el alta, pero falta una motivación específica sobre las consecuencias que tuvo esa decisión. Incluso cabe apreciar que existió incumplimiento de la *lex artis*, pero de dicho incumplimiento no se sigue necesariamente la existencia de nexo causal directo e inmediato entre el alta improcedente y el fallecimiento.

Al emplear la motivación *in aliunde* en los términos antes descritos se produce un salto lógico en la argumentación ya que se estima la reclamación en su totalidad sin haber establecido con claridad si el fallecimiento hubiera sido evitable con certeza o sólo cabe apreciar una pérdida de oportunidades diagnósticas y de tratamiento. Afirmamos que existe un deber reforzado de motivación ante la existencia de informes contradictorios, ya que, como hemos visto, el Servicio presuntamente responsable del daño considera que el paciente sufrió una patología aguda no relacionada con la intervención, ni con el momento del alta; patología que, según dicho Servicio, puede presentarse en cualquier persona y en cualquier momento al tratarse de un episodio aislado e imprevisible.

En este punto, conviene subrayar nuevamente que el argumento central de los interesados es que el fallecimiento del paciente se produjo por la ausencia de tratamiento de la hemorragia digestiva que sufría, la cual se hubiese detectado y tratado si el paciente hubiera permanecido ingresado, en lugar de haber sido dado de alta hospitalaria. Así lo exponen claramente en el escrito de alegaciones presentado en el trámite de audiencia. En esta dirección alegan que en el momento del alta el paciente presentaba signos clínicos que indicaban claramente que debía permanecer ingresado bajo control hospitalario. En su opinión, al serle negado ese control por un alta hospitalaria totalmente inadecuada, ello hizo que la hemorragia digestiva no fuera diagnosticada y avanzara sin que el paciente recibiera tratamiento para controlarla. Por ese motivo señalan que “el paciente fue privado de la asistencia médica que requería”.

Con mayor detalle, los interesados exponen el mecanismo causal del siguiente modo: “El retraso en el diagnóstico de la hemorragia digestiva que sufría el paciente supuso la ausencia o falta de tratamiento de esta. La ausencia de tratamiento permitió que la hemorragia digestiva avanzase hasta producirse una hemorragia digestiva masiva, lo que a su vez produjo que el paciente presentase vómito masivo hemático con aspiración. Como consecuencia, el paciente sufrió parada cardiorrespiratoria, sin que

las maniobras de reanimación permitiesen su recuperación, por lo que el paciente falleció.”

Es posible que pueda establecerse el nexo causal en el sentido postulado por los reclamantes, que acaba siendo aceptado por la Administración (más de manera implícita que explícita), pero para ello es necesario rebatir los argumentos y conclusiones que se apuntan en el informe de la Unidad de Gestión Clínica de Cirugía Intercentros, lo cual se ha hecho sólo parcialmente, en lo que respecta a la procedencia del alta hospitalaria. El escueto párrafo del dictamen médico del Servicio de Aseguramiento y Riesgos que se pronuncia sobre este extremo, no cumple la función de motivación, ya que deja en el aire determinados interrogantes. De la respuesta que se dé a los mismos dependerá el alcance de la estimación (total o parcial) de la reclamación.

Quizá pueda afirmarse que el informe de la Unidad de Gestión Clínica de Cirugía Intercentros no es del todo coherente al desvincular tajantemente la hemorragia producida de la intervención quirúrgica, ya que el propio informe parece admitir esa posibilidad al señalar lo siguiente: “[...] la cirugía del cáncer de recto, resección del recto con intención curativa es una cirugía con elevado riesgo de complicaciones tanto locales como generales que aumentan con la edad del paciente, de lo que fue debida y exhaustivamente informado el paciente, de forma previa a la intervención quirúrgica, dando y firmando el consentimiento para la misma.”

También es cierto que los reclamantes realizan un esfuerzo argumental y citan alguna bibliografía para señalar que el sangrado podría estar relacionado con la intervención, pero lo esté o no, lo importante es dilucidar si la decisión de dar el alta hospitalaria fue absolutamente determinante del resultado. A este respecto, consideramos que resulta importante precisar qué tipo de pruebas y con qué urgencia se tuvieron que desarrollar a la vista de la analítica ya referida. Es relevante conocer cómo evoluciona ese tipo de hemorragia y en cuánto tiempo puede producir un agravamiento del paciente que produzca su fallecimiento si no se interviene a tiempo.

Aunque no contiene una argumentación pormenorizada al respecto, el dictamen médico del Servicio de Aseguramiento y Riesgos comparte con los actores que la analítica del día 12 (con un valor de nitrógeno ureico en sangre de 42.2 mg/dL) aconsejaba prolongar la hospitalización. Los interesados destacan que ese dato indicaba insuficiencia prerrenal o sangrado gastrointestinal, requiriéndose control y estudio médico para conocer la razón de la referida insuficiencia prerrenal, sobre todo tratándose de un paciente recientemente operado que se había sometido a resección del recto y anastomosis. En la misma dirección señalan que en las hemorragias digestivas, tanto altas como bajas, la relación de nitrógeno ureico en sangre es un signo clínico indicativo de las mismas cuando el valor es mayor de 20 mg/dL. Y subrayan que se trata de un signo clínico que requiere de control y estudio médico, pues un nivel superior de nitrógeno ureico en sangre al normal puede deberse a diversos motivos y entre ellos el sangrado gastrointestinal.

Sabemos que el paciente presentaba buena evolución y se encontraba afebril y tolerando dieta oral cuando se dio el alta. En el informe consta que se aconsejó tomar y anotar la temperatura por las tardes, indicando con letras mayúsculas que no se

trataba de un alta definitiva, sino que quedaba bajo el control del médico de familia, y en él se cita al paciente en consulta de cirugía el día 17 de marzo de 2016, cinco días después, indicando también, con letras mayúsculas, que “en caso de cualquier duda o problema que se le presente acuda al Hospital de forma inmediata”, añadiendo que “cualquier cambio relacionado con su evolución (complicaciones, cambio de tratamiento, etc.) debe de ponerlo en conocimiento de su cirujano”.

Lo anterior es importante porque el paciente fue trasladado a una residencia, en la que supuestamente estuvo bajo vigilancia de personal sanitario. En este sentido, los propios reclamantes señalan que se realizó el traslado y en la residencia la enfermera encargada recibe el informe con los cuidados que el paciente debe seguir. Del expediente se desprende que durante su estancia en esa residencia debieron manifestarse signos externos de la hemorragia que sufría, que requería una asistencia urgente. El informe del Servicio de Cuidados Críticos y Urgencias del Hospital La Inmaculada, señala lo siguiente: “Este paciente entra en el área de críticos el día 16-02-16, con muy mal estado general, con saturación de oxígeno del 76% a pesar de aporte de oxígeno. A su llegada se queja de dolor en epigastrio, según refiere no ha tenido vómitos, sí deposiciones oscuras y en bolsa de colostomía se apreció ayer restos de sangre. Si la tesis que barajan los reclamantes es que la analítica realizada un día antes del alta ya era reveladora del sangrado, conviene que el dictamen médico se pronuncie sobre los posibles síntomas de alerta que pudieran haberse minusvalorado en los días siguientes al alta (dolor, color de las deposiciones, etc.), pues considerando el estado de deterioro que presentaba el paciente cuando ingresó en Urgencias, pocas horas antes de su fallecimiento, no parece lógico pensar que no se hubieran manifestado signos de alerta en los días anteriores”.

En suma, todos estos extremos deben ser valorados para que el pronunciamiento sobre el fondo del asunto sea lo más acertado y riguroso posible y se realice sobre la base de una fundamentación y una motivación suficiente.

5. Dictamen 178/2022, de 10 de marzo, sobre responsabilidad patrimonial de la Administración en la que el interesado reclama por mala praxis en el tratamiento de una fractura de mano.

De este dictamen hemos de destacar lo señalado respecto a la importancia de la motivación de los actos administrativos como garantía para los interesados y para la propia Administración.

Ponencia: Consejero, Ángel Rodríguez-Vergara Díaz

Letrado, José Luis Martín Moreno

En este caso el interesado no cuestiona la asistencia recibida en el Hospital de Jerez, en el que realizó una segunda intervención quirúrgica, el 10 de mayo de 2016. Lo que se sostiene en la reclamación es que las secuelas o padecimientos que han desembocado en su situación de incapacidad son consecuencia de la asistencia sanitaria recibida el 8 de octubre de 2015 y de la intervención quirúrgica a la que fue sometido el 11 de diciembre de 2015; ambas en el Hospital (...).

En este sentido, el reclamante manifiesta que fue asistido por el Servicio de Urgencias

del referido Hospital, con fecha de 8 de octubre de 2015, tras sufrir un accidente laboral. Tras ser diagnosticado de “fractura abierta mtc mano derecha”, se le sutura la herida y le indican que la fractura se encuentra dentro un rango de parámetros que no precisa operación, bastando con tratamiento de inmovilización con férula. Sigue exponiendo el interesado que, realizadas varias curas y las correspondientes revisiones con los profesionales de Traumatología del Hospital (...), la mano se presenta totalmente deforme y con mucho dolor. Según el reclamante, a pesar de varias sesiones de rehabilitación (consistente en corriente, ultrasonido y parafina), solicitadas por el traumatólogo, la mano no mejora. Según el interesado, esta situación le obligó a acudir al Servicio de Urgencias del Hospital de Jerez, donde se le realiza estudio radiológico y se confirma la fractura. Posteriormente acude a la cita con el Servicio de Traumatología del Hospital (...) de Sanlúcar de Barrameda (Cádiz), con fecha 23 de noviembre de 2015, donde el doctor que le atiende, ante el lamentable estado de la mano, indica que procede revisión de fractura y osteosíntesis, solicitando radiografías. Con fecha 11 de diciembre de 2015 fue intervenido quirúrgicamente por la Dra. (...), quien realiza revisión y tenolisis. El interesado subraya que, con ocasión de dicha intervención, lejos de mejorar, la herida se infectó, indicándole el doctor que le atendió que “la mano se iba complicando”, citándole para nueva intervención en quirófano. En ese momento, el compareciente acudió a traumatólogo privado, quien le manifiesta que la mano no ha sido tratada correctamente, ya que el interesado debió haber sido operado desde un primer momento. En este sentido le indica que puede someterse a nueva intervención sin garantía de éxito, dado el tiempo transcurrido.

Señala el interesado que, ante la pérdida de confianza en el Hospital (...), acudió al Hospital de Jerez de la Frontera, concretamente a la consulta de Traumatología de la doctora (...), quien solicita analítica, cultivo de la herida, radiografías, resonancia y TAC de la mano. Refiere el actor que dicha doctora le indicó también que, desde el primer momento debió ser operado, o al menos se debió colocar en su lugar el hueso fracturado. Del mismo modo, afirma que, dado el estado de su mano y la persistencia del dolor y la incapacidad, aceptó la intervención que se le propuso.

La historia clínica confirma que dicha intervención se llevó a cabo tras pruebas de RNM y TAC que muestran retardo en la consolidación de la fractura (existe algún puente óseo con signos de consolidación incompleta, pero la mayor parte de la fractura está sin consolidar), así como rigidez de la articulación. Por ello se propuso al paciente intervención quirúrgica preferente de pseudoartrosis con placa de osteosíntesis e injerto de cresta ilíaca.

El informe del Hospital de Jerez de 10 de marzo de 2016 resume las asistencias al paciente, así como la finalidad y resultado de la intervención antes referida, indicando que el paciente finalizó la rehabilitación con secuelas, ya que presenta rigidez a la presión y limitación a la extensión completa del 5º metacarpiano de la mano derecha, así como molestias en la zona de obtención del injerto de cresta ilíaca. Presenta además, distrofia simpático refleja, por lo que fue remitido para valoración y tratamiento, en su caso, por la Unidad del dolor del Hospital de Jerez. Como ya hemos dicho, la reclamación no viene dada por la asistencia sanitaria en dicho Hospital, en el que se realizó la segunda intervención y un seguimiento del paciente con control de “evolución satisfactoria”. No es extraño que se concluya que no existe anomalía en el

tratamiento y seguimiento del paciente.

Por ello debemos centrar nuestra atención en la primera parte de la asistencia prestada al paciente, esto es, en el tratamiento de la fractura en el Hospital (...), a cuyo Servicio de Urgencias acudió tras sufrir un accidente laboral. En relación con dicho período asistencial, el dictamen médico del Servicio de Aseguramiento y Riesgos, considera que el preceptivo Informe del Servicio de Traumatología del Hospital (...) emitido el 5 de octubre de 2020, “da cumplida y adecuada respuesta a las cuestiones que se reclaman”. Pues bien, dicho informe señala que se realizó tratamiento ortopédico después de las maniobras de reducción de la fractura (se remite a los estudios radiológicos pre y post-reducción). Según el informante, “se consiguió una desviación de fragmentos tolerable como de 30º en flexión volar del fragmento distal, lo cual en este tipo de fracturas es muy tolerable”. El informe subraya que el paciente se sometió a revisiones periódicas (cada semana en consultas externas de Traumatología) y a las dos semanas se retiró la férula de yeso, realizándose un tratamiento más funcional con sidactilización del quinto dedo con el cuarto. Asimismo, el informe señala que, tras sentir el paciente rigidez articular, se decidió realizar intervención quirúrgica para liberar la lesión y la articulación metacarpofalángica del quinto dedo de la mano derecha y conseguir más grado de movilidad. La intervención se hizo el 11 de diciembre de 2015, según el informante, durante la misma “se comprueba la consolidación de la fractura”, e inmediatamente después de la cirugía se comprueba “flexión completa de la metacarpofalángica”.

Es cierto, como se dice en el informe, que la historia clínica acredita que el paciente fue revisado de modo frecuente para el seguimiento de sus lesiones, incluyendo seguimiento radiológico. En este punto se indica que la última radiología se hizo después de la cirugía de 11 de diciembre de 2015, en la cual se comprueba que existe una desviación tolerable, y a partir de este momento no constan más, dado que el paciente acudió al Hospital de Jerez.

Cabe convenir que la lectura del informe lleva a descartar la negligencia médica referida por el reclamante. Sin embargo, como es sabido, la responsabilidad patrimonial de la Administración no está basada en una actuación culpable o negligente, sino en la producción de un daño antijurídico imputable al funcionamiento de un servicio público, ya sea por acción o por omisión. El informe explica el tratamiento de la fractura y el porqué de la intervención quirúrgica, no prevista en un primer momento y llevada a cabo días después de la primera asistencia. Sólo en ese sentido, podría estimarse que el citado informe constituye una respuesta a la reclamación, como afirma el dictamen médico del Servicio de Aseguramiento y Riesgos, pero no es la respuesta que exige el ordenamiento jurídico, ni permite concluir que la asistencia fue acorde con la *lex artis*.

En efecto, aunque la aceptación de informes o dictámenes puede servir de motivación a la resolución cuando se incorporen al texto de la misma (es la llamada motivación *in aliunde* o *per relacionem*, prevista en el art. 88.6 de la Ley 39/1995), en este caso estamos ante una motivación más aparente que real. Realizamos esta afirmación por las razones que seguidamente explicaremos, precedidas de unas breves consideraciones sobre el significado de la motivación, que ha de entenderse como una de las manifestaciones del derecho a la buena Administración, implícito en los artículos

9.3 y 103.1 de la Constitución Española y garantizado en el artículo 31 del Estatuto de Autonomía para Andalucía.

En este orden de ideas, el Consejo Consultivo debe insistir en que la motivación de los actos administrativos es una garantía para los interesados y para la propia Administración, cuyas resoluciones tienen que fundarse en Derecho a partir de los elementos fácticos acreditados en el expediente. Partiendo de esta premisa, es indiscutible que la motivación está sometida a unas exigencias mínimas de suficiencia y calidad, que resultan indeclinables. Si dichas exigencias quiebran o se desvirtúan con lagunas clamorosas, silencios injustificables o afirmaciones apodícticas, difícilmente podría asegurarse que las decisiones de la Administración son razonadas y razonables. Y así es como han de ser, qué duda cabe, las respuestas de la Administración a las solicitudes, recursos y reclamaciones de los ciudadanos, no sólo para evitar situaciones de indefensión, sino para asegurar el respeto de los derechos en juego, cuya tutela exige en ocasiones un canon reforzado de motivación.

El Consejo Consultivo viene expresando su preocupación al respecto, porque el menosprecio de las exigencias antes aludidas acabaría convirtiendo las resoluciones administrativas en actos de puro voluntarismo a los ojos de los ciudadanos, aunque respondieran a un fondo de razón y no a la arbitrariedad de la Administración. A diferencia de lo que sucedía en el Antiguo Régimen, la Administración del Estado de Derecho, proclamado en nuestro artículo 1.1 de la Constitución, está obligada a dar razón de sus actos. En este sentido, el Tribunal Supremo recuerda que «el sometimiento de la actuación administrativa a la Ley y al Derecho, la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, y el control que corresponde a los tribunales de la legalidad de la acción administrativa y de ese sometimiento a la Ley demandan la motivación de los actos administrativos en garantía de la seguridad jurídica, de la igual aplicación de la Ley y del derecho a la igual protección jurídica». Y en este sentido precisa que la Sala Tercera «viene reiteradamente insistiendo en la necesidad de que el administrado conozca el fundamento, circunstancias o motivos del acto que le interesa y que debe realizarse con la amplitud necesaria para su debido conocimiento y posterior defensa (...) con lo que la motivación del acto administrativo se conecta con el derecho fundamental a la tutela efectiva y al derecho de defensa» (STS de 25 de Junio de 1999, que, a su vez, se remite a las SSTs de 9 de Febrero de 1987 y 17 de noviembre de 1988).

Mutatis mutandis, puede trasladarse al ámbito que nos ocupa la doctrina del Tribunal Constitucional que señala que no existe un derecho a una determinada extensión de la motivación, la cual no está reñida con la brevedad y concisión, ni con los supuestos de motivación por remisión (STC 108/2001, de 23 de abril, FJ 2, que se remite a las SSTC 13/1987, de 5 de febrero, FJ 3; 184/1998, de 28 de septiembre, FJ 2; 187/1998, de 28 de septiembre, FJ 9; 215/1998, de 11 de noviembre, FJ 3; 206/1999, de 8 de noviembre, FJ 3; 187/2000, de 10 de julio, FJ 2; y 214/2000, 18 de septiembre, FJ 4).

Efectivamente, trayendo a colación la doctrina del Tribunal Constitucional con relación a las resoluciones judiciales, cabe afirmar que la suficiencia de la motivación de los actos administrativos «no puede ser apreciada apriorísticamente, con criterios generales, requiriendo por el contrario examinar el caso concreto para comprobar si, a

la vista de las circunstancias concurrentes, se ha cumplido o no este requisito» (STC 9/2015, de 2 de febrero, FJ 3, con cita de la doctrina sentada en las SSTC 314/2005, de 12 de diciembre, FJ 4; y 160/2009, de 29 de junio, FJ 6).

En sede de responsabilidad patrimonial, los razonamientos mínimos exigibles para comprender por qué se estima o se rechaza una determinada reclamación dependerán del despliegue argumental realizado por los reclamantes y por los terceros que intervengan en los procedimientos, así como del material probatorio resultante del expediente, que debe ser analizado con rigor antes del pronunciamiento sobre la cuestión de fondo. Si no fuese así se incurriría en el vicio de emplear una motivación genérica o insuficiente que no satisfaga las exigencias antes referidas.

Así sucede en este caso, dado que la propuesta de resolución objeto de dictamen se limita a reproducir el informe emitido por el Hospital (...), sin realizar ni una sola referencia al informe pericial presentado por el reclamante, elaborado por un especialista en Medicina Legal y Forense.

Seis años después de haberse presentado la reclamación, resulta inaceptable que en la resolución que se postula se soslaye por completo el análisis de dicha prueba pericial, en la que se contiene una valoración minuciosa de la asistencia cuestionada y se expresan las razones de la pretensión indemnizatoria, al sostenerse que la fractura fue tratada incorrectamente en los primeros días y de manera insuficiente en la “revisión quirúrgica del 11 de febrero de 2015”.

Es importante destacar que dicha conclusión descansa sobre las características de la fractura, analizadas no sólo a la luz de las radiografías realizadas en el Hospital (...), sino también de la RMN y TAC que constan en la historia clínica del Hospital de Jerez; pruebas, estas últimas, que no habrían sido examinadas en el informe del Hospital (...). En este punto, el perito señala que el 10 de marzo de 2016 se emiten informes de TAC y RMN «compatibles con fractura transversal de la diáfisis medial-distal del quinto metacarpiano, con algún puente óseo como signo de consolidación parcial aunque incompleta. No obstante, la mayor parte de la fractura está sin consolidar, destacando signos de hiperemia y pseudoartrosis hipertrófica».

El perito del reclamante explica que en el historial clínico sólo aparece un documento en que se hace referencia a la fractura como una fractura del cuello (14 de enero de 2016), mientras que en el resto de ocasiones (también en el informe de TAC-RNM) siempre se la califica de diafisaria. Atendiendo a la bibliografía que cita, el perito destaca que las fracturas diafisarias, tras su reducción, admiten una angulación de 20º y en las fracturas del cuello hasta 40º. La localización de la fractura, con moderada conminución, y la angulación de unos 45º, apreciada en la radiografía del 13 de noviembre de 2015, llevan al perito a afirmar que se optó por un tratamiento ortopédico incorrecto, el cual dio lugar a la inmovilización de la fractura con su desviación original.

El informe pericial concluye que: “se trataba de una fractura de diáfisis del 5º metatarsiano que a la vista de las radiografías debió ser reducida y no lo fue. Esto ocasionó un tratamiento ortopédico incorrecto, inmovilizador de la fractura con su desviación original. La mala disposición de fragmentos y mala fijación del foco de

fractura motivó la falta de consolidación, la necesidad de más inmovilización y la rigidez articular, acabando finalmente en un cuadro de retardo de consolidación y desarrollando un síndrome de Sudeck. Este último afecta a toda la funcionalidad de la mano con dolor importante y es el motivo principal de su discapacidad e incapacidad laboral.”

En este sentido, el informe pericial señala que: “Al no hacerse reducción, se produjeron tres procesos a la vez: la necesidad de más tiempo de inmovilización y producción, por tanto, de rigidez, la falta de unión del foco al no estar los fragmentos bien enfrentados y la rigidez consiguiente a la falta de movilización. Al no atajarse estas cuestiones en la intervención del 11/12/15, las curas y rehabilitación subsiguiente no produjeron el resultado esperado y el paciente cambió de hospital.”

A este respecto, señala el perito que el paciente no acudió a la cita del 22 de enero de 2016, al haber perdido la confianza en el hospital (...), poniéndose en manos del Hospital de Jerez de la Frontera, donde establecen claramente el diagnóstico de falta de unión de la fractura (pseudoartrosis relacionada con la mala calidad de los extremos fracturarios), consolidación viciosa (los puentes de unión en una fractura desviada), la rigidez articular y deterioro tendinoso debido a la cirugía previa.

Más adelante, expone el perito del reclamante que estos cuatro procesos se intentaron afrontar en la intervención del 10 de mayo de 2016 para luego seguir rehabilitación hasta el 31 de agosto del mismo año. Sin embargo, la evolución no fue buena y requirió tratamiento psiquiátrico y de la Unidad del Dolor por producirse distrofia simpático-refleja. Ello requirió bloqueos nerviosos y tratamiento psiquiátrico por trastorno adaptativo. Finalmente, se calificó al paciente con incapacidad permanente y éste continuó con las atenciones psiquiátricas y por la Unidad del Dolor.

En relación con el tratamiento recibido en el Hospital de Jerez, el perito del reclamante afirma que era necesario y estuvo dirigido a combatir los malos efectos de una fractura tratada incorrectamente durante los primeros días tras la misma e insuficientemente tratada en la revisión quirúrgica del 11 de febrero de 2015. Una reducción adecuada habría producido, según afirma, una situación de estabilidad en la fractura que podría haberse tratado mediante sindactilia o yeso (más probablemente) y seguir el curso natural de la fractura hacia la curación.

Según el informe pericial de referencia, la propia evolución de la fractura hacia una consolidación viciosa con gran angulación, que precisó de una segunda intervención, indica que la fractura inicialmente era inestable y que persistía la angulación inicial, ya que en Urgencias no se hizo reducción y en la primera visita de Traumatología a la semana (15 de octubre de 2010) no se practicó ninguna exploración o tratamiento. En este sentido subraya que se dejó la fractura inicialmente sin evaluación por parte del especialista hasta el 22 de octubre de 2015.

El informe insiste en que la desviación que produjo originalmente la fractura no era tolerable, pues se miden 45º de angulación, y de hecho el paciente tuvo que afrontar una segunda cirugía. El perito señala que, según el manual de la SECOT, las fracturas inestables deben ser fijadas de forma temprana para que pueda instaurarse una movilización precoz. Por las razones expuestas considera que el tratamiento

ortopédico inicialmente prescrito no fue correcto.

Aunque no se han confrontado los informes emitidos, como hubiera sido procedente antes de solicitar este dictamen, el Consejo Consultivo considera, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, que el informe pericial del interesado ofrece una base suficiente para estimar parcialmente la reclamación, por deficiente tratamiento de la fractura en el Hospital (...), de manera que será la entidad concertada la que deba hacer frente a la indemnización correspondiente.

6. Dictamen 303/2022, de 25 de abril, sobre responsabilidad patrimonial de la Administración en la que los interesados reclaman, entre otros motivos, por la falta de consentimiento informado y por daño desproporcionado.

En este dictamen se parte de una premisa básica: la obligación de información es independiente de la obligación de desplegar la actividad sanitaria con adecuación a la “lex artis”, por lo que ambos presuntos incumplimientos se analizan por separado.

Ponencia: Presidenta, María Jesús Gallardo Castillo

Consejero, Rafael Escuredo Rodríguez

Letrado, José Mario Guisado Barrilao

El paciente, padre y esposo de los reclamantes, fue trasladado por el Servicio de Urgencias a un hospital dependiente del SAS el 10 de febrero de 2014, aquejado de una grave afección cardíaca, donde fue ingresado en la UCI e implantándosele un marcapasos provisional hasta la colocación prevista de otro definitivo. No obstante, se produjo el éxitus al día siguiente.

La reclamación de que trae causa la consulta planteada se fundamenta en dos motivos bien diferenciados: por un lado, en que el servicio sanitario que atendió al paciente incurrió en 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 califican como deficiente la asistencia recibida e infracción de protocolo, error en la colocación del marcapasos que causa la perforación y derrame lo que conduce a la producción de un daño que califican de desproporcionado.

Esta dual argumentación obliga a partir de una premisa básica: la obligación de información es independiente de la obligación de desplegar una adecuada técnica en la intervención diagnóstica o terapéutica que se realice, puesto que su punto de partida es diverso: de una parte, el deber de información y, de otra, la de desplegar la actividad sanitaria con adecuación a la *lex artis ad hoc*. Así pues, la vulneración de una y otra genera distintas consecuencias. Como afirma la sentencia del Tribunal Supremo de 4 de febrero de 2021, la falta de consentimiento informado “tiene autonomía propia, en cuanto incide sobre el derecho del paciente a decidir, libremente y con la información adecuada, sobre su sometimiento a la actuación sanitaria, (...) lo que puede traducirse en una lesión de carácter moral, al margen y con independencia del daño que pueda resultar de la infracción de la *lex artis* en la realización del acto médico”.

Esta distinta configuración de una y otra alegación requiere, pues, que el presente dictamen proceda al análisis jurídico separado de una y otra.

Debe advertirse con carácter previo que no asiste la razón a la Administración consultante cuando en la propuesta de resolución (pág. 184) afirma que en el catálogo de consentimientos informados éste no está previsto para este tipo de intervenciones (colocación de marcapasos provisional). Consultado dicho catálogo antes de emitir el presente dictamen, este Consejo Consultivo ha podido comprobar que está previsto y que en él constan los riesgos típicos de esta intervención. Pero, comprobado este dato debe verificarse, también con carácter previo a la valoración de los hechos y de sus consecuencias jurídicas, si en el caso que nos ocupa existió o no consentimiento informado, del que deben hacerse unas consideraciones generales que deben tenerse en cuenta para la resolución del caso.

En la Comunidad Autónoma andaluza, la exigencia de ser adecuadamente informado sobre los procesos de enfermedad y de emitir el consentimiento con anterioridad a 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”.

Como ha afirmado este Consejo Consultivo en su dictamen 746/2018, la ausencia de consentimiento informado, de la información misma, una información insuficiente o un consentimiento defectuoso no supone inexorablemente la obligación de indemnizar si no se produce un daño cierto cuyo riesgo no quedó advertido en el consentimiento informado. Y además de la concurrencia del daño, es requisito

imprescindible que la falta o la insuficiencia de la información afecte a los riesgos inherentes y típicos a la intervención, que son los únicos que deben advertirse por ser los únicos previsibles. Sólo entonces se producirá la asunción de éstos por el centro hospitalario y, en su caso, por el facultativo -al no producirse el desplazamiento del riesgo en el paciente-, por cuanto el daño habría devenido antijurídico y el paciente no tendría el deber jurídico de soportarlo.

También advertíamos en el referido dictamen 746/2018, que el daño, es decir, el detrimento patrimonial que constituye el fundamento de la reclamación ha de producirse de forma cierta y efectiva y debe estar en relación no con cualquier resultado adverso derivado de la intervención médica, sino con el riesgo típico del que no fue informado. Así lo ha advertido con reiteración el Tribunal Supremo, que ha declarado que la falta del consentimiento informado revela una mala praxis (sentencias 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 sea resultante de un riesgo típico, vinculado a la intervención médica realizada, del que el paciente y/o sus familiares debieron ser previamente informados y no lo fueron y debieron consentir y no consintieron. Así lo expresa el Tribunal Supremo en su sentencia de 2 de noviembre de 2011: el daño moral que es susceptible de causar la falta de consentimiento informado y su indemnización “no depende de que el acto médico en sí mismo se acomodara o dejara de acomodarse a la praxis médica, sino de la relación causal existente entre ese acto y el resultado dañoso o perjudicial que aqueja al paciente. O, dicho en otras palabras, que el incumplimiento de aquellos deberes de información sólo deviene irrelevante y no da por tanto derecho a indemnización cuando ese resultado dañoso o perjudicial no tiene su causa en el acto médico o asistencia sanitaria”.

Y, por último, decíamos también en el citado dictamen 746/2018, que ha de concurrir relación causal, la cual, “cuando el reproche se centra en la falta de información previa al emitir el consentimiento, 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”.

Estos son los criterios de aplicación según la jurisprudencia y según la doctrina reiterada de este Consejo Consultivo. Procede en este instante examinar si concurren en el caso concreto sometido a nuestra consulta y, en consecuencia, si procede otorgar la reparación indemnizatoria que postulan los reclamantes con fundamento en la falta del documento escrito del consentimiento informado.

Ciertamente en el expediente no consta el documento escrito de consentimiento informado, si bien todos los informes que obran en la historia clínica destacan que tanto los familiares como el paciente estuvieron permanentemente informados tanto de la patología que este sufría (bloqueo A-V avanzado y síndrome coronario agudo) como de la técnica que iba a emplearse y sus posibles complicaciones y ellos mostraron su aceptación. La valoración jurídica de esta circunstancia, esto es, de la forma en que se expresó la información y se facilitó el consentimiento -escrita u oral- aconseja hacer algunas valoraciones previas. Como ya recordamos en nuestro dictamen 428/2021, 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 -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-, en su artículo 8.2 ha invertido los términos y considera que deberá hacerse oralmente. Esta regla general se excepciona y por tanto, se exige que adopte 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, si bien el artículo 9.2.b) de la citada Ley prevé que sean llevadas a cabo “las intervenciones clínicas indispensables en favor de la salud del paciente, sin necesidad de contar con su consentimiento” en caso de “riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del enfermo” y no sea posible conseguir su autorización, “consultando, cuando las circunstancias lo permitan, a sus familiares o a las personas vinculadas de hecho a él”.

Ello explica que el Tribunal Supremo, en sentencias de 2 de octubre de 1997, 26 de enero de 1998, 10 noviembre 1998, 2 de noviembre de 2000 y 2 de julio de 2002, entre otras muchas, venga declarando que la exigencia de la constancia escrita de la información tiene un mero valor *ad probationem* (a los efectos de la prueba) y que pueda ofrecerse en forma verbal, en función de las circunstancias del caso (sentencias de 2 de noviembre 2000, 10 de febrero de 2004, 10 de febrero de 2004 y 29 de septiembre de 2005), siempre que quede constancia en la historia clínica del paciente y en la documentación hospitalaria que le afecte (STS de 29 de mayo de 2003). Por tanto, afirma el Tribunal Supremo, que la falta de forma escrita no determina por sí la invalidez del consentimiento en la información no realizada por escrito, de donde deriva que pueda aseverarse que la forma elegida para ofrecer la información -oral o escrita- no es constitutiva ni tampoco esencial, siempre y cuando conste que se ha ofrecido información suficiente y se expliciten las circunstancias por las que no se procedió a hacerlo en forma escrita. Así lo ha venido a corroborar el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su reciente sentencia de 8 de marzo de 2022 (Reyes Jiménez contra España) en la que reconoce que el apartado 36 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) “no exige en modo alguno que el consentimiento informado se dé por escrito siempre que sea inequívoco” (Aptdo. 37) y que, si en el Derecho interno se exige la forma escrita con posibilidad de manifestarla de forma verbal, bastará que se expliciten las razones que lo justificaron. En consecuencia, no encuentra este Consejo Consultivo razón suficiente que permita alzar reproche jurídico a la forma verbal en que se efectuó la información y el consentimiento.

En segundo lugar, la exigencia sobre el caudal de información ha de ser proporcional al tipo de intervención -necesaria o satisfactiva-, la mayor o menor urgencia, pues es obvio que cuanto más urgente sea una intervención, menor será el caudal informativo exigible al médico, y al revés. Otros factores o criterios objetivos que deben ser considerados y evaluarse a la hora de determinar el contenido del deber de información del médico son la necesidad del tratamiento, la peligrosidad de la intervención, la gravedad de la enfermedad, las posibilidades de supervivencia en caso de no recibir el tratamiento o efectuarse el acto médico de que se trate, así como la posibilidad de inferir racionalmente que de haber existido información previa, la decisión del paciente no hubiera variado dada la gravedad que presentaba y las escasas o nulas posibilidades de supervivencia en caso de no abordar de forma inminente la patología que presentaba (sentencia del Tribunal Supremo de 29 de junio de 2007). Pues bien, en este caso debe considerarse que estamos en presencia de una medicina “necesaria o curativa” y las circunstancias de extrema gravedad del paciente (bloqueo cardiaco de alto grado y un síndrome coronario agudo sin elevación del segmento ST) requería una actuación especialmente urgente, lo que condicionó que la información suministrada y el consentimiento requerido no se llevaran a cabo de forma escrita sino verbal. Aun así consta en el expediente que tanto el paciente como los familiares estuvieron permanentemente informados del grave diagnóstico y pronóstico así como de los riesgos inherentes a la intervención que proponían practicarle para intentar mejorar la patología.

Pero con independencia de que el consentimiento en este caso se haya expresado en forma verbal o escrita, como ya advertimos en el citado dictamen 428/2021, con cita del 159/2018, “ha de tenerse en cuenta que la prosperabilidad de la reclamación resarcitoria requiere la concurrencia del desvalor del resultado” no solo porque siempre se exige la presencia del daño, sino porque la vulneración del deber de información constituye título suficiente de imputación de responsabilidad “únicamente cuando va asociada a un daño que sea consecuencia de las actuaciones médicas realizadas sin dicho consentimiento informado, es decir, el daño ha de derivar de alguno/s de los riesgo/s del que no se obtuvo información o de los que no se consintieron” (sentencia del Tribunal Supremo de 27 de septiembre de 2001). En este sentido, se expresa igualmente este Consejo Consultivo en su dictamen 746/2018.

La cuestión no es baladí porque, aunque la falta de consentimiento informado supone, como acabamos de significar, la existencia de un funcionamiento anormal (sentencias del Tribunal Supremo de 14 de octubre de 2002, 20 de septiembre de 2005, 23 de febrero de 2007 y 22 de octubre de 2009) que por sí mismo constituye una infracción de la *lex artis ad hoc* (sentencia del Tribunal Supremo de 1 de febrero de 2008) y aunque ello no signifique automáticamente ni *per se* el surgimiento de la responsabilidad patrimonial (sentencia del Tribunal Supremo de 27 de septiembre de 2001) sí puede generarla cuando de tal infracción de la *lex artis* se ha derivado la materialización del daño proveniente de un riesgo típico del que debió haberse informado y obtenido el consentimiento. Por tanto, no basta con que no exista el documento escrito del consentimiento informado (y no sólo porque éste pueda expresarse de forma verbal, como ya hemos razonado), como tampoco basta con que se produzca un daño (que puede haberlo bien por infracción de la *lex artis* o bien porque, aun en casos de *normo praxis*, no haya sido posible obtener el resultado

exitoso consistente en la mejora o curación del paciente, ya sea por la gravedad de la patología o porque la ciencia o la técnica no siempre puedan lograrlo, como después se razonará).

Tal es lo que entiende este Consejo Consultivo que ha acontecido en el supuesto sometido a nuestra consulta, en tanto que, según consta en los informes emitidos por los facultativos y de los que se da cumplida cuenta en los antecedentes de hecho de este dictamen y en la propuesta de resolución -y que obviamos reproducir en su integridad para evitar innecesarias reiteraciones-, el fatal desenlace no se produce por consecuencia de complicación alguna derivada de un riesgo del que debió informarse y consentirse sino “de la evolución insatisfactoria posterior” que lo hizo “inevitable” (informe del Servicio de Cardiología de 25 de mayo de 2021).

Ya lo hemos dicho más arriba, 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 a la práctica de la correspondiente prueba, es decir, no sólo ha debido producirse en el seno de ésta 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 el paciente debió ser informado previamente a su realización como premisa para la obtención de su consciente y libre consentimiento (dictamen de este Consejo Consultivo 746/2018). En el presente caso, el resultado final no constituye materialización de ningún riesgo del que debió informarse y consentirse. Es más, según el citado informe de Cardiología, el resultado inicial fue “satisfactorio, pues el paciente volvió a recuperar el ritmo cardiaco tras esta actuación” (es decir, la colocación del marcapasos provisional). “La visualización del derrame pericárdico de cuantía ligera es importante para confirmar la situación avanzada del electrodo, hecho que no es raro encontrar en este tipo de procedimiento de urgencia y que asumimos. En este sentido, lo que hay que hacer es recolocar el electrodo, no existiendo en este punto indicación de cirugía cardiaca ni por supuesto traslado a hospital de referencia para posicionar el cable. La respuesta positiva inicial del paciente lo confirma. La ausencia de complicaciones una vez se retira el electrodo se pudo comprobar con ecocardiograma” (...) “El desenlace fatal del caso se debe a la gravedad de la patología cardiaca y las complicaciones asociadas al tratamiento, que de no llevarse a cabo, el fallecimiento del paciente hubiera acontecido antes”.

A la luz de tan contundente conclusión, este Consejo Consultivo no puede sino entender que no se ha materializado una complicación propia de la intervención quirúrgica o una secuela previsible cuya información se ha obviado y de cuyo consentimiento se ha prescindido, sino que ha sido una derivación propia de la grave patología que sufría el paciente y al que el servicio sanitario no le fue posible sanar.

En este contexto es importante retener esta premisa porque no siempre es posible asegurar la curación del paciente o prevenir daños como consecuencia de la fragilidad del ser humano y de las limitaciones de la ciencia y de la técnica médica. Como tiene dicho con reiteración la jurisprudencia y este Consejo Consultivo, la ciencia médica no es infalible pues los conocimientos científicos, técnicos o experimentales ni en medicina ni, probablemente, en ningún sector de la actividad humana, pueden garantizar al ciento por ciento un resultado determinado. La certeza absoluta debe

tenerse por excluida de antemano. Por esta razón, no existe derecho a la curación sino a la puesta a disposición de los medios para alcanzarla pero sin poder garantizar su resultado. Dicho de otro modo y dando contestación a la causa invocada de falta de información que sustenta la pretensión indemnizatoria postulada por los reclamantes: no se ha producido un daño vinculado al acto médico realizado (implantación de un marcapasos provisional) del que los reclamantes acusan falta de información escrita. Siendo así, a efectos dialécticos -ya que entiende este Consejo Consultivo que la información suministrada en forma verbal fue suficiente en las circunstancias de urgencia que presentaba el enfermo- la eventual omisión del consentimiento informado previa a una intervención médica no pasa de ser una infracción de los deberes profesionales, con posibles repercusiones en otros órdenes, pero carente de consecuencias en la esfera de la responsabilidad patrimonial. Por tanto, ninguna indemnización procede con cargo a este argumento.

Igual suerte desestimatoria debe correr el relativo a la infracción de la *lex artis ad hoc* en la realización de la prueba quirúrgica (implantación del marcapasos provisional) o en la puesta a disposición de los medios de los servicios sanitarios.

Los reclamantes invocan “deficiente asistencia recibida durante la mañana del día 11 de febrero, cuando se produjo una parada cardiaca y al ver los resultados del ecocardiograma se visualiza una complicación consistente en la perforación por el cable del marcapasos de la pared del ventrículo”. Sin embargo, a este respecto, la explicación a este suceso se revela plenamente coherente y ajustada a la *lex artis*, como se pone de manifiesto en el informe de Cardiología (pág. 141) que consigna que: “La visualización del derrame pericárdico de cuantía ligera es importante para confirmar la situación avanzada del electrodo, hecho que no es raro encontrar en este tipo de procedimiento de urgencia y que asumimos. En este sentido, lo que hay que hacer es recolocar el electrodo, no existiendo en este punto indicación de cirugía cardiaca ni por supuesto traslado a hospital de referencia para posicionar el cable. La respuesta positiva inicial del paciente lo confirma. La ausencia de complicaciones una vez se retira el electrodo se pudo comprobar con ecocardiograma”.

Por otra parte, los reclamantes reprochan la incorrecta aplicación del protocolo al considerar que el resultado hubiera sido distinto si se hubiera trasladado inmediatamente al paciente a un hospital donde se le practicara una cirugía cardiaca en lugar de realizar la movilización del cable del marcapasos, que “al parecer no estaba bien colocado”. Nuevamente, invocan pero no prueban infracción de la *lex artis*, a la que imputan causalmente el fallecimiento del paciente. Pero en el plano jurídico debe entenderse que se trata de un hecho de naturaleza constitutiva de cuya veracidad y prueba depende el éxito de la pretensión indemnizatoria y que, pese a la relevancia de su acreditación y de que corre a cargo de la parte reclamante, ésta no ha respaldado mediante un informe pericial o juicio técnico por facultativo competente que es quien cuenta con el juicio clínico pertinente para determinar y precisar si verdaderamente puede calificarse esta como una deficiencia asistencial o un error al que anudar científicamente las consecuencias lesivas con la relevancia causal en relación con el daño cuya reparación postulan. Como ya dijimos en nuestro dictamen 344/2011, aun no siendo legalmente exigible prueba pericial, es altamente recomendable este proceder, sin la cual el único elemento probatorio lo constituyen los documentos

obrantes en la historia clínica y, salvo que éstos evidencien que ha existido un anormal funcionamiento del servicio público o concurran otros elementos de juicio concluyentes que avalen y justifiquen el resarcimiento que postulan los reclamantes, este no puede prosperar.

Es lo que acontece en este caso en que se carece de informe pericial, por lo que este Consejo Consultivo no puede entender por cierto dicho hecho ni la valoración y consecuencia jurídica que pretenden los reclamantes, al no aparecer refrendado en la historia clínica ni adverado por los informes evacuados durante la instrucción del procedimiento. Como tiene afirmado este Consejo Consultivo, no cabe sustentar una presunción de causalidad y mucho menos hacerlo basándose en conjeturas o apreciaciones que no revisten el grado de certeza o verosimilitud aceptable para estimar que algo se dejó de hacer o se hizo mal y que tuvo el necesario impacto causal hasta el extremo de que se hubiera evitado o limitado la entidad del resultado lesivo de haber mediado otros parámetros de actuación. Por tanto, a falta de informe pericial que avale las consideraciones aducidas por la parte reclamante, la argumentación se revela débil y escasamente convincente por cuanto el motivo alegado debe decaer.

Por último, se alega daño desproporcionado. El motivo tampoco puede prosperar, no sólo ya porque no se ha producido mala praxis, según se ha razonado, lo que ya excluye cualquier calificativo adicional ulterior, sino porque -y así lo ha dicho este Consejo Consultivo con reiteración (por todos, el dictamen 188/2020)- el concepto jurídico de daño desproporcionado no se corresponde con un daño grave o de consecuencias extraordinarias para el paciente, ni tampoco equivale a que éste sea desorbitado ni un resultado indeseado o insatisfactorio. El daño es desproporcionado cuando es anómalo como resultado de una actividad concreta, que, por tanto, en primer lugar, no se corresponde con las complicaciones posibles y definidas en la intervención -es decir, que no está previsto- ni, en segundo lugar, es explicable en la esfera de la actuación profesional. Un daño que, como se reconoce en la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de noviembre de 2012, que “excede de lo previsible y normal, es decir, no guarda relación o proporción atendiendo a la entidad de la intervención médica”. De este modo, si por daño desproporcionado debe entenderse aquel no explicable en la esfera de una actuación profesional, en lógica coherencia, en estos casos debe trasladarse al ámbito de ésta la exigencia de acreditar las circunstancias en que se produjo, pues ante la existencia de un daño de los que habitualmente no se producen sino por razón de una actuación negligente o un funcionamiento anormal del servicio sanitario se espera del agente una explicación o justificación cuya ausencia u omisión puede determinar la imputación del daño producido.

Con estas premisas, es evidente que en el caso sometido a consulta se descarta que se haya producido el daño desproporcionado que alegan los reclamantes pues, según se desprende del acervo probatorio incorporado en el expediente, el daño no sólo no está revestido de las características y requisitos anteriormente expuestos sino que el servicio médico ha aportado las explicaciones médicas pertinentes que justifican que su actuación ha sido conforme a la *lex artis ad hoc* así como los motivos del fatal desenlace.

Como tiene afirmado con reiteración el Tribunal Supremo y este Consejo Consultivo,

para que sea ajustada a Derecho una resolución condenatoria ha de hacerse sobre una base probatoria firme, clara y sin incerteza fáctica, lo que no se produce en este caso por todo lo anteriormente razonado. Por todo lo expuesto, a la luz de la documentación e informes obrantes en el expediente, este Consejo Consultivo considera ajustada a Derecho la desestimación de la reclamación postulada por la Administración, lo que exime de entrar a conocer el problema de la valoración del daño, cuantía y modo de la indemnización que en otro caso pudiera haberse acordado.