Revista Española
de la
Función Consultiva

CONSEJO ASESOR

Excma. Sra. D.ª Magdalena Valerio Cordero
Presidenta del Consejo de Estado

Hble. Sr. D. Joan Vintró Castells
Presidente del Consejo de Garantías Estatutarias de la Generalidad de Cataluña

D. Jaume Vernet i Llobet
Presidente de la Comisión Jurídica Asesora de la Generalidad de Cataluña

Excmo. Sr. D. Pablo Matos Mascareño
Presidente del Consejo Consultivo de Canarias

D. Antonio José Diéguez Seguí
Presidente del Consejo Consultivo de las Illes Balears

Excma. Sra. D.ª María Jesús Gallardo Castillo
Presidenta del Consejo Consultivo de Andalucía

Hble. Sra. D.ª Margarita Soler Sánchez
Presidenta del Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana

D.ª Vega Estella Izquierdo
Presidenta en funciones del Consejo Consultivo de Aragón

Excmo. Sr. D. Joaquín Espert Pérez-Caballero
Presidente del Consejo Consultivo de La Rioja

Excmo. Sr. D. José Luis Costa Pillado
Presidente del Consejo Consultivo de Galicia

Excmo. Sr. D. Francisco Javier de Irizar Ortega
Presidente del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha

Excmo. Sr. D. Antonio Gómez Fayrén
Presidente en funciones del Consejo Jurídico de la Región de Murcia

Excmo. Sr. D. Alfredo Irujo Andueza
Presidente del Consejo de Navarra

D. Sabino Torre Díez
Presidente de la Comisión Jurídica Asesora de Euskadi

D. Agustín S. de Vega
Presidente del Consejo Consultivo de Castilla y León

D.ª Begoña Sesma Sánchez
Presidenta del Consejo Consultivo del Principado de Asturias

D. Javier de Manueles Muñoz
Presidenta de la Comisión Jurídica de Extremadura

Ilma. Sra. Dª Rocío Guerrero Ankersmit
Presidenta de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid

CONSEJO DE REDACCIÓN

DIRECTORA
Margarita Soler Sánchez

Enrique F. Fliquete Lliso, María del Carmen Pérez Cascales, Joan Carles Carbonell Mateu, Javier de Lucas Martín, Fernanda María Lapresta Gascón, Francisco Camps Ortiz, Joan Tamarit i Palacios, Vicente Garrido Mayol, José R. Díez Cuquerella, Vicente Cuñat Edo, Alberto Jarabo Calatayud, Ana Castellano Vilar, Joan Ignasi Pla i Durà, María Luisa Mediavilla Cruz, Federico Fernández Roldán, Faustino de Urquía Gömez, Asunción Ventura Franch.

Secretario
Fernando García Mengual

El Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana no se responsabiliza de las posiciones mantenidas o vertidas por los colaboradores de la REFC, que son, en consecuencia estrictamente personales

Revista Española de la

FUNCIÓN CONSULTIVA

34

JULIO-DICIEMBRE 2020

RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL SANITARIA

Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana

Edita: Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana
Maquetación: Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana
ISSN: 2792-5641
Depósito Legal: V-4523-2

SUMARIO

PRESENTACIÓN ---------- **11**

ESTUDIOS ---------- **13**

Jornadas Consejo Consultivo de Andalucía "La responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria" 15

LORENZO DEL RÍO FERNÁNDEZ. Responsabilidad patrimonial con especial referencia a la Administración sanitaria..... 19

MARÍA JESÚS GALLARDO CASTILLO. Responsabilidad objetiva y daño indemnizable 23

MARÍA DOLORES PÉREZ PINO. Acción de responsabilidad y valoración del daño..... 43

MARÍA DOLORES CALVO SÁNCHEZ. La responsabilidad patrimonial, con especial referencia a la Administración sanitaria. la figura jurídica del consentimiento informado: autonomía del usuario-paciente y fiel aliado del profesional sanitario 67

JUAN ANTONIO CARRILLO DONAIRE. El aseguramiento de la responsabilidad patrimonial sanitaria..... 81

DICTÁMENES ---------- **99**

CONSEJO CONSULTIVO DE ANDALUCÍA

Dictamen 99/2021, de 11 de febrero, sobre responsabilidad patrimonial de la Administración derivada de asistencia sanitaria..... 101

Dictamen 303/2022, de 25 de abril, sobre responsabilidad patrimonial de la Administración derivada de asistencia sanitaria..... 107

CONSELL JURÍDIC CONSULTIU DE LA COMUNITAT VALENCIANA

Dictamen 614/2022, e 5 de octubre, sobre responsabilidad patrimonial instruida como consecuencia de la reclamación derivada de una deficiente asistencia sanitaria prestada en un hospital público, que la reclamante califica de "violencia obstétrica", así como de una mala praxis y deficiente información. 117

CONSELLO CONSULTIVO DE GALICIA

Dictamen 159/2021, de 16 de junio, sobre responsabilidad patrimonial a causa de los daños sufridos en relación con los estudios genéticos realizados a una señora 141

COMISION JURÍDICA ASESORA DE LA COMUNIDAD DE MADRID

Dictamen 60/2021, Dictamen 60/2021, de 9 de febrero, Responsabilidad patrimonial por los daños y perjuicios por una caída en el aseo del box de Urgencias en un hospital. Se analizan los conceptos de daños por actividad no asistencial y la prueba 147

JURISPRUDENCIA---------- 155

Sentencia 202/2022 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (seccion cuarta) del Tribunal Supremo, de 17 de febrero de 2022. Recurso núm 5631/2019..... 157

Asunto Reyes Jiménez C. España del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (sección tercera), de 08 de marzo de 2022. demanda núm. 57020/18 167

NORMATIVA DE INTERÉS---------- 181

CONSEJO DE GARANTÍAS ESTATUTARIAS DE CATALUÑA

Ley 3/2022, de 6 de abril, de modificación de la Ley 2/2009..... 183

CONSEJO CONSULTIVO DE LAS ILLES BALEARS

Ley 4/2022, de 28 de junio, de Consejos Insulares..... 187

CONSEJO CONSULTIVO DE ANDALUCÍA

Decreto 550/2022, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley 7/2021, de 1 de diciembre, de impulso para la sostenibilidad del territorio de Andalucía 201

COMISIÓN JURÍDICA ASESORA DE EUSKADI

Ley 6/2022, de 30 de junio, del Procedimiento de elaboración de las disposiciones de carácter general 205

COMISIÓN JURÍDICA DE EXTREMADURA

Decreto 1/2022, de 12 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de organización y funcionamiento de la Abogacía General de la Junta de Extremadura, de su cuerpo de letrados y de la Comisión Jurídica de Extremadura 227

COMISIÓN JURÍDICA ASESORA DE LA COMUNIDAD DE MADRID

Ley 10/2022, de 16 de noviembre, de Defensa de la autonomía financiera de la Comunidad de Madrid..... 251

INFORMACIÓN INSTITUCIONAL ---------- **253**
Consejo de Estado 255
Consejo de Garantías Estatutarias de la Generalitat de Cataluña 256
Comisión Jurídica Asesora de la Generalitat de Cataluña 256
Consejo Consultivo de Canarias 257
Consejo Consultivo de las Illes Balears 257
Consejo Consultivo de Andalucía 258
Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana..... 259
Consejo Consultivo de Aragón 259
Consejo Consultivo de La Rioja 259
Consejo Consultivo de Galicia 260
Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha 260
Consejo Jurídico de la Región de Murcia 260
Consejo Consultivo de Navarra..... 261
Comisión Jurídica Asesora de Euskadi..... 261
Consejo Consultivo de Castilla y León 262
Consejo Consultivo del Principado de Asturias 262
Comisión Jurídica de Extremadura 262
Comisión Jurídica Asesora de Madrid..... 263
Escriben en este número ---------- **265**
Consejo de Redacción ---------- **267**
Instrucciones a las autoras y autores---------- **269**

TABLE OF CONTENTS

PRESENTATION ---------- **11**

STUDIES ---------- **13**

Conference on "Liability of health public authorities", held by Consultative Council of Andalusia..... 15

LORENZO DEL RÍO FERNÁNDEZ. Liability of public authorities specially referred to the Health Administration.. 19

MARIA JESUS GALLARDO CASTILLO. Objective liability and damage assessment 23

MARÍA DOLORES PÉREZ PINO. Liability action and assessment of damage 43

MARIA DOLORES CALVO SANCHEZ. Liability of public authorities specially referred to the Health Administration. Legal instrument of informed consent: autonomy of the user-patient and faithful ally of the health professional 67

JUAN ANTONIO CARRILLO DONAIRE. Assurance of liability of health public authorities 81

OPINIONS ---------- **99**

CONSULTATIVE COUNCIL OF ANDALUSIA

Opinion 99/2021, on the patrimonial liability of the Administration caused by health care. 101

Opinion 303/2022, on patrimonial liability of the Administration caused by health care. 107

LEGAL CONSULTATIVE COUNCIL OF VALENCIAN COMMUNITY

Opinion 614/2022, on patrimonial liability claimed arising from deficient health care provided in a public hospital, which the claimant describes as "obstetric violence", as well as bad practice and deficient information. 117

CONSULTATIVE COUNCIL OF GALICIA

Opinion 159/2021, on patrimonial liabilty claimed due to the damages suffered in relation to the genetic studies carried out on 141

LEGAL ADVISORY COMMISSION OF THE COMMUNITY OF MADRID

Opinion 60/2021, on the patrimonial liability claim for the damages attributed to a fall in the toilet of an emergency box in a hospital 147

CASE-LAW ---------- **155**

Judgment of the Supreme Court, Contentious-Administrative Chamber, number 202/2022, of February 17, 337 157

Judgment of the European Court of Human Rights (case Reyes Jiménez vs Spain), of March 8, 2022 167

NORMATIVA DE INTERÉS ---------- **181**

COUNCIL OF STATUTORY GUARANTEES OF CATALONIA

Law 3/2022, of April 6, amending Law 2/2009 183

ADVISORY COUNCIL OF THE BALEARIC ISLANDS

Law 4/2022, of June 28, on Island Councils 187

CONSEJO CONSULTIVO DE ANDALUCÍA

Decree 550/2022, of November 29, approving the General Regulations of Law 7/2021, of December 1, on the promotion of sustainability of the territory of Andalusia.... 201

EUSKADI LEGAL ADVISORY COMMISSION

Law 6/2022, of June 30, on the Procedure for the elaboration of general provisions 205

LEGAL COMMISSION OF EXTREMADURA

Decree 1/2022, of January 12, approving the Regulations on the organization and operation of the General Counsel's Office of the Regional Government of Extremadura, its body of attorneys and the Legal Commission of Extremadura 227

LEGAL ADVISORY COMMISSION OF THE COMMUNITY OF MADRID

Law 10/2022, of November 16, on the Defense of the financial autonomy of the Community of Madrid 251

INFORMACIÓN INSTITUCIONAL ---------- **253**

Council of State 255

Council for Statutory Guarantees of Catalonia..... 256

Legal Advisory Commission of Catalonia..... 256

Consultative Council of Canary Islands 257

Consultative Council of Illes Balears 257

Consultative Council of Andalusia..... 258

Legal Consultative Council of Valencian Community 259

Consultative Council of Aragón 259

Consultive Council of La Rioja..... 259

Consultive Council of Galicia 260
Consultative Council of Castilla-La Mancha..... 260
Legal Council of the Region of Murcia..... 260
Council of Navarra 261
Legal Advisory Commision of Euskadi 261
Consultative Council of Castilla y León..... 262
Consultative Council of the Principality of Asturias..... 262
Legal Advisory Commission of Extremadura 262
Legal Advisory Commission of the Community of Madrid 263
Authors---------- **265**
Editorial Board ---------- **267**
Instructions for the authors ---------- **269**

PRESENTACIÓN

Este número 34 de la Revista Española de la Función Consultiva está dedicado de manera casi monográfica a la Responsabilidad Patrimonial en el ámbito sanitario, un tema al que ya en otras ocasiones esta Revista ha dedicado estudios por las razones obvias del papel que los órganos consultivos ejercemos en este ámbito y que ocupa una parte muy notable del trabajo que se desarrolla en ellos.

Así, en la sección de *Estudios*, se recogen las conferencias que se impartieron en el marco de las Jornadas sobre *"La responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria."*, que organizadas por el Consejo Consultivo de Andalucía se celebraron en Granada en noviembre de 2021

En la sección *Dictámenes* se ha hecho una selección de algunos de ellos, de distintos órganos consultivos, cuyo interés, sobre la materia objeto de este número, aconseja su difusión por medio de esta Revista.

En la sección de *Jurisprudencia*, se analizan dos sentencias sobre responsabilidad patrimonial en el ámbito sanitario, una del Tribunal Europeo de Derechos Humanos Sección Tercera), de 08 de marzo de 2022. *Asunto Reyes Jiménez c. España* sobre el consentimiento informado y su necesidad de aceptación por escrito, y la Sentencia núm. 202/2022, del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Cuarta), de 17 de febrero de 2022, sobre la consideración de los informes de la Administración elaborados por funcionarios o técnicos de la Administración.

Por último, se da cuenta de la *Normativa de interés* y la sección de *información institucional* refleja los cambios en la composición y formación de los Consejos Consultivos.

Agradecemos una vez más, a los autores y autoras que han participado y a la colaboración del conjunto de los Consejos consultivos que hacen posible la Revista.

ESTUDIOS

Jornadas Consejo Consultivo de Andalucía “La responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria”

25-26 de noviembre de 2021

PRESENTACION

Durante los días 25 y 26 de noviembre de 2021 se celebraron en el Consejo Consultivo de Andalucía, con sede en Granada, las Jornadas "La responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria" bajo la dirección de su Presidenta María Jesús Gallardo Castillo.

Fueron inauguradas por el Excmo. Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Lorenzo del Río Fernández, y contó con la participación de la Presidenta del Consejo Consultivo de Andalucía y Catedrática de Derecho Administrativo de la Universidad de Jaén, Excma. Dña. María Jesús Gallardo Castillo, del catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Córdoba, Dr. D. Manuel Rebollo Puig, la Jefa del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía, Dña. María Dolores Pérez Pino, la profesora de Derecho Administrativo de la Universidad de Salamanca y vocal del Consejo Asesor de Sanidad y Servicios Sociales del Ministerio de Sanidad, Dra. Dña. María Dolores Calvo Sánchez y el catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Sevilla y Consejero del Consejo Consultivo de Andalucía, Dr. D. Juan Antonio Carrillo Donaire.

RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL CON ESPECIAL REFERENCIA A LA ADMINISTRACIÓN SANITARIA

LORENZO DEL RÍO FERNÁNDEZ
Presidente Tribunal Superior de Justicia de Andalucía

Palabras de felicitación y enhorabuena a la Presidenta del Consejo Consultivo de Andalucía por estas jornadas que tienen una gran actualidad por la previsible cantidad de reclamaciones que puedan recibirse con ocasión de la pandemia provocada por la COVID-19. Al mismo tiempo quiero dar también mi bienvenida a quienes vienen de otros territorios, de otras comunidades y mostrar mi puesta a disposición para lo que necesiten tanto a nivel personal como presidente del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía.

Me comentaba la presidenta si me era posible alguna aportación, alguna idea interesante en este acto de inauguración, conectada con el contenido de las ponencias, para no quedarnos en el simple trámite institucional. He acogido gustosamente su sugerencia y me permito exponer unas breves reflexiones:

1. La larga evolución doctrinal y jurisprudencial sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración dibuja un equilibrio muy difícil entre dos objetivos importantes: por un lado, la voluntad política de facilitar la indemnidad de los ciudadanos que sufren daños como consecuencia de la actividad de los servicios públicos sin tener que sufrir las dificultades probatorias que comporta la determinación de qué es lo que ha funcionado indebidamente y ha causado el daño; y por otro lado, el cuidado de las arcas públicas, evitando convertir a la Administradora en una aseguradora automática de cualquier daño padecido por un ciudadano.

Por ello, resulta de especial trascendencia el análisis de la negligencia y su envergadura en la práctica sanitaria, máxime cuando ya desde el año 2000 se habla del alarmante crecimiento de las reclamaciones judiciales derivadas de la realización de actos médicos, alcanzando en las últimas décadas, se decía, cotas insospechadas. Alguien llegó a calificar este fenómeno como pandemia, que suponía a las claras una "judicialización de la medicina".

2. En el ámbito de la Administración sanitaria las dificultades para encontrar el ansiado equilibrio son mayores, porque la enfermedad y su tratamiento es en sí mismo un factor de riesgo, y desde luego no puede llegarse a identificar cualquier falta de expectativas de curación con un daño causado por la Administración. Decidir si el diagnóstico médico fue equivocado, o si el tratamiento quirúrgico se llevó a cabo con la diligencia y pericia debidas, resulta las más de las veces bastante complicado.

3. Relación de causalidad en el ámbito sanitario. Cuando hablamos de responsabilidad civil médico sanitaria por la producción de una serie de daños lo normal es que concurran, al menos, dos causas distintas susceptibles de ser conectadas con los daños infligidos: por un lado, la actuación del servicio sanitario y, por otro, el factor

relacionado con el modo de reaccionar del paciente. Para ser más exactos, hay dos riesgos contrapuestos que se manifiestan durante el funcionamiento del servicio sanitario -el propio del paciente y el del servicio mismo al intentar reducir el del paciente-.

Dado el casuismo en la materia sólo voy a referir que los conceptos de "daño desproporcionado" (es decir, el que un usuario normal no tendría por qué esperar) y "pérdida de oportunidades" (por retraso de diagnóstico, o por deficiencias en la cadena de custodia dentro del proceso de trasplante de órganos) están siendo instrumentos no establecidos por el legislador, pero sí propuestos por la doctrina y asumidos por la jurisprudencia, que han demostrado gran utilidad. De ahí el interés en seguir desarrollándolos para su más exacta comprensión (la primera sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo que ha acogido la doctrina de la pérdida de oportunidad en el ámbito médico-sanitario fue dictada con fecha 10 de octubre de 1998).

El papel encomendado a la teoría de la imputación objetiva es, precisamente, el de suministrar los criterios que permitan guiar correctamente el proceso de valoración normativa o ponderación entre las distintas causas -o riesgos- concurrentes, a fin de determinar la posible responsabilidad civil. Precisamente, el criterio de la adecuación se formula a modo de "cláusula de cierre", siendo un criterio de imputación objetiva muy utilizado por la jurisprudencia en el ámbito sanitario, y por cuya virtud no cabe imputar objetivamente un concreto resultado dañoso a la conducta del autor cuando la producción del mismo hubiera sido descartada como extraordinariamente improbable por un observador experimentado que hubiera contado con los especiales conocimientos del agente demandado y hubiese enjuiciado la cuestión en el momento anterior a su conducta.

4. Uno de los factores más difíciles de abordar es el de las deficiencias de un servicio público (y en particular del servicio sanitario) que vengan motivadas por limitaciones presupuestarias. No cabe calificar como "deficiente" un servicio por el solo hecho de que con más presupuesto la atención hubiese sido mejor: si hubiera más medios para pruebas de diagnóstico, más médicos, más centros sanitarios, el abordaje de las enfermedades sería sin duda más eficaz. Si hubiera más presupuesto para tratamientos, se podrían dispensar mejores medicamentos; si hubiera más quirófanos y cirujanos, las listas de espera para operaciones quirúrgicas se aliviarían. Pero, ¿cabe hacer responsable a la Administración por razón de las limitaciones presupuestarias?

En este contexto, la gestión política, administrativa y sanitaria de la pandemia ha puesto de manifiesto fortalezas y debilidades de nuestro sistema público de salud. La falta de previsión, a nivel mundial, de emergencias de este tipo puede justificar un criterio algo restrictivo respecto de la indemnización respecto de deficiencias de prevención por un lado, y de atención sanitaria por otro, que pudieron tener consecuencias fatales en no pocos casos. Sin embargo, la experiencia adquirida hará que en lo sucesivo el criterio de responsabilidad pueda ser más exigente.

5. A los problemas clásicos, debemos ir añadiendo otros que están ya ahí y muy pronto van a llegar a los tribunales. Estoy pensando en particular en las nuevas dinámicas que se introducirán con motivo de la utilización de instrumentos de Inteligencia Artificial en la Medicina. Existen borradores a nivel de Derecho de la Unión Europea que quieren anticiparse y ofrecer un marco regulatorio atento a las oportunidades y riesgos de estos sistemas. En particular me preocupa, y ahí lo dejo, la

natural tendencia del personal facultativo de "descansar" en los resultados e incluso diagnósticos o tratamientos sugeridos por tales sistemas, que podrán sustituir de hecho los protocolos médicos y la valoración individualizada: es lógico pensar que el facultativo va a tender a seguir la pauta indicada por el sistema de Inteligencia Artificial, pues apartarse de ella requerirá un esfuerzo y una motivación especiales que no siempre se estará en condiciones de hacer.

6. Tengo dudas también sobre la generalización de la práctica del aseguramiento de la responsabilidad sanitaria. El incremento de coste del servicio que supone el pago de las elevadas primas y la confianza en que "al final paga el seguro", ¿no puede acabar induciendo una relajación de la diligencia en el acto médico y en la organización del servicio? O, al contrario: ¿no corremos el riesgo de que sean las Compañías Aseguradoras quienes, por la vía del cálculo de las primas según los riesgos asumidos, no acaben marcando la política de seguridad en la prestación de la salud pública?

Termino como he empezado, estamos ante un encuentro sumamente interesante por el contenido de las ponencias que van a abordar dentro de la temática específica de estas Jornadas del Consejo Consultivo, que estoy seguro tendrán gran calidad a la vista de las materias abordadas y ponentes de singular cualificación.

Declaro oficialmente inauguradas estas jornadas.

RESPONSABILIDAD OBJETIVA Y DAÑO INDEMNIZABLE

MARÍA JESÚS GALLARDO CASTILLO
Presidenta del Consejo Consultivo de Andalucía
Catedrática de Derecho Administrativo

Sumario:

I. CONSIDERACIONES GENERALES
II. LOS CRITERIOS DELIMITADORES DE LA *LEX ARTIS* Y DE LA *MALA PRAXIS* EN EL AMBITO DE LA RESPONSABILIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN SANITARIA
a) La *lex artis* y los protocolos médicos
b) La mala praxis en la "medicina de medios" y en la "medicina de resultados"
c) ¿Constituye mala praxis indemnizable la quiebra del deber de informacion al paciente?
III. LOS PRESUPUESTOS NORMATIVOS PARA LA EXIGENCIA DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACION SANITARIA
IV. LAS SINGULARIDADES DEL "DAÑO" RESARCIBLE Y SU INCIERTA RELACIÓN CAUSAL EN LA DOCTRINA DE LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD TERAPÉUTICA

I. CONSIDERACIONES GENERALES

Es lugar común tanto de la jurisprudencia como de la doctrina y de la jurisprudencia la afirmación de que en el sistema de responsabilidad patrimonial que rige para la Administración sanitaria, enteramente público y objetivo, el deber de resarcimiento del daño no proviene de la noción de culpa, de la imprudencia o de la anormalidad del servicio público que lo genera sino que abarca tanto comportamientos producidos con negligencia como aquellos otros que son diligentes y lícitos en su origen pero que merecen un reproche antijurídico en su resultado. Un sistema auspiciado por la aplicación de los principios *favor victimae* o *pro damnato* y diseñado con el evidente propósito de proteger de forma vigorosa a la víctima y que, sin más requisito que la relación causal entre el funcionamiento –normal o anormal- del servicio público y la lesión, hace surgir el deber de indemnizarla.

Pero este progresista, avanzado y generoso sistema de responsabilidad no deja de ser cuestionado cuando de la Administración sanitaria se trata, pues tanto la doctrina como la jurisprudencia vienen rebajando el nivel de exigencia de responsabilidad en los casos en que se descarta el anormal funcionamiento del servicio prestado, lo que se efectúa no por vía de incorporación de la culpa entre los presupuestos de la

responsabilidad, sino cargando las tintas en la antijuricidad y en la relación de causalidad e introduciendo en el sistema grandes dosis de racionalidad a través del concepto de *lex artis*, de los protocolos médicos o de la distinción entre medicina de medios y medicina de resultados. De este modo se añade un *plus* de exigencia que actúa de contrapeso del pretendido carácter objetivo del instituto resarcitorio que corrige los excesos de la objetivación de la responsabilidad y añade un necesario criterio de normalidad que permite valorar la corrección de los actos médicos, imponiendo al profesional sanitario el deber de actuar con arreglo a la diligencia debida. Ello es lo que, a la postre, permite delimitar los supuestos que verdaderamente dan lugar a responsabilidad, exigiéndose para ello no sólo que exista el elemento de la lesión –por vía de la antijuridicidad-, sino también la infracción de dicha *lex artis*, con la que –se diga o no- se valora la diligencia desplegada por el profesional sanitario en el ejercicio de su función así como el resultado producido.

Pero el problema, sin embargo, sigue siendo otro: el de la determinación normativa del estándar o nivel de calidad de estos parámetros de normalidad de referencia, debidamente objetivados y capaces de servir de criterio de medición de la diligencia exigible. En ocasiones, la *lex artis* se ha hecho coincidir con la obligación de medios en que consiste la prestación debida, con el servicio más diligente posible según cada caso concreto, y en otras, se hace recaer la presunción negativa, con cierta inversión de la carga de prueba, sobre la actuación diligente del personal administrativo, de tal forma que si no existe prueba suficientemente de ello nacerá la obligación de indemnizar, y finalmente, en otras ocasiones, es el paciente a quien corresponde la carga de probar que no fue adecuada la actuación sanitaria recibida[1]. Para paliar este vacío, se hace preciso acudir a otros elementos, a otros criterios correctivos de la *lex artis* que actúan de basamento o de paradigmas para determinar el grado de cumplimiento, de diligencia, de adecuación de la conducta exigible, tales como la consideración de si se está en presencia de una medicina de medios o de resultado, el consentimiento informado, el estado de los conocimientos de la ciencia y los protocolos médicos.

II. LOS CRITERIOS DELIMITADORES DE LA *LEX ARTIS* Y DE LA *MALA PRAXIS* EN EL AMBITO DE LA RESPONSABILIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN SANITARIA

a) La *lex artis* y los protocolos médicos

Con la expresión *lex artis* se hace referencia al conjunto de reglas o principios que disciplinan el ejercicio correcto de cualquier arte, oficio o profesión, esto es, el conjunto de reglas y preceptos útiles para hacer bien una cosa o para practicar una ciencia o incluso el conjunto de contenidos de carácter ético y técnico-científico que son de aplicación necesaria en el ámbito de la actividad profesional y que se despliegan de forma particular en cada caso concreto[2]. De ahí que sea el criterio que permite valorar la diligencia desplegada por su autor en su ejercicio, así como en el resultado producido.

Sin embargo, con ser útil esta definición no es suficiente, pues como bien reconoció el dictamen del Consejo Consultivo de Andalucía 99/2021, la *lex artis* como

1 HURTADO MARTINEZ, J.A. "Responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria: Doctrina del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña y la Comissió Jurídica Assessora de la Generalitat", en *Revista Jurídica de Catalunya*, nº 3, 2002, pp. 186 y 187.

2 ROMERO COLOMA, A.M. "La responsabilidad de la Administración sanitaria por retraso en pruebas médico-diagnósticas", en *Actualidad Administrativa*, núm. 16, 2004.

regla general y sin referencia al enfermo concreto no pasa de ser una cabal abstracción. Efectivamente, la técnica ha de adecuarse a las circunstancias del caso clínico concreto, esto es, a la denominada *lex artis ad hoc*, que consiste y se produce con la concreción de la *lex artis* general, de la técnica genéricamente considerada, a un paciente determinado en contemplación de las circunstancias en que la misma se desarrolla, así como las incidencias inseparables en el normal actuar profesional, tales como características de tiempo, lugar, disponibilidades y recursos del centro en el que se realiza el acto sanitario. Por ello, como afirma Hava García[3], esta diversidad de situaciones y circunstancias que concurren en la actividad médico-sanitaria ha generado una multitud de reglas técnicas particulares en el ejercicio de la profesión, hasta el punto de que se ha mantenido que existe "para cada acto, una ley". De ahí que deba estimarse más adecuado hablar de *lex artis ad hoc*, en lugar de utilizar el concepto más genérico y simple de *lex artis*, cuando se trata de analizar hipotéticos supuestos de negligencia médica. Por eso, la doctrina de todos los Consejos consultivos y de la jurisprudencia parte de la premisa de la imposibilidad de tomar como punto de inicio generalizaciones para determinar la relación causal entre la actuación sanitaria y el daño invocado, resultando indispensable realizar una individualizada reflexión sobre su aplicación al supuesto concreto objeto de examen.

Así pues, la *lex artis* ha de contemplarse desde dos niveles: uno, el de los criterios generales de actuación o *lex artis* genéricamente considerada, que derivan del estado de la ciencia médica en cada momento y se reflejan en las publicaciones científicas, protocolos, conferencias, congresos, etc.; y otro, la *lex artis ad hoc*, que se refiere a los criterios de actuación en determinadas circunstancias ambientales, de tiempo, de lugar de actuación, de disponibilidad de medios y recursos del centro en que se ejerce la medicina, teniendo en cuenta las especiales características de su autor, de la profesión, de la complejidad y trascendencia vital del paciente, y, en su caso, de otros factores endógenos (estado e intervención del enfermo, de sus familiares o de la misma organización sanitaria) y, en general, de los específicos y dependientes de cada caso concreto. Las condiciones concretas del medio, como afirma Gracia Guillén[4], son importantes a la hora de definir qué debe entenderse por conducta prudente y, por tanto, por conducta correcta. Y la corrección no es un concepto abstracto sino que al final resulta tremendamente concreto. Corrección es "aquí y ahora, en este hospital, con estas posibilidades concretas".

Por su parte, los protocolos médicos vienen a ser una especie de *lex artis* codificada, una forma de positivizarla, esto es, los criterios de prudencia y de buen hacer "hechos papel". En definitiva, son el plan de acción coordinado que permite contrastar en la actuación del facultativo su nivel de cumplimiento o desviación. Por ello su aportación al proceso de valoración y enjuiciamiento de la adherencia que ha tenido la actuación médica a la *lex artis* resulta indudable a la hora de determinar la posible responsabilidad patrimonial, pues indican las recomendaciones que, salvo mejor criterio en contemplación de las peculiaridades del caso, la comunidad científica tiene establecidas en cuanto el diagnóstico y respuesta terapéutica ante determinadas circunstancias clínicas que presentan ciertas patologías. De este modo otorgan al juzgador o al operador jurídico un importante elemento de juicio pues, aunque no

3 HAVA GARCIA, E. *La imprudencia médica*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, p. 62.
4 GRACIA GUILLÉN, D. "Jurisprudencia y Lex artis", en la obra colectiva *Responsabilidad del personal sanitario*. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1995, pp. 55 y 56.

suministran su decisión ni constituyen un medio probatorio *strictu sensu*, sí le orientan sobre el modo de proceder más adecuado ante un determinado cuadro clínico. Ciertamente los protocolos no otorgan una "patente de corso" al facultativo en tanto que su actuación deberá ser evaluada teniendo siempre en consideración las singularidades de todo orden presente en cada acto clínico, pero constituyen un elemento probatorio de primer orden para el facultativo para acreditar que ha adecuado su labor a lo consignado en ellos y el apartamiento o no sometimiento a lo previsto por el protocolo requiere de una justificación rigurosa y exhaustiva.

b) La mala praxis en la "medicina de medios" y en la "medicina de resultados"[5]

La jurisprudencia y la doctrina de los consejos consultivos vienen distinguiendo, por un lado, la actuación médica o médico-quirúrgica que trata de curar o mejorar a un paciente, de aquélla otra en que se acude a un profesional para obtener, en condiciones de normalidad de salud, algún resultado que voluntariamente se quiere conseguir. En la primera se persigue la curación del paciente, y por ello se afirma que es una medicina de medios, no de resultados (dictámenes del Consejo Consultivo de Andalucía, entre otros, 159/2018, 188/2020 y 259/2021[6]), lo que supone que la obligación generada no consiste en la obtención del resultado que se pretende (el restablecimiento de la salud del paciente), sino la de prestar el servicio más adecuado en orden a la consecución de aquel resultado. Lo exigible, pues, es que el médico actúe de acuerdo con la *lex artis ad hoc*, pero no que obtenga el resultado óptimo que, de entrada, ya se presupone. Siendo esto así, el obligado lo está a ejecutar una actividad de prestación por lo que cumple con su correcta y adecuada ejecución cuando la realiza con adecuada *praxis*. Por tanto, lo que determina el cumplimiento de su obligación no es la exigencia del resultado –que no se garantiza-, sino la ejecución diligente y correcta de la actividad encaminada al mismo. En consecuencia, en este tipo de Medicina la diligencia del médico consiste y se limita en emplear todos los medios a su alcance para conseguirla, se logre o no finalmente. En definitiva, ha de partirse del axioma de que se cumple con lo que es exigible cuando se aplican cuantos medios son precisos para la curación del enfermo. Cuando ésta se ejerce sobre el paciente (y así lo recuerda la

5 Vid. GALLARDO CASTILLO, Mª J. *Administración sanitaria y responsabilidad patrimonial*, Ed. COLEX, A Coruña, 2021.

6 Como afirma el dictamen del Consejo Consultivo de Andalucía, con cita de la STS de 9 de diciembre de 1998, "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». Lo exigible, pues, es que el facultativo actúe de acuerdo con la *lex artis ad hoc*, pero no que obtenga el resultado óptimo que, de entrada, ya se presupone. Siendo esto así, la obligación consiste en ejecutar una actividad de prestación y queda cumplida con su correcta y adecuada ejecución cuando la realiza con adecuada *praxis*. Por tanto, lo que determina el cumplimiento de su obligación no es la exigencia del resultado -que no se garantiza-, sino la ejecución diligente y correcta de la actividad encaminada al mismo. Por ello, debe recordarse, una vez más, que en la obligación de actividad, como es el caso de la Medicina necesaria o de medios, para que se entienda cumplida la realización de la conducta diligente basta con la ejecución adecuada encaminada a obtener el resultado pretendido, aunque finalmente éste no haya sido posible alcanzarlo. De ahí se deriva que la apreciación del incumplimiento de aquella obligación quede subordinada a la previa acreditación de los hechos en que los reclamantes fundamentan su pretensión indemnizatoria. En definitiva, la actuación de la Administración sanitaria no queda vinculada a un resultado -lo que equivaldría a la infalibilidad de la ciencia médica-, sino que tiene que procurar, sin excusas ni omisiones injustificadas, aplicar todos los medios que el avance de la medicina pone a su disposición para la mejora de la salud (dictámenes 259/2003, de 26 de junio y 23/2006, de 25 de enero, entre otros)".

jurisprudencia) ha de tenerse presente tanto la naturaleza mortal del hombre, como los niveles a que llega la ciencia médica –insuficientes para la curación de determinadas enfermedades– y, finalmente la circunstancia de que no todos los individuos reaccionan de igual manera ante los tratamientos de que dispone la medicina actual –lo que hace que algunos de ellos, aun resultando eficaces para la generalidad de los pacientes, puedan no serlo para otros–; todo lo cual impide reputar al aludido contrato como un arrendamiento de obra, vínculo que obligaría a la consecución de un resultado, la curación del paciente, que, en muchos casos, ni puede, ni podrá nunca conseguirse.

Distinto por completo es el supuesto en que el interesado acude al médico, no para la curación de una dolencia patológica, un padecimiento o un trastorno físico, sino para conseguir una transformación satisfactoria, el mejoramiento de su aspecto físico o estético, en cuyo caso, sin perder su carácter de arrendamiento de servicios, puede configurarse como un arrendamiento de obra. Dicho de otra forma: una *obligación de hacer* (la intervención) se convierte en una *obligación de dar* (el resultado pretendido). De ahí que se acentúe en este caso la obligación del facultativo de obtener un resultado para el paciente o, si se quiere, la exigencia de una mayor garantía en la obtención del resultado que se persigue. De ahí que esta obligación, que es todavía de medios, se intensifica, haciendo recaer en el facultativo, no ya sólo, como en los supuestos de medicina curativa, la utilización de los medios idóneos para tal fin, así como la obligación de informar y con mayor fuerza aún, al cliente que no paciente, tanto del posible riesgo que la intervención acarrea –especialmente si ésta es quirúrgica- como de las posibilidades de que la misma no comporte la obtención del resultado que se busca, y de los cuidados, actividades y análisis que resulten precisos para el mayor aseguramiento del éxito de la intervención.

Así pues, cuando la obligación es de obtención de un resultado, la exigencia alcanza a la consecución del mismo. La obligación no queda cumplida con la mera actividad, sino que requiere la satisfacción del interés perseguido. Por ello, el fracaso de éste implica el incumplimiento de la obligación misma. Ahora bien, esta distinción es en la práctica más teórica que real, pues como reconoce *expressis verbis* el Tribunal Supremo en su sentencia de 9 de diciembre de 2008 (Recurso 2159/1994), el resultado siempre está presente en la obligación: en la de actividad porque ésta es el objeto de la obligación; en la de resultado, porque su objeto es el resultado mismo lo que, según la sentencia, "implica dos consecuencias: la distribución del riesgo y el concepto del incumplimiento, total o parcial, siendo este último el llamado también cumplimiento defectuoso. El deudor de obligación de actividad ejecuta la prestación consistente en tal actitud y cumple con su ejecución adecuada y correcta; el deudor de obligación de resultado, ejecuta la prestación bajo su propio riesgo, ya que tan sólo hay cumplimiento si se produce el resultado. A su vez, lo anterior se relaciona con el cumplimiento; en la obligación de actividad, la realización de la conducta diligente basta para que se considere cumplida, aunque no llegue a darse el resultado: lo que determina el cumplimiento no es la existencia del resultado, sino la ejecución adecuada y correcta, es decir, diligente, de la actividad encaminada a aquel resultado. El cumplimiento de la obligación de resultado, por el contrario, requiere la satisfacción del interés del acreedor consistente en la obtención del resultado. En consecuencia, en la obligación de resultado, la no obtención de éste, que implica incumplimiento de obligación, hace presumir la culpa; en la obligación de actividad, es precisa la prueba de la falta de diligencia, para apreciar incumplimiento, tal como ha reiterado esta Sala en múltiples Sentencias, como la de 29 de julio de 1994 que dice: "una doctrina reiterada de esta Sala

subordina a la previa acreditación de una clara negligencia por parte de quien presta tales servicios, calificados como originadores de una obligación de medios, independiente de los resultados que con ello se obtengan". Sin perjuicio, claro está, de que la falta de diligencia en la actividad se deduzca de la producción del daño, cuando éste es desproporcionado en relación de causalidad con la actividad del profesional médico".

Con todo, es preciso dejar advertido que esta consideración de la relación que une al paciente con el médico –o, mejor, con el Centro hospitalario- en la medicina satisfactiva como cercana al arrendamiento de obra es ciertamente excepcional y la jurisprudencia la viene limitando a supuestos como la cirugía estética, la vasectomía y odontología. En estos tres casos la obligación es de resultado, de forma que, fracasada la operación y no constando que al paciente se le informara de sus riesgos, procede la reparación patrimonial si concurren los requisitos para ello, especialmente la existencia del daño antijurídico y la relación de causalidad.

La consecuencia inmediata de esta diferenciación es crucial: cuando se trata de una obligación de medios y no de resultado (caso de la Medicina necesaria), no procede estimar la responsabilidad del facultativo *salvo* que se demuestre incumplimiento de la *lex artis ad hoc*. Cuando se trata de una obligación de resultado (caso de la Medicina no necesaria o satisfactiva) la anormalidad del servicio se da por supuesta a los efectos de apreciar responsabilidad, salvo prueba en contrario, o la concurrencia de fuerza mayor o de riesgo imprevisible o imputable al propio paciente-cliente.

c) ¿Constituye mala praxis indemnizable la quiebra del deber de informacion al paciente?[7]

El derecho a la asistencia sanitaria no se agota en la prestación de atenciones médicas y farmacéuticas, sino que incluye el derecho esencial a la información previa al sometimiento a cualquier intervención quirúrgica de forma clara y comprensible para el enfermo, con la advertencia de los riesgos, señalando los posibles tratamientos alternativos y, en todo caso, solicitando el preceptivo consentimiento previo a la intervención.

Por ello, el consentimiento informado aparece ligado al derecho de autodeterminación del paciente pues éste es un agente moral autónomo con suficiente facultad para decidir libremente sobre la incidencia que en su propia salud pueda tener la actividad curativa que la Medicina ejerce sobre él, lo que incluye el poder de decisión acerca de recibir o no tratamiento médico, asumir o no los riesgos inherentes a una intervención, permanecer enfermo o sanar, o incluso a perder la vida[8].

Pero la funcionalidad del consentimiento informado no se agota en esta finalidad sino que viene siendo un añadido a la exigencia de cumplimiento de la *lex artis ad hoc*, en tanto que constituye uno de los deberes que incumbe al facultativo al calibrar el grado de cumplimiento de las normas y técnicas aplicables al caso y porque, producida la consecuencia lesiva, debe comprobarse, primeramente, que la actuación médica se

7 Vid. GALLARDO CASTILLO, Mª J. "Consentimiento informado y responsabilidad patrimonial de la Administración" publicado la *Revista Andaluza de Administración Pública*, nº. 75, septiembre/diciembre 2009, pp. 95 a 137.

8 PELAYO GONZALEZ-TORRE, A. *La intervención jurídica de la actividad médica: El consentimiento informado.* Kykinson, Madrid, 1997, pp. 81 y 82.

ajustaba a los parámetros de normalidad según protocolos médicos –a los que luego me referiré-, y en segundo lugar, que se ha cumplido *debidamente* con el deber de información a que tiene derecho el paciente.

El consentimiento informado cumple, así, dos funciones primordiales: una, de garantía para el paciente en tanto éste adquiere el conocimiento necesario acerca de los pormenores de la actuación médica (diagnóstico, pronóstico y alternativas de tratamiento), y otra, una función excluyente de la responsabilidad que se desplaza al paciente que consiente soportar las consecuencias probables sobre su salud y su persona. Ahora bien, ni lo uno ni lo otro tiene carácter absoluto: lo primero porque la ausencia de consentimiento informado no supone inexorablemente la obligación de indemnizar si no se produce después un daño de las características que luego se analizarán, y, lo segundo porque tampoco la existencia del mismo excluye siempre de responsabilidad. Se trata, simplemente, de un principio de "presunción de culpabilidad" que, en cualquier caso, admite prueba en contrario.

Como parte integrante de la *lex artis*, el consentimiento informado juega el importantísimo papel de servir de módulo para la valoración del funcionamiento normal o anormal del servicio o, si se quiere, de criterio valorativo de la corrección del concreto acto médico ejecutado según las técnicas habituales contrastadas, las especiales características de su autor y los factores influyentes en el paciente, lo que determina que el mero incumplimiento de este deber de información suponga *ipso facto* un supuesto de mala praxis[9] capaz de condicionar el desplazamiento de la carga de la prueba acerca de la relación de causalidad entre la acción médica y el daño producido así como la determinación de quién asume los riesgos padecidos, si el médico o el paciente. En consecuencia, la omisión del deber de informar revela *per se* la anormalidad del servicio, aunque –debe advertirse– ésta es causa necesaria, aunque no suficiente, para que nazca el derecho a la indemnización.

En efecto, aunque la falta de información constituye una anormalidad en sentido estricto, sin embargo, la prosperabilidad de la acción resarcitoria fundamentada en esta causa requiere de la concurrencia del desvalor del resultado. Dicho a la inversa: si se ha omitido el deber de información pero el servicio ha funcionado correctamente, no hay nada que resarcir: la falta de consentimiento informado habrá podido constituir una actuación reprochable del facultativo pero carente de entidad suficiente como para dar lugar al nacimiento de la responsabilidad patrimonial. Como afirma el dictamen del Consejo Consultivo de Andalucía 428/2021, con cita del dictamen 159/2018, "ha de tenerse en cuenta que la prosperabilidad de la reclamación resarcitoria requiere la concurrencia del desvalor del resultado, pues no de todo incumplimiento del consentimiento informado se deriva responsabilidad sino sólo en aquellos casos en que se haya ocasionado un resultado lesivo por consecuencia de las actuaciones médicas realizadas sin dicho consentimiento informado, que, de este modo se encuentra carente de entidad suficiente como para dar lugar por sí mismo al nacimiento de la responsabilidad patrimonial". De esta forma y a mayor abundamiento, debe significarse que el incumplimiento de este deber no constituye por sí mismo causa de resarcimiento pecuniario, que solo procederá si, y solo si, junto a aquella concurre un daño derivado y

9 Las SSTS de 26 de noviembre de 2004 (Recurso 280/2001), de 26 de enero de 2006 (Recurso 5681/2001), de 12 de diciembre de 2006 (Recurso 4317/2002), de 16 de enero de 2007 (Recurso 5060/2002) y de 23 de febrero de 2007 (Recurso 3551/2002) afirman que "el defecto de consentimiento informado se considera como incumplimiento de la *lex artis ad hoc* y revela un funcionamiento anormal del servicio sanitario".

del cual no se obtuvo la información adecuada. En este sentido, la STS de 23 de febrero de 2007 recuerda que el defecto de consentimiento informado se considera como incumplimiento de la *lex artis ad hoc* y revela un funcionamiento anormal del servicio sanitario, si bien tal mala praxis no puede *per se* dar lugar a responsabilidad patrimonial si del acto médico no se deriva daño alguno para el paciente, pues para que exista responsabilidad es imprescindible que se haya derivado un daño antijurídico que no lo constituye por sí mismo la falta de consentimiento informado".

En definitiva, la falta de información no constituye por sí misma causa de resarcimiento pecuniario, que sólo procederá si, y sólo si, junto a aquélla concurre un daño derivado y del cual no se obtuvo la información adecuada. El daño pues, no es, en sí mismo la omisión de información y su correspondiente falta otorgamiento del consentimiento debidamente informado por parte del paciente, sino la pérdida del poder de autodeterminación personal del paciente. Así pues, si bien la falta o deficiencia del consentimiento informado constituye título de imputación de responsabilidad, sin embargo éste no es suficiente, pues se requiere que, además, se haya producido o materializado el riesgo del que no se había informado y del que, en consecuencia, no se había obtenido el consentimiento del paciente o, en su caso, del cliente. Y lo mismo sucede en su reverso: realizada una prestación médica y de la se derivan unos daños que no le son los inherentes, típicos, propios ni traen en ella su causa (por ejemplo, las que derivan de una falta de asepsia o de la utilización de un instrumental inadecuado[10], insuficiencia o falta de coordinación objetiva del servicio[11] o el hecho de dejar en el interior material quirúrgico[12]) la responsabilidad patrimonial viene de suyo pese a que exista consentimiento informado. El Tribunal Supremo lo dejó dicho con una claridad meridiana en sentencias de 3 y 10 de octubre de 2000 (Recursos 4305/1996 y 3931/1996, respectivamente): "El título de imputación de la responsabilidad patrimonial por los daños o perjuicios generados por la actividad administrativa por funcionamiento normal o anormal de los servicios puede consistir no sólo en la realización de una actividad de riesgo, sino que también puede radicar en otras circunstancias, como es, singularmente en el ámbito de la asistencia sanitaria, el carácter inadecuado de la prestación médica llevada a cabo. Esta inadecuación, como veremos que sucede en este proceso, puede producirse no sólo por la inexistencia de consentimiento informado, sino también por mala praxis por incumplimiento de la *lex artis ad hoc* o por defecto, insuficiencia o falta de coordinación objetiva del servicio, de donde se desprende que, en contra de lo que parece suponer la parte recurrente, la existencia de consentimiento informado no obliga al paciente a asumir cualesquiera riesgos derivados de una prestación asistencial inadecuada".

Como contrapartida debe añadirse que no cabe exigir responsabilidad por aquellos daños que, a causa de su insólito, atípico o anormal acaecimiento escapen a una común, prudente y razonable previsión de los riesgos asociados a ella. Su misma imprevisibilidad, excluyente de la culpa por su falta de prevención no sólo hace disculpable la omisión de su advertencia en la información previa debida al paciente, como ya se dejó dicho más arriba, sino que en ningún caso cabe aspirar a que se responda por ellos.

10 Tal fue el caso que se enjuicia en la STSJ de Galicia de 24 de marzo de 2004 (Recurso 848/2001)).
11 STSJ de Valencia de 27 de noviembre de 2001 (Recurso 2634/1997)
12 STSJ de Castilla y León, Valladolid de 17 de mayo de 2007 (Recurso 2082/2002)

En resumidas cuentas, el consentimiento informado no libera de responsabilidad por los riesgos derivados de una actuación inadecuada, pero sí de los demás inherentes a ella e inevitables en una correcta prestación. De ahí la trascendencia de su advertencia al paciente para que pueda sopesarlos junto con otras alternativas u opciones al decidir sobre el tratamiento sometido a su consideración y consentimiento, debiendo tenerse en cuenta que la falta o la insuficiencia de la información ofrecida al paciente o, lo que es igual, la omisión de un consentimiento previo y suficientemente informado acerca de los riesgos inherentes a la intervención, determina la asunción de éstos por el Centro hospitalario y, en su caso, por el facultativo, por cuanto el daño ha devenido antijurídico y el paciente no tendrá el deber jurídico de soportarlo. Así lo dejó afirmado el dictamen del Consejo Consultivo de Andalucía 746/2018, "la omisión o insuficiencia del consentimiento informado provoca que deba responderse de los riesgos inherentes e inevitables en una correcta prestación. Dicho de otro modo: aun acaeciendo un daño cierto cuyo riesgo no quedó advertido en el consentimiento informado no siempre habrá de responderse por él. Depende del tipo de riesgo. Y así, la falta o la insuficiencia de la información ofrecida al paciente acerca de los riesgos inherentes y típicos a la intervención -que son los *únicos advertibles* por ser los *únicos previsibles*- determina la asunción de éstos por el Centro hospitalario y, en su caso, por el facultativo, por cuanto el daño ha devenido antijurídico y el paciente no tendría el deber jurídico de soportarlo. Por contra, los que resulten insólitos, atípicos o anormales no están sujetos a la exigencia de su advertencia en el documento del consentimiento informado puesto que difícilmente puede informarse de aquello que no resulta previsible y, por tanto, no está al alcance del conocimiento ni siquiera científico".

Sin embargo, como es bien sabido, la exigencia de información tiene un contenido dispar según el tipo de intervención de que se trate, lo mismo que el alcance de la responsabilidad en uno y otro caso es de intensidad desigual. En la Medicina no necesaria o satisfactiva este deber de información se configura como integrante del contrato de arrendamiento se servicios médicos. Quien a ella se somete no es tanto un paciente como un "cliente" y por ello ha de ser advertido previamente de forma pormenorizada, clara, veraz y comprensible no sólo ya de los riesgos y probabilidades de los efectos no deseados de la intervención, sino de otras posibles técnicas –cuando las hay– u otras opciones menos arriesgadas o menos lesivas para la salud. Como bien ha afirmado Muñoz Machado[13], el deber de información implica el derecho del paciente a elegir la mejor solución, incluida la de no operarse. Veámoslo por separado.

Como ya ha quedado avanzado, en el caso de la Medicina necesaria, con carácter general, puede afirmarse que no es menester informar agotadora, exhaustiva y detalladamente acerca de aquellos riesgos que no tienen un carácter típico por no producirse con frecuencia ni ser específicos del tratamiento aplicado, siempre que tengan carácter excepcional o no revistan una gravedad extraordinaria. La exigencia de información ha de limitarse a los riesgos, secuelas y complicaciones más probables y graves que pueda suponer cada una de las alternativas terapéuticas, sin que pueda ser exigida una información exhaustiva de aquéllos que sean posibles pero remotos pues, como afirma la SAP de las Islas Baleares 3 de febrero de 2003 (Recurso 753/2002), "ello supondría la exigencia de un imposible".

13 MUÑOZ MACHADO, S. Ponencia oficial del LII Congreso Nacional. Timpanoplastia. Madrid, Almirall Prodesfarma, 2001, p. 413.

En lo que atañe a la llamada medicina satisfactiva, se requiere un mayor reforzamiento de la información, un "plus de información", que radica fundamentalmente en dos puntos concretos: en la advertencia de la probabilidad de que el resultado puede no ser conseguido y en una más amplia especificación en cuanto a los riesgos. Como tiene afirmado la jurisprudencia con reiteración, en la medicina satisfactiva o voluntaria la libertad de opción por parte del paciente es evidentemente superior a la que tienen los pacientes sometidos a medicina necesaria, debiendo analizarse cuidadosamente si la información recibida fue la debida para prestar el consentimiento y la conformidad a la intervención, por cuanto se haya ponderado el riesgo de complicación con la innecesariedad de la operación, por lo que esta información: a) ha que ser mucho más completa que en la medicina necesaria. b) hay que explicar las consecuencias previsibles con mucha mayor minuciosidad, precisión y exactitud. c) debe hacerse un informe claro y completo de los riesgos descartables, y cuáles no lo son, para que la persona que solicite la intervención –o los representantes legales en su caso– puedan hacer declaración expresa de que asumen los riesgos –inevitables– que se le hayan explicado claramente. d) y el documento tipo o estándar para hacer constar el consentimiento no debe estar prefijado, pues en cada caso ha de ser confeccionado por el responsable de la intervención, siendo aconsejable acompañar un dossier explicativo de todos los riesgos, y su evaluación estadística atendidas las circunstancias concretas de cada caso.

III. LOS PRESUPUESTOS NORMATIVOS PARA LA EXIGENCIA DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACION SANITARIA

Antes de referirnos a los presupuestos o requisitos del instituto resarcitorio en el ámbito de la Administración sanitaria es preciso tener permanentemente en cuenta que la garantía de la responsabilidad patrimonial no puede hacerse cargo de cualquier daño que pueda engarzarse causalmente a la Administración. La desconsideración de este aserto junto con la amplia generosidad con que se encuentra regulado el instituto resarcitorio de la Administración –sanitaria o no– han provocado que a diario se formulen un sinfín de reclamaciones patrimoniales cuyo número contrasta con las escasas probabilidades de recibirlas con favorable acogida. Por ello, para que la reclamación cuente con ciertas garantías de éxito, se revela tarea necesaria superar algunas conclusiones apresuradas y hacerlo teniendo en cuenta los criterios que la jurisprudencia ha introducido en el sistema para corregir los excesos que provoca la objetivación de la responsabilidad, siendo el primer criterio el que acaba de analizarse, es decir, el grado de cumplimiento (o no) de la *lex artis* pues debe tenerse permanentemente en cuenta que puede existir una responsabilidad sin culpa pero no sin daño y que, por muy amplio y por muy generoso que esté concebido, el sistema no indemniza cualquier daño sino solo los "daños jurídicos". Para alcanzar tal categoría no basta, como sucede con harta frecuencia, la sola alegación de la anormalidad del servicio (acompañada o no de prueba que la verifique) ni tampoco es permitido hacerlo proyectándose *ex post facto* al juicio sobre la corrección de la actuación sanitaria el estado de situación ignorado al momento de la atención y conocido a la fecha del diagnóstico pues se estaría realizando en función del resultado final e infringe la regla de "la prohibición del regreso".

El incumplimiento de *la lex artis* o la realización defectuosa del servicio sanitario y la producción de daños son conceptos independientes en tanto que lo primero no supone

siempre y necesariamente lo segundo. Con relativa frecuencia sucede que por los reclamantes se postula resarcimiento sin más fundamentación que alegatos cuyo basamento no se encuentra en la existencia del daño que justifique la indemnización –que en ocasiones ni se alega ni se prueba- sino en que el servicio sanitario funcionó de forma incorrecta. En dicha situación ha de entenderse jurídicamente que no cumple el requisito no solo de la efectividad que exige el artículo 32.2 de la Ley 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector público (LRJSP) sino la existencia misma del detrimento patrimonial en que el daño consiste, lo que estaría afectando a la línea de flotación del propio instituto resarcitorio al faltar el primero y fundamental de los requisitos. A efectos resarcitorios, el mero funcionamiento defectuoso de los servicios públicos no es en sí mismo ni por sí solo determinante para originar el deber de indemnización, como erróneamente se cree, ni el instituto resarcitorio tiene por finalidad reprender a la Administración ni a su personal ni tiene función sancionadora. Lo verdaderamente relevante es si la conducta ha causado un detrimento patrimonial que resulte antijurídico y si tiene el necesario impacto causal.

Por otra parte, por más que resulte ocioso decirlo, no debe olvidarse que en el plano jurídico no cabe sustentar las consecuencias indemnizatorias en meras hipótesis, impresiones o especulaciones sino en hechos que hayan sido alegados y probados por la parte legitimada para hacerlo. Que sea efectivo el daño significa que este se haya producido de forma real y cierta y se manifieste en una minoración real de su patrimonio (daños materiales) o de su bienestar (daños morales) y no en una impresión subjetiva desprovista de acreditación. Pero, en contra de lo que podría pensarse, para que el daño sea efectivo no es óbice que este sea futuro, siempre y cuando su producción es "indudable y necesaria por la *anticipada certeza de su acaecimiento*" (STS de 2 de enero de 1990, Id Cendoj: 28079130011990104148). Es lo que se denomina "diagnóstico de certeza", que hace que se considere efectivo no sólo el daño ya producido por consecuencia de una *mala praxis* sanitaria sino los que se produzcan por consecuencia del desarrollo posterior de la enfermedad. Cuestión distinta es la que acontece con los denominados "daños eventuales", que no son indemnizables no tanto porque sean futuros como porque son inciertos o hipotéticos en su realización y, por tanto, cuestionan la existencia y realidad misma del daño.

Y si bien se excluyen del concepto de daño las simples expectativas por su falta de efectividad, sí resulta indemnizable la desaparición de la probabilidad de un posterior suceso favorable como puede ser la recuperación o mejora en la salud cuando una asistencia sanitaria tardía, un retraso o un error en el diagnóstico o en el tratamiento la hace inviable. En este sentido, se considera daño real y efectivo la llamada "pérdida de oportunidad", la cual constituye una particular modalidad de daño caracterizada porque en ella coexisten un elemento de certeza y otro de incertidumbre: *la certeza* de que en caso de no haber mediado el hecho dañino el damnificado habría conservado la esperanza de obtener en el futuro una ganancia o de evitar una pérdida para su patrimonio y *la incertidumbre*, definitiva ya, en torno a si habiéndose mantenido la situación fáctica y/o jurídica que constituía presupuesto de la oportunidad, realmente la ganancia se habría obtenido o la pérdida se hubiere evitado. Dicho de otro modo: a pesar de la situación de incertidumbre, hay en este tipo de daño algo actual, cierto e indiscutible consistente en la efectiva pérdida de la probabilidad de lograr un beneficio (mejora de la salud) o de evitar un detrimento (empeoramiento o fallecimiento).

En segundo lugar, el daño ha de ser "evaluable económicamente", lo que no sólo significa, como se cree, que afecte a un bien evaluable bajo tal paradigma monetario, entre

otras cosas, porque parece obvio que cualquier detrimento patrimonial, esto es, cualquier daño todo lo es**.** Lo que realmente se exige con este requisito legal es que el daño tenga cierta "entidad" porque sólo así se considera jurídicamente que tiene trascendencia patrimonial o moral apreciable. Si no llega a este nivel, la levedad de su incidencia lesiva le convierte en un simple perjuicio no indemnizable.

Por último, el daño ha de ser **"**individualizado**"**, es decir, concretarse en una persona o un grupo de personas. Para el Tribunal Supremo y para la doctrina de los Consejos Consultivos, esta exigencia legal consiste en que el daño ha de ser concreto y excederse de las cargas comunes, es decir, ser un daño especial y superar el nivel de riesgo que es susceptible de *asunción y aceptación* por parte de los destinatarios de los servicios públicos, puesto que es comúnmente aceptado que algunos de ellos forman parte de las cargas que exige la vida social y son inherentes al propio funcionamiento del servicio. El problema es determinar cuándo se está ante "cargas o molestias comunes" de las que se tiene el deber de soportar, dónde termina la generalidad y comienza la singularidad.

La cuestión aparece íntimamente relacionada con otras que tanto la jurisprudencia como la doctrina de los consejos consultivos han tenido ocasión de examinar. Así por ejemplo, el Consejo Consultivo de Andalucía en su dictamen 397/2019 dejó afirmado que la profesión médica se ejerce, obviamente, en un contexto social concreto y determinado en el que concurren numerosos condicionantes que determinan la calidad y el nivel de atención prestada y los posibles resultados. Entre estos condicionantes destacan de forma preeminente los medios personales y materiales que se asignan a la atención del paciente. La solución al problema específico planteado cabría hallarla aplicando dos principios elaborados en el seno de la doctrina. De un lado, se hace referencia al denominado "riesgo permitido" y, de otro, al principio de "no exigibilidad de una conducta distinta". El primero opera tras sopesar el grado de preponderancia de los intereses en juego: de una parte se valora la utilidad social de la actividad en que se desarrolla la conducta y, por otro, el riesgo o probabilidad de lesión de los bienes jurídicos amenazados (vida, integridad física o salud de la persona), de tal suerte que se considera que nos situamos dentro del ámbito del "riesgo socialmente permitido" cuando, ponderando, de una parte, las posibilidades de acaecimiento de una determinada patología y, de otra, los costes que conllevan tales pruebas –retraso de intervenciones, medios materiales y humanas exigidos– no se estima necesario ni conveniente la realización de la reiteración de pruebas o actividades médicas previamente realizadas, tanto más si, como acontece en este caso, no se parte del conocimiento de factores añadidos de riesgo.

Hasta aquí, el daño y sus requisitos legales. Pero el daño debe cualificarse a través del requisito, tan ambiguo como evanescente, de la antijuricidad, que se constituye así en un *plus* de exigencia que actúa de contrapeso del pretendido carácter objetivo del sistema objetivo de responsabilidad administrativa. El daño se convierte de este modo en lesión y, con ello, en resarcible (arts. 32.1 y 34.1 LRJSP). Pero la antijuricidad no es un *prius*, algo evidente que no necesite concreción legal de la que aún a día de hoy se sigue careciendo y con la que se permita delimitar *a priori* el espacio de lo que es antijurídico –y que, por tanto, el particular no tiene el deber de soportar- de lo que no lo es. Porque, ¿dónde comienza y dónde termina el deber de soportar la demora en recibir una adecuada atención sanitaria?, ¿cuál es el título de imputación que dote de respuesta unívoca a situaciones similares? Si se ha producido un error o un retraso en el diagnóstico, si no se han realizado determinadas pruebas o si éstas lo han sido las

adecuadas o las suficientes, si se ha extraviado alguna documentación integrante de la historia clínica, si se ha carecido de medios diagnósticos de contraste pese a estar exigidos protocolariamente, si se han utilizado técnicas indebidas o inadecuadas o si se ha prescindido del consentimiento del paciente o no ha sido suficientemente informado, ¿existe suficiente título para pedir indemnización?. ¿Podemos contar siempre con ese título?

La sentencia de la Audiencia Nacional de 24 de mayo de 2000 (Recurso 435/1998) afirmaba que "la lesión se define como daño ilegítimo, pues no todo perjuicio es constitutivo de una lesión en el sentido técnico-jurídico del término, porque si bien toda lesión es integrante de un daño y perjuicio no todo daño y perjuicio es constitutivo de una lesión". En línea de principio la fórmula de la antijuridicdad no plantea problema. La dificultad estriba justamente en eso, en determinar *cuándo* y *por qué* un daño adquiere tintes de lesión indemnizable, en definitiva, en determinar qué supuestos son los que tienen la virtualidad de generar tan cualificada condición en el daño que lo convierte en lesión indemnizable. Nuevamente, para no llevar la responsabilidad objetiva más allá de los límites de lo razonable son tres los criterios que utiliza la jurisprudencia: el estado de conocimientos de la ciencia médica y de la técnica, el tipo de obligación –de medios o de resultados– que depende de si se está en presencia de una medicina necesaria (o curativa) o voluntaria (o satisfactiva) y, por último, el análisis de los riesgos, pues los que son inherentes o inseparables de toda intervención quirúrgica no dan derecho a indemnización (porque son desconocidos, no controlados e inevitables o bien previsibles y no evitables y por ello sanitariamente admisibles).

IV. LAS SINGULARIDADES DEL "DAÑO" RESARCIBLE Y SU INCIERTA RELACIÓN CAUSAL EN LA DOCTRINA DE LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD TERAPÉUTICA

El grado de cumplimiento de la *lex artis* no solo está en función de la aplicación del tratamiento adecuado sino de que este se realice a tiempo. Una asistencia sanitaria tardía, un retraso en el diagnóstico o un error en este pueden suponer, y de hecho suponen en un número importante de casos, una aminoración considerable en las expectativas de vida o de curación del paciente que pueden dar lugar a un supuesto de responsabilidad patrimonial. Siendo así, la doctrina de la pérdida de oportunidad parte de la situación en que un tercero ha realizado un comportamiento antijurídico que interfiere en el curso normal de los acontecimientos de tal forma que consigue frustrar las expectativas de curación o mejora pero sin poder aseverarse con categórica rotundidad que los sufrimientos innecesarios producidos, muerte o las secuelas irreversibles se hubieran podido evitar de haberse seguido otros parámetros de actuación.

Ello en el bien entendido de que, de una parte, las posibilidades han de contar con cierta solvencia o seriedad, esto es, que aunque inciertas estas no sean hipotéticas o poco probables y, de otra, que producida la frustración o pérdida de dichas posibilidades la pretensión de resarcimiento se refiera derechamente a la oportunidad misma y nunca a su objeto, cual es la ventaja que se esperaba conseguir. Dicho de modo inverso: las probabilidades especialmente inciertas, improbables, efímeras o que cuenten con escasos o nulos elementos con que sustentar ciertas garantías de éxito no cubren el grado suficiente que permita entender que se ha producido un daño que merezca ser resarcido.

Parece obvio que para que ello sea así deberá realizarse un análisis retrospectivo, una especie de visión de los acontecimientos a través de un espejo retrovisor que permita evaluar la situación en que encontraba el paciente al momento de demandar la atención sanitaria para después estar en condiciones de determinar las probabilidades de conseguir la mejora o curación de la patología que presentaba. Solo entonces se está en disposición de precisar la proporción estimativa de esta posibilidad puesta en comparación con otras alternativas que hubieran podido producirse.

En este sentido resulta oportuna la cita de dictamen 437/2019 del Consejo Consultivo de Andalucía en que se insiste en ese dato determinante: no basta con que se haya producido un déficit asistencial y que a este haya seguido un empeoramiento de la enfermedad o el fallecimiento del paciente. Para que estemos en presencia de un supuesto de pérdida de oportunidad es requisito *sine qua non* justamente *esa falta de certeza* en la respuesta sobre la evolución de la enfermedad si se hubieran seguido otros parámetros de actuación, esto es, en la *ausencia de relación causal* entre la acción u omisión de los facultativos y el daño acontecido.

La cuestión no es baladí. Resulta extraordinariamente frecuente que tanto los reclamantes como la Administración incurran en el desacierto –del que hace expresa advertencia el citado dictamen– de hacer convivir dos reglas positivas de signo contrario al considerar de forma simultánea que el retraso de diagnóstico se erige como causa suficientemente eficiente como para determinar un daño concreto y efectivo y una "pérdida de oportunidad" al no resulta acreditado que un diagnóstico y tratamiento más precoz hubiese evitado en cualquier caso el resultado final. Como se acaba de afirmar, ambas reglas encierran una contradicción en sus propios términos que las hacen irremediablemente irreconciliables, pues o bien se ha producido un resultado final como consecuencia de una *mala praxis*, en cuyo caso surge el derecho a obtener resarcimiento por el mismo, o bien se ha producido una pérdida de oportunidad de obtener una mejoría o de evitación de un resultado dañoso, en cuyo caso habría que indemnizar, no por el resultado final producido sino por la oportunidad definitivamente perdida de haberlo evitado. Es por eso que en caso de pérdida de oportunidad el objeto de resarcimiento no es el daño final sino la frustración de la oportunidad perdida (que en unos casos será la supervivencia y en otros, la mejoría o la curación).

De todo ello resulta que, cuando de pérdida de oportunidad se trata, se revela como requisito imprescindible la inexistencia de relación causal entre el déficit asistencial y el resultado final. Es decir, se requiere incertidumbre causal y, en virtud de ella, ha de urdirse un cálculo prospectivo de probabilidades en donde se infiera la oportunidad lesionada (que era con la que contaba el paciente al momento de producirse aquel déficit asistencial) y las probabilidades de que una buena praxis hubiera evitado el resultado final, de tal forma que tomando como punto de referencia ese probable resultado final se proceda al cálculo del *quantum* indemnizatorio a partir de los citados datos probabilísticos.

En el caso sometido a consulta y que dio lugar al citado dictamen 437/2019 es evidente que, de las dos opciones posibles (relación causal con el consiguiente resultado final o incertidumbre respecto del curso causal y consiguiente pérdida de oportunidad) el Consejo Consultivo de Andalucía estimó que concurría la segunda, pues para entender que existe clara relación causal hubiera sido preciso la acreditación –que no se alcanza- de que el anormal funcionamiento del servicio público fue la causa próxima y eficiente del daño ocasionado y que en caso de que el servicio público sanitario hubiera cumplido

con los parámetros de actuación indicados no se hubiera producido el resultado final, en cuyo caso hubiera concurrido esto último procedería indemnizar por tal resultado final y no simplemente por la pérdida de oportunidades de evitarlo.

Dicho de otro modo: o bien se da por cierta la relación causal entre el retraso de diagnóstico y la materialización de ciertos padecimientos que se han presentado ciertos y efectivos, en cuyo caso estos habrán de cuantificarse en un determinado montante económico tras efectuar su valoración concreta, o bien se ha producido la frustración de las posibilidades de mejora de la salud, en cuyo caso resulta requisito imprescindible justamente lo contrario: la inexistencia de relación causal entre el déficit asistencial y el resultado final. Por esta razón no debe utilizarse la doctrina de la pérdida de oportunidad, basada en la incertidumbre, en lo incierto, en lo hipotético, en lo que no fue pero que no se sabe a ciencia cierta si pudo haber sido o si pudo haberse evitado y hacerlo en supuestos en que existe un diagnóstico de certeza y donde se manejan daños ciertos, concretos y efectivos.

Ahora bien, la cuestión no está exenta de complejidad, debiendo extremar el celo en la aplicación de la doctrina para evitar, de una parte, que un exceso o una aplicación desproporcionada de la misma ocasione que dejen de indemnizarse daños por el resultado final acontecido cuando la omisión o retraso en el diagnóstico o tratamiento es causa del mismo convirtiéndola así en una especie de panacea que permite rebajar el *quatum* indemnizatorio que pudiera corresponder por su acaecimiento. O, de otra parte, incurrir en defecto y dejar de aplicarla atribuyendo los efectos lesivos a otras condiciones tales como complicaciones por causas predisposición endógena o complicaciones imprevisibles o cualquier otra circunstancia análoga.

En evitación de tales efectos deben ser tenidos en cuenta, al menos, tres factores. En primer lugar, la inconveniencia de realizar una interpretación a *posteriori* de los signos y síntomas que presenta un paciente y llegar a una conclusión en función de la evolución de una patología. Esta ha de realizarse al tiempo de su manifestación, tanto más cuando se trata de un hecho súbito que en ocasiones se presenta sin previos signos sintomáticos de referencia que permitan asegurar su correcta identificación. En segundo lugar, no se puede cuestionar el diagnóstico inicial por la evolución posterior, dada la dificultad que entraña acertar con el correcto, puesto que, sabido es, hay sintomatologías de las que participan varias patologías, por lo que a pesar de haber puesto todos los medios existentes a disposición de la recuperación de la salud del paciente, en un elevado porcentaje existe un margen de error independientemente de las pruebas que se le realicen (dictámenes del Consejo Consultivo de Andalucía 600/2019, 621/2020, 224/2021 y 474/2021, entre otros). Con ello se llama la atención de que se requiere emplear una especial cautela al abordar esa labor de retrospección que resulta imprescindible a la hora de aplicar la doctrina de la pérdida de oportunidad para evaluar la situación en que encontraba el paciente *a limine* para después determinar las probabilidades con que contaba para obtener el resultado pretendido, de tal forma que se evite incurrir en la falacia que supondría interpretar los hechos una vez acontecidos y obtener una conclusión en contemplación de una evolución posterior.

En tercer lugar, no solo porque ontológicamente resultan excluyentes entre sí sino porque supondría indemnizar dos veces por el mismo padecimiento es necesario elegir cuál de las dos posibilidades se revela como resultado dañoso generado por la *mala praxis*: o la frustración de las posibilidades de obtención de la ventaja pretendida o el daño concreto consistente en el resultado final. No pueden admitirse a la vez ambos

conceptos indemnizatorios pues unos se basan en la certeza y el otro en la incertidumbre; unos en lo concreto y el otro en lo incierto; unos en lo real y el otro, en lo hipotético (dictámenes 283/2019, 395/2019 y 459/19 del Consejo Consultivo de Andalucía).

Y por la misma razón, los perjuicios a resarcir deben quedar objetivamente establecidos, en la medida de lo posible, sin que puedan responder a meras especulaciones o a impresiones subjetivas desconectadas de la realidad. Así lo dejó afirmado el Consejo Consultivo de Andalucía en su dictamen 205/2018. En la reclamación que había dado inicio a aquel procedimiento de responsabilidad patrimonial, la reclamante alegaba una relación de padecimientos diversos (concretamente, siete) que, a su juicio, hubieran podido evitarse de no haberse olvidado el material ecogénico y, en función de ellos, fijó un montante en forma de cantidad global. Del relato circunstanciado de tales padecimientos pudiera inferirse que la reclamante integraba, junto a los daños corporales, el detrimento padecido por la necesidad de ser intervenida para retirar dicho material. Dicho de otro modo: aunque la reclamante no los calificaba literalmente como daño moral, parece que implícitamente aludía a él en tanto que tales padecimientos, por su naturaleza, no permitían identificarles con otro tipo de daño (ni físico ni psíquico). El Consejo Consultivo de Andalucía advirtió al respecto que la mera alusión a estos padecimientos no les convertía en modo alguno en un daño moral, puesto que para ello se requiere, por derivación del principio rogatorio, que la reclamante hubiera invocado un sufrimiento espiritual dimanante de un estado psicológico de incertidumbre sobre las causas del dolor y por el propio dolor y haberlo hecho de forma diferenciada respecto de los que aparecen asociados a los daños físicos que específicamente se determinan como indemnizables puesto que tales daños morales deben valorarse en su propia dimensión y sin confundirlos con las secuelas físicas y psíquicas ni el sufrimiento implícito en ellas. No hacerlo así supondría, de una parte, indemnizar dos veces el padecimiento sufrido pues no habría quedado desconectado dicho daño moral de los que resultan inherentes a la intervención quirúrgica en sí y a sus secuelas. Y de otra, se acabaría indemnizando por daños que no son ciertos –porque jurídicamente ha de tenerse por tales los que no consiguen probarse– sino que tendrían que presumirse.

Como ya dejé afirmado en otro lugar[14], en todo supuesto de responsabilidad patrimonial, una de las condiciones necesarias –aunque no suficiente- es el hallazgo del daño, entendido este como detrimento patrimonial o menoscabo de todo interés que integra la esfera del actuar lícito de un sujeto. En los supuestos de pérdida de oportunidad, según hemos avanzado, el daño es la frustración de la *chance*, de la oportunidad misma, entendida como la posibilidad de un beneficio probable y futuro y no por el resultado final o lesión finalmente producida (empeoramiento de la salud o fallecimiento). Así pues, la oportunidad misma que se pierde es, pues, un daño cierto en grado de probabilidad[15], constituyendo así, como reflexiona con acierto Zavala de González[16], una particular modalidad de daño caracterizada por la coexistencia de un elemento de certeza y otro de incertidumbre: la certeza de que en caso de no haber

14 GALLARDO CASTILLO, Mª J. "Causalidad probabilística, incertidumbre causal y responsabilidad sanitaria: la doctrina de la pérdida de oportunidad", en *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 45-46, 2015, págs. 35 a 66.

15 TRIGO REPRESAS, F.A. *Pérdida de chance. Presupuestos. Determinación. Cuantificación*, Astrea, 2008, Buenos Aires, pág. 263.

16 ZAVALA DE GONZÁLEZ, M., *Resarcimiento de daños. Daños a las personas*, Hammurabi, Buenos Aires, 2005, pág, 274.

mediado el hecho dañino el damnificado habría conservado la esperanza de obtener en el futuro una ganancia o de evitar una pérdida para su patrimonio y la incertidumbre, definitiva ya, en torno de si habiéndose mantenido la situación fáctica y/o jurídica que constituía presupuesto de la oportunidad, realmente la ganancia se habría obtenido o la pérdida se hubiere evitado. Expuesto de otro modo, a pesar de la situación de incertidumbre, hay en este tipo de daño algo actual, cierto e indiscutible consistente en la efectiva pérdida de la probabilidad de lograr un beneficio o de evitar un detrimento. No ofrece lugar a la menor hesitación que "esa oportunidad está definitivamente perdida, la situación es irreversible y la 'carrera' de concatenación causal y temporal hacia la ventaja se ha detenido de manera inmodificable. Hay un daño cierto solo desde el punto de vista de la certeza de la probabilidad irremediablemente truncada. Esa probabilidad tenía un determinado valor, aunque difícil de justipreciar, que debe ser reparado".

Por eso no cabe duda de que concurre el primer requisito del daño, su efectividad. Efectividad que se concreta en la certeza de la oportunidad con que se contaba de no haber interferido en ella un tercero, así como la imposibilidad definitiva de obtener en un futuro la situación de ventaja sobre la que se sustentaba la oportunidad que ha de darse por perdida: "para un determinado sujeto había probabilidades a favor y probabilidades en contra de obtener o no una cierta ventaja patrimonial, pero un hecho cometido por un tercero le ha impedido tener la oportunidad de participar en la definición de esas probabilidades".

En cualquier caso, en honor a la verdad, hay que reconocer con Garcés-Garro Ranz[17] que al hablar de pérdida de oportunidad siempre hablamos de una representación "ideal" de los acontecimientos: suponemos que el agente dañoso ha distorsionado el curso ordinario de las cosas pero no terminamos de disponer de elementos de juicio que a ciencia cierta nos permita aseverar que, en cualquier caso, hubiera sufrido o no el daño. De ahí que para algún sector de la doctrina la definición de pérdida de oportunidad pueda considerarse una "mentira técnica", un artificio jurídico que no deja de suponer una quiebra a la tradicional exigencia del elemento esencial para el reconocimiento del derecho a ser indemnización, la existencia de un nexo causal entre el hecho y el daño producido, de tal modo que solo cabría hablar de una causalidad si esta era certera. Pero a través de la teoría de la pérdida de oportunidad se abre la puerta a la incertidumbre causal como una vía posible a la obtención de resarcimiento, ya que la causalidad no es certera sino probable o posible y sin que la ausencia de certeza juegue como factor excluyente del deber de indemnizar. Es por ello que la doctrina más autorizada habla en estos casos de "estricta incertidumbre causal", de manera que no deben catalogarse como "pérdida de *chance*" ni los eventos en los cuales sí existe la razonable certeza de que el agente dañoso provocó el daño –pues allí estará demostrada la causalidad en virtud de que la alta probabilidad da lugar a la aludida razonable certeza y el daño sufrido en tales circunstancias no es la pérdida de la probabilidad sino la desaparición de la ventaja o provecho esperado, luego la íntegra reparación será lo jurídicamente procedente– ni aquellos supuestos en los que las probabilidades de que así hubiere ocurrido resultan insignificantes –pues la escasa probabilidad da lugar a que la víctima no tenga derecho a indemnización alguna–; por consiguiente, solo hay lugar a la aplicación de la figura de la pérdida de chance (…) cuando el coeficiente de

17 GARCÉS-GARRO RANZ, M. "La consolidación de la doctrina de la pérdida de oportunidad en el ámbito sanitario: teoría, articulación de la prueba y cuantificación de la indemnización", en *RC, Revista de Responsabilidad civil, circulación y seguro*, núm. 4, 2014, págs. 7 y 8.

probabilidades de que el agente dañoso fuera causante rebasa un mínimo despreciable y no llega a la alta cota que lleva a hacer coincidir el daño ocasionado con la pérdida de la ventaja frustrada"[18].

Tal es la singularidad del daño y su efectividad: se requiere que el detrimento patrimonial materializado en la oportunidad perdida sea irreversible pues, si existiera la mera posibilidad de que en un futuro pudiera obtenerse el beneficio o la disminución del perjuicio que se pretendían, no estaríamos en presencia de un perjuicio actual, cierto y efectivo, sino de un perjuicio eventual e hipotético, que, como bien se sabe, lo convertiría en no merecedor de resarcimiento. Como afirma Medina Alcoz, "la oportunidad perdida es una *chance* inexorablemente sacrificada, una ocasión irremediablemente frustrada, una posibilidad que el agente dañoso, con su actuación, ha mutilado definitivamente, una oportunidad de la que la víctima gozaba inicialmente y que resulta cerrada irreversiblemente"[19]. Dicho en otros términos: ha de tratarse no solo de una ventaja fundamentada en una simple esperanza sino que ha de probarse que ya no es posible obtenerla. Es por esta razón por lo que el "daño" objeto de resarcimiento es la oportunidad que se ha perdido y no el resultado final o lesión antijurídica generada, si bien para que la oportunidad se entienda definitivamente perdida es requisito imprescindible que aquel se produzca, aunque luego no sea ese el daño que deba indemnizarse. En consecuencia, lo que resulta objeto de resarcimiento es lo que se ha dado en denominar "daño intermedio", que no es otro que esa pérdida de oportunidad de curación o de mejoría, por lo que deberá ser apreciada según el mayor o menor grado que tenía de convertirse en cierta y el valor de la frustración vendrá dado por el grado de probabilidad de éxito.

RESUMEN

En estas últimas décadas la responsabilidad sanitaria ha ido adquiriendo una creciente importancia. La mayor concienciación ciudadana tanto en la exigencia de los derechos como en un mayor estándar de calidad en el funcionamiento de los servicios públicos ha conducido a un incremento del número de reclamaciones por mal funcionamiento de los servicios sanitarios. Es preciso entonces delimitar adecuadamente la mala praxis en el contexto de las reclamaciones patrimoniales frente a la Administración sanitaria. Por ello este trabajo se dirige a analizar los aspectos más relevantes del instituto resarcitorio administrativo y más particularmente, la *lex artis* así como sus presupuestos normativos de exigencia de responsabilidad.

Palabras clave: Responsabilidad patrimonial sanitaria. Daño indemnizable. Lex artis. Consentimiento informado.

ABSTRACT

Medical liability has received increasing attention in the last decades. Citizen awareness on demanding their rights and higher quality standards in functioning of public services, lead to an increase in medical liability claims. Therefore it is required

18 MEDINA ALCOZ, L. *La teoría de la pérdida de oportunidad, Estudio doctrinal y jurisprudencial de derecho de daños público y privado.* Thomson-Civitas, Madrid, 2007, pág. 88.

19 MEDINA ALCOZ, L. "Hacia una nueva teoría general de la causalidad en la responsabilidad civil contractual (y extracontractual): la doctrina de la pérdida de oportunidades", *Revista de responsabilidad civil y seguro*, núm. 30, 2009, pág. 42.

to limit malpractice within medical liability of the public administration. This article analyzes key aspects of medical malpractice liability and particularly, *lex artis* and its liability principles.

Keywords: Medical Liability. Compensation for damage. Lex artis. Informed consent.

ACCIÓN DE RESPONSABILIDAD Y VALORACIÓN DEL DAÑO

MARÍA DOLORES PÉREZ PINO
Jefa del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía

Sumario:

I. LEGITIMACIÓN
- **a) Legitimación activa. El titular del derecho a la indemnización**
  - ***1. Persona jurídico privada***
  - ***2. Persona jurídio pública***
  - ***3. Funcionarios***
- **b) Legitimación pasiva. La Administración Pública responsable**
  - **1.** ***Administraciones Públicas Territoriales***
  - ***2. Sector Público Institucional***
  - ***3. Supuestos especiales de concurrencia de responsabilidad***
  - ***4. Especial referencia a la responsabilidad Estado legislador durante la pandemia***
  - ***5. Un apunte sobre la legitimación pasiva en casos de responsabilidad derivada de los Acuerdos de Adquisición Anticipada de vacunas suscritos entre la Comisión Europea en nombre de los Estados y las distintas farmacéuticas***

II. PRESCRIPCION DE LA ACCIÓN
- **a) Plazo de Prescripción. Artículo 67.1 de la Ley 39/2015 PACAP**
- **b) Interrupción del plazo de prescripción**

III. VALORACIÓN DEL DAÑO
- **a) Principio de integridad e indemnidad**
- **b) Criterios de indemnización**
- **c) Cálculo**
- **d) Compensación en especie**
- **e) Compatibilidad de indemnizaciones**

[1] Las presentes líneas son unas notas de apoyo utilizadas para impartir una ponencia en las Jornadas *"LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL, CON ESPECIAL REFERENCIA A LA ADMINISTRACIÓN SANITARIA"* Consejo Consultivo de Andalucía. Granada, 25 y 26 de noviembre de 2021

ACCIÓN DE RESPONSABILIDAD

Dejando al margen la iniciación de oficio regulada actualmente en los artículos 58 y siguientes Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, de ahora en adelante, LPACAP), en términos prácticamente idénticos al artículo 5 del Real Decreto 429/1993, vamos a centrarnos en la iniciación mediante reclamación del interesado, y por tanto a la acción de responsabilidad patrimonial.

La iniciación a solicitud del interesado es el supuesto más habitual en la práctica. Se regula expresamente, entre otros, en el Artículo 67, que bajo la rúbrica: *"Solicitudes de iniciación en los procedimientos de responsabilidad patrimonial,"* recoge expresamente el plazo de prescripción del derecho a reclamar.

Por tanto, en el análisis de la acción de responsabilidad patrimonial, resulta necesario atender a dos cuestiones fundamentalmente, la legitimación y el plazo de prescripción. Para ello se analizarán ambos requisitos desde la perspectiva del instituto de la responsabilidad patrimonial en general, particularizando algún ejemplo en el ámbito de la Administración sanitaria, sobre todo en tiempos de pandemia.

I. LEGITIMACIÓN.

a) Legitimación activa. El titular del derecho a la indemnización.

Según el artículo 106.2 CE *"los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos."* En análogo sentido se pronuncia el artículo 32.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, de ahora en adelante, LRJSP). Por tanto, nos encontramos que nuestro derecho positivo alude a *"los particulares"* como titulares de la indemnización y por tanto como sujetos pasivos de la lesión patrimonial y activos del procedimiento de responsabilidad patrimonial.

Ahora bien, si lo que debe analizarse en cualquier procedimiento administrativo es la legitimación ad causam del interesado, en este caso recobra especial importancia, ya que no basta con ser un particular y acreditar un daño sino que debe justificarse la condición de particular lesionado a que se refiere el artículo 32.1 LRJSP. Y mayor contraste presenta aún en los ámbitos en los que se permite el ejercicio de acción pública.

1. Persona jurídico privada.

1.1. Legitimación inter vivos.

De acuerdo con el art. 3.1 LPAC, podrán reclamar frente a las Administraciones Públicas:

> *a) "las personas físicas que tengan capacidad de obrar con arreglo a las normas civiles.*
>
> *b) Los menores de edad para el ejercicio y defensa de aquellos de sus derechos e intereses cuya actuación esté permitida por el ordenamiento jurídico sin la asistencia de la persona que ejerza la patria potestad, tutela o curatela. Se exceptúa el supuesto de los menores*

incapacitados, cuando la extensión de la incapacitación afecte al ejercicio y defensa de los derechos o intereses de que se trate."

Este precepto deberá ser interpretado con arreglo a lo establecido en la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. En particular, en lo que se refiere al pleno reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad

De ahí que, a partir de la entrada en vigor en la Ley, en relación con las reclamaciones de responsabilidad patrimonial por personas con discapacidad, habrá que estar a las medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica de conformidad con lo establecido en los artículos 249 y siguientes del Código Civil tras la modificación por la Ley 8/2021, que serán voluntarias y no representativas, a través de la guarda de hecho, la curatela y el defensor judicial

Por otra parte, en casos distintos al de la letra b), los menores no emancipados deberán actuar a través de sus representantes legales. Este será, en los términos previstos en los arts. 162 y 199 CC, sus padres, tutores, (respecto de los menores no emancipados en situación de desamparo y los no sujetos a patria potestad), defensor judicial o guardadores de hecho.

Podría plantearse por ejemplo, el caso de un menor en situación de desamparo respecto del que tenga asumida la tutela la Comunidad Autónoma, que decide formular una reclamación de responsabilidad patrimonial en materia sanitaria, por ejemplo derivada de la situación de la pandemia, la Administración autonómica, debería iniciar, de oficio o a instancia del menor u otra persona con interés legítimo, el procedimiento para la designación del defensor judicial a que se refieren los artículos 235 y 295 y siguientes del CC, en cuanto podría existir un conflicto de interés.

1.2. Legitimación en casos de fallecimiento del que sufre la lesión.

La legitimación activa no sólo la tienen los causahabientes sino que se plantea si también la tienen sus allegados.

El artículo 67 de la Ley 35/2015, de 22 de septiembre, de reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación define a los allegados, como *"allegados aquellas personas que, sin tener la condición de perjudicados según las reglas anteriores, hubieran convivido familiarmente con la víctima durante un mínimo de cinco años inmediatamente anteriores al fallecimiento y fueran especialmente cercanas a ella en parentesco o afectividad."*

Ahora bien, la doctrina no es pacífica en cuanto a la legitimación activa de los allegados para reclamar en cuanto a los daños que no traigan causa del fallecimiento del causante. Así la doctrina viene a diferenciar:

Si la reclamación por las lesiones sufridas *se inició por el fallecido* antes de morir, podría considerarse que la acción se incorpora al caudal relicto, de modo que los herederos reclamarían iure hereditatis. Sin embargo, si la reclamación no hubiese sido formulada por el causante, se plantea si pueden sus allegados reclamar los daños por lesiones sufridas en vida por el causante, o la misma pérdida de su vida, iure propio.

Según la jurisprudencia, este solo podría reivindicar *iure propio* los daños morales que acredite por el fallecimiento de un familiar. *(*STSJ de la Comunitat Valenciana 331/2012, FJ 4). Los Consejos Consultivos conciben la reclamación de la indemnización como un derecho de carácter personalísimo y no transmisible *mortis causa.*

Por ejemplo, la Comisión Jurídica Asesora de Madrid, el *«derecho a reclamar este tipo de indemnizaciones pertenece ex iure proprio a la persona que resulte perjudicada por el suceso y no ex iure hereditatis»* (Dictamen 554/2019, CJ 2), y en concepto de daños morales *«por el título de convivencia y afectividad más que por el de herederos propiamente dicho»* (Dictamen 32/2016, del Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana, en adelante DCJC, CJ 3). Ello sería así, porque *«fallecida una persona se extingue su personalidad jurídica, y, por tanto, no puede nacer en su favor una pretensión al resarcimiento del daño […] por los padecimientos experimentados como consecuencia de sufrir» el coronavirus* (DCJC 32/2016, CJ 3).

El Consejo Consultivo de Andalucía, en su Dictamen 744/2018, de 18 de octubre, sobre responsabilidad patrimonial de la Administración por los daños ocasionados al familiar de los reclamantes al practicarle una biopsia, se pronuncia en el mismo sentido:

> *"La reclamación se interpone por el cónyuge e hijos del paciente fallecido, pero no reclaman por el fallecimiento de su familiar, sino por los daños sufridos por el paciente a consecuencia de la irregular asistencia sanitaria que le fue dispensada al practicarle una biopsia. De esta forma, los reclamantes carecen de legitimación para ejercitar la acción, habida cuenta que reclaman por daños sufridos por el propio paciente -hemiplejía y trastorno depresivo reactivo-, por los que éste no reclamó [artículos 31.1.a) y 139.1 de la Ley 30/1992]. A fuerza de exactos debe tenerse en cuenta que en los casos en que el hecho lesivo consiste en el fallecimiento de una persona el fundamento del derecho a obtener indemnización no es otro que el daño patrimonial o moral causado por dicho fallecimiento (SSTS de 29 de noviembre de 1976, de 4 de mayo de 1983 y de 14 de diciembre de 1996) así como el detrimento patrimonial que se deriva como consecuencia de dicho fallecimiento. Como declara la STS de 19 de junio de 2003: "Es doctrina jurisprudencial constante de esta Sala que están legitimadas para reclamar indemnización por causa de muerte, iure propio, las personas, herederos o no de la víctima, que han resultado personalmente perjudicadas por su muerte, en cuanto dependían económicamente del fallecido o mantenían lazos afectivos con él; negándose mayoritariamente que la pérdida en sí del bien "vida" sea un daño sufrido por la víctima que haga nacer en su cabeza una pretensión resarcitoria transmisible mortis causa a sus herederos y ejercitable por éstos en su condición de tales iure hereditatis*".

Por tanto, en caso de fallecimiento la indemnización no constituye crédito hereditario partible, por no integrarse en el patrimonio del causante, ya que, el derecho a la indemnización por causa de muerte no es un derecho sucesorio al no poder suceder en algo que no había ingresado en el patrimonio del decuius. Según la jurisprudencia, ello es así porque la muerte de una persona se produce en un instante inmediato, por lo que no existe tiempo material para que la indemnización que, eventualmente, pudiese corresponderle por el daño que se le inflige, ingrese en su patrimonio hereditario, por lo

que los herederos nada pueden recibir por tal concepto (SAP de Barcelona de 4 de octubre de 1999).

De igual modo, el Dictamen 437/2019, de 5 de junio, sobre responsabilidad patrimonial de la Administración en el que los interesados reclaman por el fallecimiento de un familiar como consecuencia de la asistencia sanitaria recibida.

1.3. Legitimación de quienes ostenten intereses difusos o colectivos.

Dice el artículo 3 LPAC que tienen capacidad de obrar: *"Cuando la Ley así lo declare expresamente, los grupos de afectados, las uniones y entidades sin personalidad jurídica y los patrimonios independientes o autónomos."*

Pues bien, en la medida en la que el artículo 32.2 LRJSP, indica que, e*n todo caso, el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas",* nos podríamos plantear si se reconoce legitimación activa a asociaciones con intereses difusos o colectivos.

En el ámbito de la crisis sanitaria, resultan muy significativos los últimos pronunciamientos judiciales respecto a la falta de legitimación activa de asociaciones (LIBERUM, ELEUTERIA) que ha interpuesto recursos contenciosos contra diferentes situaciones derivadas de la pandemia.

Por ejemplo, la asociación LIBERUM, que tiene como fines: *la promoción y defensa de los derechos humanos, derechos fundamentales y libertades públicas amparadas en la Constitución Española y los tratados internacionales. Defender los derechos sociales. Así como, promover, velar e instar el cumplimiento del ordenamiento jurídico vigente en Españ*a».

Y según el artículo 4 de sus estatutos, que dentro de las actividades de la asociación especifica: «*El defender y reclamar todas las vulneraciones de derechos fundamentales y libertades públicas, de derechos sociales, así como del ordenamiento jurídico vigente, que se hayan producido durante la pandemia del COVID-19, en todos los ámbitos y órdenes*».

Pues bien, esta Asociación ha reclamado ya en varias Comunidades Autónomas, por ejemplo frente a la vía de hecho consistente *la campaña de vacunación contra la enfermedad conocida como COVID-19, inoculando los fármacos con autorización provisional de la Agencia Española del Medicamento* [...] *actuación que comporta la vulneración de derechos fundamentales*

Y la Sala de los Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Granada, mediante Auto de 14 de octubre de 2021, ya firme, inadmite el recurso contencioso administrativo y cuestiona la legitimación ad causam. En este mismo sentido se han pronunciado los Tribunales Superiores de Justicia de otras Comunidades Autónomas.

> *"Por cuando antecede, es evidente que el interés legítimo es distinto del mero interés en la legalidad de la disposición, acto o actuación impugnada (STS de 20-10-2010, rec. 11/2009). Y conviene enfatizar que la genérica legitimación que la LJCA establece en favor de las asociaciones, grupos de afectados o sindicatos, entre otros, en ningún caso conlleva el reconocimiento de legitimación activa*

para recurrir con base en el puro interés por la legalidad, salvo en los limitados casos de la acción popular (STS de 20-05- 2011, rec. 3381/2009).”

Por tanto, en caso de que estas Asociaciones formulasen una reclamación de responsabilidad patrimonial colectiva, a nuestro juicio no concurriría el requisito de la legitimación ad causam, en relación con la exigencia de la individualización del daño, lo cuál impediría indemnizar las cargas generales, como podría ser el confinamiento domiciliario general de toda la población española decretado por el art. 7 del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declaró el primer estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por la COVID- 19.

1.4. Legitimación en caso de transmisión de derechos.

Podría plantearse asimismo que quienes presentaran una reclamación de responsabilidad patrimonial fuesen por ejemplo los adquirentes de locales por daños sufridos durante la pandemia. A estos efectos resulta muy interesante, si bien referida al ámbito urbanístico, la STSJ de Islas Canarias, Las Palmas (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª) de 15 julio de 2016.

“(…)*Y es que una cosa es la subrogación urbanística, o la subrogación procesal en la posición de la entidad demandante en un proceso contencioso-administrativo en el que se ejercita una acción para la anulación de un instrumento de ordenación urbanística, y otra, muy distinta, que - desde la perspectiva de la responsabilidad patrimonial-- pueda entenderse como particular lesionado por funcionamiento de la Administración por actuaciones urbanísticas quien no era propietario y carecía de toda relación con las consecuencias de esa actuación que no le causó, en ese momento anterior a la transmisión, ningún daño que tuviese o no tuviese obligación de soportar ni puede entenderse posible su subrogación en la posición de perjudicado-lesionado por hechos jurídicos anteriores a su adquisición.”*

2. Persona jurídico pública:

Por otra parte, y aun cuando el artículo 106 CE haga referencia a “particulares”, debemos analizar si una Administración Pública, territorial o instrumental, podría resultar asimismo titular del derecho a la indemnización. Muy clara al respecto es la doctrina recogida por Sentencias posteriores, entre ellas las de 2 de julio de 1998 y 10 de abril de 2000 del Tribunal Supremo. Señala esta última: *“C. Por eso importa subrayar que el sujeto activo de la relación jurídica de responsabilidad extracontractual por funcionamiento de un servicio público puede ser lo mismo un sujeto público que uno privado y de este tipo, un simple particular o un servidor público (cfr. STS de 24 de febrero de 1994 [RJ 1994, 1235], entre otras).”*

Por tanto, a la fecha actual resulta innegable la legitimación de las Administraciones Publicas para reclamar la responsabilidad patrimonial derivada de las lesiones que ocasionen otras Administraciones Públicas, pero además entendida en sentido amplio, esto es, podrán reclamar no sólo las Administraciones Públicas Territoriales sino también los entes instrumentales.

Podemos citar asimismo el Dictamen 662/2016, de 18 de octubre, del Consejo Consultivo de Andalucía sobre reclamación en materia de responsabilidad patrimonial por vertidos fecales:

"Como este Consejo ya señaló en los dictámenes 356/2002 y 436/2014, si bien es cierto que existe una tradición normativa consolidada que utiliza la expresión "los particulares" como sujeto pasivo y receptor de los daños (art. 121 de la Ley de Expropiación Forzosa y art. 133 de su Reglamento, art. 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, art. 106.2 de la Constitución, art. 139 de la Ley 30/1992 y ahora el art. 32.1 de la Ley 40/2015), en criterios de hermenéutica jurídica no es admisible hacer una interpretación restrictiva de dicho término, debiendo incluirse en el mismo no sólo a los sujetos privados sino también a los públicos, cuando éstos se consideren lesionados por la actividad de otra Administración Pública, debiendo comprenderse dentro de aquel término a las Corporaciones Locales como tradicionalmente ha venido entendiendo la jurisprudencia del Tribunal Supremo (desde las sentencias de 8 de febrero de 1964 y de 24 de febrero de 1994)."

3. Funcionarios.

Otra cuestión que debemos abordar en el ámbito subjetivo de la relación patrimonial, es si los funcionarios públicos pueden reclamar de la Administración de la que dependan las lesiones producidas por el funcionamiento de los servicios públicos.

Dice la Sentencia de 28 de enero de 2006 del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía: *"el hecho de que existiera una relación funcionarial con la Administración demandada, por sí solo, no excluye la posibilidad de reclamar y reconocer una indemnización por responsabilidad patrimonial de esa Administración."*

En el ámbito sanitario, se han formulado bastantes reclamaciones de responsabilidad patrimonial, presentadas precisamente por el personal sanitario contagiado, por la falta de medios de protección adecuados, de ahí que, ya algunos Tribunales hayan comenzado a estimar las reclamaciones por incumplimiento de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, llegándose a afirmar *"que el incumplimiento de las medidas de prevención individual ha significado un grave riesgo para la seguridad y la salud de todos los trabajadores sanitarios, especialmente para el personal facultativo, por su exposición directa al riesgo de contagio"*.

En particular, el Juzgado de lo Social número 5 de Alicante había condenado a la Conselleria de Sanidad de la Comunidad Valenciana a indemnizar a los profesionales médicos que trabajaron durante la primera ola de la pandemia en la provincia por hacerlo sin haberles dado los equipos de protección adecuados. En el fallo, el juez considera que *"los facultativos sanitarios tienen derecho a ser indemnizados por los daños y perjuicios personales y morales por la Consejería de Sanidad de la Generalidad Valenciana"*. No obstante, esta Sentencia se anuló posteriormente por el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, al considerar que debía volver a ser dictada incluyendo el importe de las indemnizaciones.

Y respecto a la imposibilidad para aportar el material de protección alegada por Sanidad, se desestiman la excepciones de falta de acción al señalar que *"no exime de su obligación y responsabilidad a la Administración el hecho de que se adoptaran cuantas medidas se tuvieron a su alcance", porque "la falta de aprovisionamientos de EPIS se tradujo en una falta de suministro de los mismos a sus empleados, que llevó a éstos a tener que trabajar sin la adecuada protección de su salud y a ser uno de los colectivos profesionales con mayor tasa de contagios"*

Otros daños que se han reclamado son los derivados de una formación inadecuada, o el uso de material defectuoso. A estos efectos resulta interesante traer a colación que la asociación del Defensor del Paciente ha elaborado un decálogo en el que desarrolla cuáles son los diez principales motivos para llevar a cabo una reclamación por daños y perjuicios, derivados del coronavirus.

b) Legitimación pasiva. La Administración Pública responsable

A diferencia de lo que ocurre con el sujeto activo de la reclamación patrimonial, el artículo 106 del Texto Constitucional, no hace referencia a quién sea el sujeto pasivo, ya que únicamente alude al funcionamiento de los servicios públicos, por lo que cabe colegir que el daño o lesión resultará imputable al titular de ese servicio público, sin perjuicio lógicamente de la necesidad de la concurrencia de otros requisitos, tales como el nexo causal del daño y el servicio público, la antijuridicidad, etc.

Por su parte tanto el artículo 139.1 LRJAP-PAC como el nuevo artículo 32 LRJSP sí señalan que *"los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos",* y añade *"siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos."*

Por tanto, el sujeto pasivo de la reclamación de responsabilidad patrimonial será la Administración Pública, a la que resulte imputable la lesión que además sea consecuencia del funcionamiento normal y anormal del servicio público, debiendo entenderse además el concepto de Administración Pública en sentido amplio.

Efectivamente, si acudimos a lo dispuesto en el artículo 2.3 LRJSP, tienen la consideración de Administraciones Públicas, la Administración General del Estado, las Administraciones de las Comunidades Autónomas, las Entidades que integran la Administración Local, así como los organismos públicos y entidades de derecho público previstos en la letra a) del apartado 2. Esto es, también lo son *"cualesquiera organismos públicos y entidades de derecho público vinculados o dependientes de las Administraciones Públicas",* que integran parte del Sector Público institucional.

Por tanto, si el artículo 32 LRJSP en materia de responsabilidad patrimonial se refiere a "Administraciones Públicas", y es el artículo 2.3 el que señala qué se entiende por Administraciones Públicas, habrá que estar a lo dispuesto en dicho precepto para determinar quiénes pueden ser sujetos pasivos de la reclamación patrimonial.

1. Administraciones Públicas Territoriales.

Aparte de la Administración General del Estado se prevé expresamente en el artículo 123.3 del Estatuto de Autonomía para Andalucía, que la Comunidad Autónoma indemnizará a los particulares por toda lesión que sufran en sus bienes o derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos de la misma.*"*

Y respecto a la Administración Local, dispone el artículo 54 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local que: *"Las entidades locales responderán directamente de los daños y perjuicios causados a los particulares en sus bienes y derechos como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos o de la actuación de sus autoridades, funcionarios o agentes, en los términos establecidos en la legislación general sobre responsabilidad administrativa".*

Por otra parte, resulta interesante traer a colación el artículo 128.2 de la Ley 5/2010, de 11 de junio, de Autonomía Local de Andalucía, en el que se recogía de forma expresa la responsabilidad patrimonial de las entidades locales autónomas, sin perjuicio de lo que a estos efectos resulte de lo dispuesto en la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local.

En relación con la Administración sanitaria debe tenerse en cuenta que al igual que en el resto de los casos la responsabilidad es directa salvo que el personal sanitario deba responder directamente por responsabilidad penal, (relación de servicios con el Hospital), en cuyo caso nos planteamos si sería posible su responsabilidad subsidiaria. Por ejemplo, si finalmente el condenado fuese insolvente, o en otro plano, resultaría interesante analizar si podría el personal sanitario en este caso repetir contra la Administración porque considere que el daño se produjo cuando estaba en el ejercicio de sus funciones.

2. Sector Público Institucional

2.1. Entes instrumentales del Sector Público Institucional. Organismos Públicos. Agencias Administrativas/ Agencias Públicas Empresariales. artículo 53 de la Ley 9/2007, de 22 de octubre, LAJA.

Como hemos señalado anteriormente el artículo 32 de la LRJSP alude a la Administraciones Públicas como sujetos pasivos de responsabilidad patrimonial. Y efectivamente el artículo 2 apartado 3 en conexión con el apartado 2 a) incluye en el concepto de Administraciones Públicas a los *organismos públicos y entidades de derecho público vinculados o dependientes de las Administraciones Públicas* por lo que en podría considerarse que en cuanto tales podrían ser sujetos pasivos de reclamaciones de responsabilidad patrimonial. El artículo 84 LRJSP clasifica los organismos públicos en Organismos Autónomos y Entidades Públicas Empresariales.

En relación con las Entidades Públicas Empresariales, el problema estribaba en determinar si los daños se originan en ejercicio de potestades públicas. Para De Vicente Domingo[2], *"podría defenderse que sólo cuando las actividades prestacionales cumplan una finalidad claramente pública, o sea, de servicio público, sobre todo si requieren potestades públicas, el régimen de responsabilidad será el previsto en la LRJ y PAC. En cambio, si el objeto de la entidad es la producción de bienes de interés público susceptibles de contraprestación sin necesidad de empleo de poderes el régimen sustantivo y procesal sería el civil".*

Muy interesante resulta la STS de 21 de diciembre de 2020 nº 1806/2020, rec. 803/2019, en relación con la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios : "*la Administración sanitaria cuyos facultativos realizan correcta y adecuadamente una intervención quirúrgica de conformidad con la lex artis no debe responder de las lesiones causadas a un paciente como consecuencia de la utilización de un producto sanitario defectuoso, cuya toxicidad se descubre y alerta con posterioridad a su utilización, previamente autorizada por la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios, debiendo la responsabilidad recaer en el*

[1] De Vicente Domingo, R.: *La responsabilidad patrimonial de los entes públicos instrumentales en la legislación y la jurisprudencia administrativa. Nuevas perspectivas del Régimen Local*, Estudios en homenaje al profesor José Mª Boquera Oliver, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002).

productor o, en su caso, en la Administración con competencias para autorizar y vigilar los medicamentos y productos sanitarios, de concurrir las concretas circunstancias necesarias para ello".

Respecto a la responsabilidad patrimonial de las empresas públicas de la Junta de Andalucía se ha pronunciado expresamente el Consejo Consultivo de Andalucía:

> *"El principio de responsabilidad de los poderes públicos, plasmado en el artículo 9.3 de la Constitución como una de las piezas básicas del Estado de Derecho, se concreta después en su artículo 106.2 con independencia de la tipología de los entes que tengan encomendada la gestión de los servicios públicos en cuyo seno se produce el daño.*
>
> *(...) En suma, las reclamaciones de responsabilidad patrimonial que se formulen contra las empresas públicas de la Junta de Andalucía, encuadradas en el artículo 6.1.b) de la Ley de Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma, deben examinarse a la luz del régimen sustantivo de responsabilidad patrimonial derivado del artículo 106.2 de la Constitución, siendo aplicable el procedimiento establecido en el Reglamento de los procedimientos de las Administraciones públicas en materia de responsabilidad patrimonial, aprobado por Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo."*

Vid las Sentencias núm. 764/2015 de 26 marzo, del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía que desestima una reclamación de responsabilidad patrimonial dirigida conjuntamente contra la Agencia Pública Empresarial Sanitaria Costa del Sol y la Consejería de Salud de la Junta de Andalucía, o la de 6 noviembre 1998 del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección6ª) en relación con la que era la Agencia de Medio Ambiente.

2.2. Consorcios.

También en este ámbito de entidades de naturaleza pública, habría que analizar la legitimación pasiva de los Consorcios y de la Administración Corporativa, ya que ni siquiera se citan en el artículo 2.3 ni en el artículo 2.2 como sector público institucional.

Los Consorcios son, según el artículo 118 LRJSP, entidades de derecho público, con personalidad jurídica propia y diferenciada, creadas por varias Administraciones Públicas o entidades integrantes del sector público institucional, entre sí o con participación de entidades privadas, para el desarrollo de actividades de interés común a todas ellas dentro del ámbito de sus competencias.

Resulta determinante por ejemplo la núm. 38/2008 de 23 enero de la Audiencia Provincial de Pontevedra (Sección 1ª) que decía:

> *"De lo anterior se colige que si estamos ante una comunidad de usuarios, como Corporación de Derecho Público, y la pretensión vertida en la demanda, al solicitar en el suplico de la misma que se condene a la demandada a reparar unos daños causados a la parte actora y ahora apelante, va dirigida a exigir la responsabilidad patrimonial de la demandada por la lesión que su mal o defectuoso funcionamiento ha causado en los bienes de otro usuario. Es claro que la vía jurisdiccional Contencioso-Administrativa resulta la única competente para conocer de la pretensión ejercitada,"*

Y en análogo sentido la Sentencia núm. 28/2012 de 27 enero de la Audiencia Provincial de Granada (Sección 5ª) que alude a la incompetencia de la jurisdicción civil para conocer de una demanda dirigida frente a Comunidad de Regantes, como Corporación de Derecho Público, y un particular.

2.3. Entidades de naturaleza privada.

Según el artículo 2 apartado 2 letra b) en conexión con el apartado 3, "*las entidades de derecho privado vinculadas o dependientes de las Administraciones Públicas", son* Sector Público Institucional, pero no son AP y *"quedarán sujetas a lo dispuesto en las normas de esta Ley que específicamente se refieran a las mismas, en particular a los principios previstos en el artículo 3, y en todo caso, cuando ejerzan potestades administrativas."*

Esta clasificación que realiza la Ley 40/2015 y en particular, en cuanto a esta última frase, suscita bastantes dudas en cuanto a la naturaleza jurídica de los entes que quedarían incluidos en esta letra b) ya que, de un lado, podría pensarse que el legislador ha querido referirse a cualquier otro ente instrumental cuya naturaleza jurídica sea de derecho privado, como por ejemplo sociedades mercantiles o fundaciones del sector público, y no a entidades de naturaleza pública que sometan su actividad parcialmente a derecho privado, pero que ejercen potestades administrativas, ya que estas quedarían incluidas en la letra a), como por ejemplo las entidades públicas empresariales del artículo 53 de la Ley 6/1997, de 14 de abril de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (LOFAGE), hoy día reguladas en artículo 103 LRJSP.

Por lo que nos planteamos qué entidades de derecho privado podrían ejercer potestades administrativas y quedarían incluidas en la letra b). Aunque en la regulación que realiza la LRJSP del sector institucional del Estado por ejemplo de las sociedades mercantiles estatales dice el artículo 113 "*en ningún podrán disponer de facultades que impliquen el ejercicio de autoridad pública, sin perjuicio de que excepcionalmente la ley pueda atribuirle el ejercicio de potestades administrativas."*

Si bien es cierto que el problema fundamental era el de determinar el procedimiento para exigirles responsabilidad o si siendo responsable la Entidad filial, la responsabilidad se transmitiría a la Entidad Matriz, hoy día esta cuestión ha quedado superada con la redacción dada al artículo 35 LRJSP, que responde mejor que el anterior artículo 144 LRJ-PAC al contenido de su rúbrica: "Responsabilidad de Derecho Privado", y pone fin a cualquier controversia:

> "*Cuando las Administraciones Públicas actúen, directamente o a través de una entidad de derecho privado, en relaciones de esta naturaleza, su responsabilidad se exigirá de conformidad con lo previsto en los artículos 32 y siguientes, incluso cuando concurra con sujetos de derecho privado o la responsabilidad se exija directamente a la entidad de derecho privado a través de la cual actúe la Administración o a la entidad que cubra su responsabilidad."*

Pues bien, en el ámbito sanitario, y en particular en la Comunidad Autónoma andaluza, debemos traer a colación los casos de prestación del servicio sanitario por centros concertados. La Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, señala en el artículo 90 que *"las Administraciones Públicas Sanitarias, en el ámbito de sus*

respectivas competencias, podrán establecer conciertos para la prestación de servicios sanitarios con medios ajenos a ellas", y de igual modo se pronuncia el artículo 73 de la Ley 2/1998, de 15 de junio, de Salud de Andalucía.

Pues bien, respecto a quién se imputa la responsabilidad en estos casos, existen posiciones contrapuestas de la responsabilidad por los daños causados en centros privados concertados: si al contratista o a la administración sanitaria[3], es decir, quienes sostienen que la responsabilidad corresponde al centro privado concertado contratista que presta materialmente la prestación; frente a quienes defienden que la responsabilidad última del daño corresponde a la Administración Sanitaria titular del servicio público con independencia de la forma de gestión que utilice.

a) Posición que sostiene que la responsabilidad corresponde al centro privado concertado. Se basaba fundamentalmente en la literalidad de la anterior Legislación de Contratos del Sector Público. Sostienen que el concierto para la prestación sanitaria tiene la naturaleza de contrato de gestión de servicio público conforme a la definición del mismo contenida en los artículos 8 y 275 del TRLCSP aprobado por RDL 3/2011. El artículo 277. c) de la misma norma recoge como modalidad del contrato de gestión de servicio público el concierto con persona natural o jurídica que venga realizando prestaciones análogas a las que constituyen el servicio público de que se trate. La Disposición Adicional Vigésima de dicha ley dispone que los conciertos que tengan por objeto la prestación de servicios de asistencia sanitaria y farmacéutica y que, para el desarrollo de su acción protectora, celebren la Mutualidad de Funcionarios Civiles del Estado y el Instituto Social de las Fuerzas Armadas con entidades públicas, entidades aseguradoras, sociedades médicas, colegios farmacéuticos y otras entidades o empresas, cualquiera que sea su importe y modalidad, tendrán la naturaleza de contratos de gestión de servicio público. De modo que partiendo del concierto como modalidad del contrato de gestión de servicio público, el artículo 280 del TRLCSP (RDL 3/2011) establecía dentro de las obligaciones generales del contratista de este tipo de contratos la de *"c) Indemnizar los daños que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera el desarrollo del servicio, excepto cuando el daño sea producido por causas imputables a la Administración."*

De esta manera, la responsabilidad por los daños causados sería del centro privado contratista salvo en los supuestos excepcionales en que se acreditara que se haya producido por causas imputables a la Administración.

No obstante, una de las principales novedades de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, (LCSP) es la desaparición de la figura del contrato de gestión de servicios públicos y, por tanto, de la regulación de algunas formas de gestión indirecta como el concierto o la gestión interesada, lo cual se debe a que esta figura contractual no se recoge en las directivas comunitarias sobre contratación pública de 2014, tratándose aquella de una trasposición de éstas a la normativa nacional.

En su lugar, la Ley regula las concesiones de servicios, de modo que la gestión interesada o el concierto deberán definirse, bien como concesión de servicios, bien como

[3] "Manual de Responsabilidad Patrimonial de la Administración Pública". Instituto Andaluz de Administración Pública. Sevilla. 2015.

contrato de servicios, lo que dependerá, en la práctica, de si se asume o no por el concesionario el riesgo operacional.

b) Posición que defiende que la responsabilidad por daños corresponde a la Administración Sanitaria. Se argumenta desde esta postura que es la Administración la titular del servicio público de sanidad, y que la forma de organización y gestión que adopte no debe afectar a las garantías del usuario. Se trata de un servicio público esencial que afecta al derecho a la vida y a la salud. El artículo 43 de la CE reconoce el derecho a la protección de la salud y la competencia de los poderes públicos para organizar y tutelar la salud pública a través de las prestaciones y servicios necesarios.

Mantienen que la competencia de la asistencia sanitaria corresponde a la Administración, y que el hecho que la preste a través de concierto con centros privado, no puede modificar el régimen de garantías del paciente, ni eximir a la Administración de la responsabilidad última por la prestación sanitaria. El paciente debe tener las mismas garantías frente a posibles daños en la prestación sanitaria, con independencia de que se produzca en centros sanitarios públicos o sea en centros privados a los que sea derivado consecuencia de la forma de organización en la prestación del servicio público que decida la Administración. Lo esencial es que se trate de una prestación sanitaria que entre dentro de las obligadas por el Sistema Nacional de Salud (dentro de la cartera de servicios), con independencia de que materialmente la asistencia se realice en centro concertado.

En cuanto a la posición de los Consejos Consultivos Autonómicos, el Consejo Consultivo de Andalucía se manifiesta sobre la materia (entre otros), en los Dictámenes 39/2014 de 22 de enero, 327/2014 de 6 de mayo, 434/2014 de 11 de junio.

En el Dictamen 327/2014 de 6 de mayo señala que:

> *"En concreto, viene sosteniendo este Consejo Consultivo que la prestación del servicio por parte de un centro concertado (en este caso sólo referida a una parte de la asistencia médica) no obstaculiza la apreciación del requisito de imputabilidad, independientemente de las consecuencias que se desprenden de la relación contractual. En este punto, la doctrina que arranca del dictamen antes mencionado señala que la regla-base de la responsabilidad del contratista es que éste responde por los daños que derivan directamente de su gestión, a menos que hayan sido ocasionados como consecuencia inmediata y directa de una orden de la Administración"*

Respecto a pronunciamientos de los Tribunales de Justicia sobre imputación de daños en prestaciones sanitarias en centros concertados, existen sentencias contradictorias, como las de la Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo. La Audiencia Nacional sigue la primera de las posiciones vistas manteniendo la responsabilidad del contratista conforme a la Legislación de Contratos Públicos. El Tribunal Supremo (en STS de 4 de diciembre de 2012 y STS de 18 de diciembre de 2011 sostiene que la existencia de concierto de asistencia sanitaria no excluye la responsabilidad última de la Administración sanitaria, no pudiendo oponerse las concretas cláusulas del concierto sanitario a quien tiene la condición de tercero en esa relación.

Pues bien, lo cierto es que a la fecha actual podría afirmarse que si el agente dañoso (el centro concertado) actúa dentro de la propia estructura organizativa administrativa, podrá atribuirse el resultado dañoso a la Administración, sin perjuicio

de la posibilidad de ejercitar la acción de repetición si procede contra la entidad concertada, añadiendo además en cuanto al título de imputación las responsabilidades de la Administración de supervisión, tutela, y control.

Respecto a las Mutuas administrativas, está claro que no tienen la misma posición a efectos de imputabilidad que los centros concertados, ya que no prestan asistencia sanitaria. Distinto sería el caso de las Mutuas de accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales que son responsables directas de la asistencia sanitaria que prestan a sus asociados.

3. Supuestos especiales de concurrencia de responsabilidad.

En el ámbito precisamente de las Administraciones Públicas, la descentralización y reparto de competencias provocan que en determinadas ocasiones no resulte claro a quien haya de imputarse la acción u omisión determinante de la lesión patrimonial.

Con todo no se le escapa al Tribunal Supremo que tal labor de calificación jurídica puede resultar extremadamente compleja y desde luego no se puede hacer recaer en el ciudadano. Y en este sentido viene a regularse en el artículo 33 LRJSP, de forma semejante a la anterior regulación, de modo que vamos a distinguir los siguientes casos:

3.1. Fórmulas conjuntas de actuación.

Habrá que estar a lo previsto en el artículo 33.1, que establece que cuando de la gestión dimanante de fórmulas conjuntas de actuación entre varias Administraciones públicas se derive responsabilidad las Administraciones intervinientes responderán de forma solidaria, pudiendo distribuirse su responsabilidad en el instrumento jurídico regulador de la actuación conjunta. Por otra parte se regula en el apartado 4 la posibilidad de que la Administración Pública competente para resolver consulte a las restantes Administraciones implicadas para que, en el plazo de quince días, estas puedan exponer cuanto consideren procedente.

3.2. Concurrencia de Administraciones. Se recoge en el artículo 33.2, que *la responsabilidad se fijará para cada Administración atendiendo a los criterios de competencia, interés público tutelado e intensidad de la intervención. La responsabilidad será solidaria cuando no sea posible dicha determinación.*

Pues bien, a la vista de lo anterior, debemos plantearnos qué tipo de responsabilidad sería en su caso exigible ante sistema de Cogestión, diseñado por el Estado durante la pandemia. Así con el primer estado de alarma, se produjo la recentralización de competencias, en el Gobierno de España, a través del mando único, pero después con el segundo estado de alarma, en este y en los presidentes de CCAA, como autoridad competente y autoridades delegadas, respectivamente (cogestión).

Pues bien, la segunda Sentencia dictada por el Tribunal Constitucional el día 27 de octubre de 2021 se pronuncia expresamente sobre este modelo de cogestión, de manera que estima las pretensiones de inconstitucionalidad y nulidad relativas a la regulación del régimen de delegación que efectuó el Gobierno, en cuanto autoridad competente, en los presidentes de las comunidades autónomas y de ciudades autónomas, en el FJ 10º. Y en cuanto al alcance de la nulidad afirma en el FJ 11º: *"(…) Esta declaración de inconstitucionalidad y nulidad no afecta por sí sola, de manera directa, a los actos y disposiciones dictados sobre la base de tales reglas durante su vigencia.*

Ello sin perjuicio de que tal afectación pudiera, llegado el caso, ser apreciada por los órganos judiciales que estuvieran conociendo o llegaran aún a conocer de pretensiones al respecto, siempre conforme a lo dispuesto en la legislación general aplicable y a lo establecido, específicamente, en el art. 40.1 LOTC."

Esto implica que el TC_ abre la posibilidad de instar procedimientos de responsabilidad patrimonial por aquellos actos derivados de las actuaciones de las CCAA en aplicación de la mencionada delegación de competencias, en tanto que la STC ha declarado nulo el sistema diseñado por el poder ejecutivo, que habrán de analizarse caso a caso y de manera individualizada, lo cuál planteará sin duda problemas de aplicación práctica.

3.3. Intervención de varios entes instrumentales o más de una Consejería.

Señala el Consejo Consultivo de Andalucía[4], con buen criterio que

"Insistimos en que el dato de la diferente personificación y la consiguiente presencia de diversos entes instrumentales no puede alzarse como obstáculo para dar respuesta a la pretensión indemnizatoria, teniendo en cuenta que estamos ante un mismo servicio público encomendado a la Administración de la Junta de Andalucía, que actúa para el cumplimiento de sus fines como centro común de imputación."

4. Especial referencia a la responsabilidad Estado legislador durante la pandemia.

Dejando a salvo lo anteriormente expuesto sobre la declaración de inconstitucionalidad del modelo de cogobernanza, vamos a detenernos precisamente en la declaración de inconstitucionalidad del primer estado de alarma acordado mediante Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo. El TC en Sentencia 148/2021, de 14 de julio de 2021 estima parcialmente el recurso de inconstitucionalidad y, en consecuencia, declarar inconstitucionales y nulos, con el alcance indicado en el fundamento jurídico 2, letra d), y con los efectos señalados en los apartados a), b) y c) del fundamento jurídico 11: a) Los apartados 1, 3 y 5 del artículo 7, entre otros.

No obstante, modula los efectos de la declaración de nulidad, en el Fundamento Jurídico 11, letra c): *"Por último, al tratarse de medidas que los ciudadanos tenían el deber jurídico de soportar, la inconstitucionalidad apreciada en esta sentencia no será por sí misma título para fundar reclamaciones de responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 3.2 de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio."*

Ahora bien, si atendemos al inciso final, el artículo 3.2 de la LO 4/81 dice: *"Quienes como consecuencia de la aplicación de los actos y disposiciones adoptadas durante la vigencia de estos estados sufran, de forma directa, o en su persona, derechos o bienes, daños o perjuicios por actos que no les sean imputables, tendrán derecho a ser indemnizados de acuerdo con lo dispuesto en las leyes."*

[4] Memoria del año 2014. Punto 3.3.3.

Por lo que al final no queda claro si queda abierta o no la vía a la reclamación por lo que habrá que estar a los casos concretos, y a la imputación del daño en su caso, sin que baste esta sentencia como título de imputación.

Y también podríamos plantearnos qué ocurre cuando los daños se imputan a órdenes que adoptan medidas, dictadas por los titulares de las Consejerías competentes en sanidad en ejercicio de sus competencias al margen de los RD de declaración de estado de alarma.

De un lado, debe tenerse en cuenta que se trata de medidas adoptadas en virtud del principio de precaución según el art. 3.d de la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública (LGSP), y de conformidad con el artículo 26 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, excluyendo el artículo 54.3 de la primera, expresamente el resarcimiento de las personas que las sufran. Y de otro que difícilmente prosperarían reclamaciones en relación con medidas hayan sido ratificadas judicialmente y que no hayan sido anuladas hasta el momento en vía jurisdiccional.

5. Un apunte sobre la legitimación pasiva en casos de responsabilidad derivada de los Acuerdos de Adquisición Anticipada de vacunas suscritos entre la Comisión Europea en nombre de los Estados y las distintas farmacéuticas

El Reglamento (UE) 2020/521 del Consejo de 14 de abril de 2020, activó la asistencia urgente en virtud del Reglamento (UE) 2016/369, cuyas disposiciones se modifican considerando el brote de COVID- 19, que implicaba entre otras medidas que la Comisión pudiera contratar en nombre de los Estados miembros con base en un acuerdo previo entre la Comisión y los Estados. Así, el día 20 de julio de 2020 se suscribió el Acuerdo entre la Comisión Europea y los Estados miembros sobre vacunas contra la COVID 19, en el que entre otras cuestiones se indicaba que la Comisión actuaría como mandataria de los Estados y en su nombre concluirá Acuerdos de Adquisición anticipada (APA) con fabricantes de vacunas para la adquisición de estas. En dicho Acuerdo se regula exclusivamente el reparto de responsabilidad e indemnidades entre la Comisión y los Estados participantes y en los APA la de los fabricantes.

Con carácter general en dicha distribución de responsabilidad la Comisión asume las que deriven del proceso de contratación pública y de la conclusión de los APA, incluida la responsabilidad que se derive del desarrollo de las negociaciones.

Por su parte, los Estados miembros que adquieren la vacuna serán responsables de su distribución y uso en virtud de sus estrategias nacionales de vacunación y asumirán, por tanto, plenamente la responsabilidad que conlleve dicho uso y distribución, de ahí que se indique en el artículo 6 que los Estados deberán aceptar la exoneración que los APA puedan hacer en favor de los fabricantes de vacunas respecto a la responsabilidad derivada de dicha distribución y uso. Es decir, desde la entrega de las vacunas a los Estados miembros, estos serán los únicos responsables de los adecuados almacenamiento, manipulación, distribución, transporte, administración, uso y gestión de residuos del producto, y por tanto asumirán el riesgo inherente por su pérdida o daños. Y respecto a los fabricantes, habrá que estar a lo que específicamente se regule en los APE, que recoge la cláusula de limitación de responsabilidad antes citada.

En el ámbito interno ya de responsabilidad del Estado, debe tenerse en cuenta que en la distribución y uso han participado tanto la Administración General del Estado como las Comunidades Autónomas que son las que han asumido materialmente la administración de la vacuna, en cuyo caso, respecto a la legitimación pasiva, podríamos plantearnos si nos encontrásemos ante fórmulas conjuntas de actuación en los términos del artículo 33.1 de la LRJSP.

II. PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN

a) Plazo de Prescripción. Artículo 67.1 de la Ley 39/2015 PACAP.

Respecto al plazo de prescripción señala María Jesús Gallardo[5] "*la seguridad jurídica como fundamento de la prescripción de la acción para reclamar",* ligado lógicamente a la inactividad o ejercicio tardío de derechos, versus *"principio pro actione y favor victimae"*, que favorezca el derecho de los damnificados, a mayor abundamiento en el ámbito sanitario en el que resulta más complicada la determinación del dies a quo.

1. Regla eneral:

El artículo 67 LPAC señala que: "*Los interesados sólo podrán solicitar el inicio de un procedimiento de responsabilidad patrimonial, cuando no haya prescrito su derecho a reclamar. El derecho a reclamar prescribirá al año de producido el hecho o el acto que motive la indemnización o se manifieste su efecto lesivo. En caso de daños de carácter físico o psíquico a las personas, el plazo empezará a computarse desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas."*

Ese precepto consagra por tanto, el principio de la *«actio nata»* que implica que el inicio del cómputo se sitúa en el momento en que la acción puede ejercitarse. A estos efectos, resulta evidente el dies a quo en caso de reclamaciones por *fallecimiento por ejemplo derivado* la COVID-19 (la enfermedad) y la infección de su virus, (SARS-CoV-2), que serían los dos elementos fácticos a tener en cuenta, comenzará a partir de la muerte del contagiado.

2. Reglas especiales:

-Daños de carácter físico o psíquico a las personas. Señala el artículo 67 LPAC que el plazo empezará a computarse desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas.

Efectivamente, en el ámbito sanitario ocurre que la lesión no tiene una manifestación inmediata ni simultanea al hecho causante del daño. De ahí que se distingan los dos casos de curación o determinación del alcance de las secuelas, esto es, cuando se estabilizan los efectos lesivos y se conoce definitivamente el quebranto de la salud. (STS de 18 de Octubre de 2011).

Así se distingue, si la lesión tiene curación, el dies a quo se computará desde la misma. Si no la tiene, el dies a quo comenzará desde que se conozca el carácter irreversible de la lesión, aunque continúe el tratamiento. Así lo ha vuelto a declarar el TS en Sentencia 463/2019, de 04 de abril de 2019.

[5] Administración Sanitaria y Responsabilidad Patrimonial. María Jesús Gallardo castillo. 1ª Edición. Colex

Hay que diferenciar además entre tratamientos médicos curativos y paliativos a efectos de cómputo de prescripción. En el primer caso, se trata de tratamientos médicos encaminados a la curación o mejora de las secuelas originadas, de las que todavía no se conoce su alcance o extensión concreta. La STS de 7 de noviembre de 2011 sostiene que en dicho supuesto las intervenciones quirúrgicas de la menor no eran paliativas sino curativas, no conociéndose todavía el alcance de las secuelas que derivan del daño, por lo que no puede iniciarse el cómputo del plazo de prescripción. Sin embargo, los tratamientos paliativos van encaminados a obtener una mejor calidad de vida o a evitar ulteriores complicaciones en la salud del paciente, pero no enervan la realidad de que el daño ya se manifestó con todo su alcance, como por ejemplo los rehabilitadores. Estos tratamientos paliativos que son posteriores, no interrumpen el plazo del cómputo de prescripción, que se habrá iniciado con la determinación del alcance definitivo de las secuelas.

Llegados a este punto debemos analizar asimismo la diferencia entre el daño continuado y el daño permanente.

En los daños permanentes, el acto generador de los mismos se agota en un momento concreto aun cuando sea inalterable y permanente en el tiempo el resultado lesivo. Ejemplo de este tipo de daños sería la pérdida de un brazo. Según reiterada jurisprudencia, se trata de daños que pueden ser evaluados económicamente desde el momento de su producción, por lo que el día inicial del cómputo es el siguiente a aquel en el que el daño se produjo.

A este respecto, señala el Tribunal Supremo en Sentencia de 13 de marzo de 2012, que "*se deduce que efectivamente estamos ante un daño permanente y el actor conoció el alcance de las lesiones y secuelas desde el momento del alta médica correspondiente a esa lesión por haberse agotado todos los tratamientos rehabilitadores médicos establecidos para la recuperación*". Así, en este último caso se indicaba que la existencia de una posterior declaración de incapacidad permanente "*no va a incidir en la estabilización de las secuelas, sino que los efectos que tiene son otros, y es evidente que el actor a partir del alta médica conocía que la lesión estaba estabilizada sin posibilidad de mayor curación*".

Los daños continuados, por su parte, son aquellos que se producen día a día, de manera prolongada en el tiempo, donde es necesario dejar pasar un periodo de tiempo más o menos largo para poder evaluar económicamente las consecuencias del acto causante. Por eso en este tipo de daños, el plazo para reclamar no empezará a contarse sino desde el día en que cesan los efectos, o como dice el artículo 67.1 LPAC, desde la curación o determinación del alcance de las secuelas (SSTS de 18/12/2011, Rec 5097/2007; de 16/11/2010, Rec 1483/2009).

En relación con las posibles secuelas derivadas de la COVID 19 todavía no existen «certezas científicas sobre las consecuencias a medio y largo plazo para la salud de las personas que se han visto afectadas en mayor o menor medida por este virus» (ATC 40/2020, FJ 4b). Por lo que en caso de reclamaciones de responsabilidad patrimonial serán determinantes los dictámenes médico-periciales.

-Casos en que proceda reconocer derecho a indemnización por anulación en vía administrativa o contencioso-administrativa de un acto o disposición de carácter general, el derecho a reclamar prescribirá, según el artículo 67.1 párrafo segundo, al año de haberse notificado la resolución administrativa o la sentencia definitiva.

-Casos de normas declaradas inconstitucionales o contrarias al Derecho de la Unión Europea. *Desde la publicación en el «Boletín Oficial del Estado» o en el «Diario Oficial de la Unión Europea», según el caso, de la sentencia que declare la inconstitucionalidad de la norma o su carácter contrario al Derecho de la Unión Europea*.

En este sentido, habría que estar a la fecha de publicación del fallo en el BOE para reivindicar una compensación económica por entender el Tribunal Constitucional que las medidas adoptadas durante la vigencia del estado de alarma excedían de las previstas en el art. 11 de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio, para el estado de alarma.

b) Interrupción del plazo de prescripción.

El art. 67 LPAC, como hemos visto, regula el plazo de prescripción y su cómputo pero no las causas de interrupción de la prescripción.

Señala la STS 671/2018, FJ 4b que *"en el ámbito propio del Derecho administrativo, la interrupción de la prescripción está sujeta a sus propias reglas […] [ello a pesar de que] en la legislación administrativa no existe una previsión concreta sobre las causas interruptivas del plazo de prescripción"*. A estos efectos, pueden señalarse algunos presupuestos en virtud de lo ya analizado por la jurisprudencia:

Primero, para que cualquier acción tenga virtualidad interruptiva, resulta necesario que la reclamación *manifiestamente no aparezca como no idónea o improcedente encaminada a lograr el resarcimiento del daño o perjuicio frente a la Administración responsable*, «comporte una manifestación de la voluntad de hacer efectiva la responsabilidad patrimonial de la Administración por alguna de las vías posibles para ello» (STS 2247/2000, FJ 3).

Segundo, respecto a la interrupción del plazo de prescripción por el ejercicio de acciones civiles, hoy día queda ya plenamente descartado, a raíz de la reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial en el año 2003. Así se indica en la STS 857/2011, FJ 5: *"la invocación del Art. 1973 del Código Civil [relativo a las causas de prescripción de la acción] es superflua y carece de virtualidad"* O la STS de 4 de Diciembre de 2015 (rec. 1422/2014.)

Tercero, en cuanto al ejercicio de la acción penal, el artículo 37.2 LRJSP establece: "*La exigencia de responsabilidad penal del personal al servicio de las Administraciones Públicas no suspenderá los procedimientos de reconocimiento de responsabilidad patrimonial que se instruyan, salvo que la determinación de los hechos en el orden jurisdiccional penal sea necesaria para la fijación de la responsabilidad patrimonial*."

Por otra parte, resulta muy interesante la STS n.º 407/2020, de 14 de mayo, que admitía el recurso de casación indicando que la cuestión que presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, según ha sido acotada en el auto de admisión,

Así dice: *"Es doctrina constante de esta Sala al interpretar los arts. 142.5 y 146.2 de la Ley 30/1992, antes y después de su modificación por la Ley 4/1999 (sentencias de 26 de mayo de 1998, 21 de marzo de 2000, 23 de enero y 6 de febrero de 2001, 16 de mayo de 2002, 29 de enero de 2007, 10 de abril y 12 de junio de*

2008 y 3 de marzo de 2010, dictadas, respectivamente, en los recursos de casación números 7586/1995, 427/1996, 7725/1996, 5451/1996, 7591/2000, 2780/2003, 5579/2003, 7363/2004 y 268/2008), (i) que la iniciación de un proceso penal por unos hechos que pueden ser relevantes para determinar la responsabilidad patrimonial de la Administración interrumpe el plazo anual de prescripción para exigirla, y (ii) "que esa interrupción deja de operar, iniciándose de nuevo dicho plazo, una vez que la resolución que pone fin a aquel proceso se notifica a quienes, personados o no en él, tienen la condición de interesados por resultar afectados por ella" (STS de 7 de junio de 2011, rec. 895/2007, FJ 4).

Cuarto, finalmente habría de plantearse si la reclamación ante persona o Administración distinta interrumpe la prescripción respecto de la Administración "responsable".

La respuesta a la cuestión planteada ha de ser, en principio, necesariamente negativa: las actuaciones interruptivas han de dirigirse contra el sujeto responsable; en este sentido, el Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo), en Sentencia de 3 de mayo de 2000, señala: *"Parece evidente, sin embargo, que dicha eficacia interruptiva no puede ser apreciada cuando, como en el caso presente, la acción civil invocada no se dirigió contra la Administración, sino contra otro sujeto privado, y por tanto en modo alguno puede considerarse que implicara el ejercicio de una iniciativa encaminada a hacer efectiva la responsabilidad patrimonial de la Administración".*

Quinto, finalmente podría plantearse si cabe reconocer valor interruptivo respecto de la Administración autonómica a la solicitud de información dirigida por el reclamante.

En este sentido ha de señalarse que el Consejo de Estado en el Dictamen 242/1999, de 15 de abril, manifestó:

> *"Ningún reparo cabe oponer a que tal criterio pueda aplicarse a los casos en que las actuaciones que preceden a la reclamación indemnizatoria deducida en vía administrativa son actuaciones no de orden procesal, sino administrativas o de otro tipo, cuando no evidencian un abandono de su pretensión de reclamar, ni un aquietamiento del perjudicado. Cuando éste inicia una acción extrajudicial (como es, por ejemplo, la de reclamar directamente ante la empresa contratista de las obras) conectada directamente con lo que después constituirá su pretensión en la vía de reclamación de responsabilidad de la Administración, es posible considerar que en tales casos, con rigor, no podría hablarse de abandono real de su acción de reclamar por parte del perjudicado".*

Ahora bien, sería necesario que se advierta indicio alguno, aun con carácter previo o preliminar, de ejercitar la acción de responsabilidad patrimonial, sin que ésta pueda inferirse de la sucinta referencia al siniestro reflejada como causa legitimadora para solicitar la información.

III. VALORACIÓN DEL DAÑO

a) Principio de integridad e indemnidad.

Señala la STS de 21 de junio de 2011: *"El principio de reparación integral en el ámbito de la responsabilidad patrimonial de la administración comprende todos los daños alegados y probados sufridos por el perjudicado, tanto los de índole material económicamente valorable como los de índole inmaterial o moral".* Por tanto, la indemnización debe producir una reparación total del daño de manera que la víctima quede indemne, y su patrimonio inalterado.

b) Criterios de indemnización.

Se establece en el artículo 34.2 LRJ-PAC: *"La indemnización se calculará con arreglo a los criterios de valoración establecidos en la legislación fiscal, de expropiación forzosa, y demás normas aplicables, ponderándose, en su caso, las valoraciones predominantes en el mercado".*

A estos efectos debe traerse a colación asimismo la Ley 35/2015, de 22 de septiembre, de reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación, introduciendo mediante un Título IV, un nuevo sistema de valoración de los daños y perjuicios.

Su Disposición adicional tercera, establece que el sistema de valoración regulado en esta Ley servirá como referencia para una futura regulación del baremo indemnizatorio de los daños y perjuicios sobrevenidos con ocasión de la actividad sanitaria. Por tanto, vamos a hacer una breve referencia a la regulación de la indemnización según lo establecido en este marco normativo.

El artículo 33 LRCSCVM, establece los principios fundamentales del sistema de valoración, y viene a diferenciar entre reparación íntegra del daño y su reparación vertebrada.

La reparación íntegra, tiene por finalidad asegurar la total indemnidad de los daños y perjuicios padecidos, de modo que las indemnizaciones de este sistema tienen en cuenta cualesquiera circunstancias personales, familiares, sociales y económicas de la víctima, incluidas las que afectan a la pérdida de ingresos y a la pérdida o disminución de la capacidad de obtener ganancias. De modo que tiene en cuenta no sólo las consecuencias patrimoniales del daño corporal sino también las morales o extrapatrimoniales e implica en este caso compensar, mediante cuantías socialmente suficientes y razonables que respeten la dignidad de las víctimas, todo perjuicio relevante de acuerdo con su intensidad.

Se trata de una "Indemnización", cuya función sería otorgar a la víctima, al menos, una "compensación dineraria" no resarcimiento, por el sufrimiento que la privación de sus bienes personales le produce. Se trataría, en definitiva, de dar una "satisfacción" al denominado "pretium doloris". Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de marzo de 2011, recurso de casación 2302/09, (con cita de otras anteriores)

Y por su parte, el Consejo Consultivo de Andalucía establecía en Dictamen 459/2011 la necesidad de acudir al principio de prudente arbitrio o del buen juicio para la fijación de la indemnización económica del perjuicio moral.

De ahí que el artículo 34.2 LRJSP, remitiese en estos casos a *la valoración incluida en los baremos de la normativa vigente en materia de Seguros obligatorios y de la Seguridad Social.* No obstante, como hemos indicado en la LRCSCVM, establece, tras su modificación por la Ley 35/2015, un sistema de compensación mediante cuantías

socialmente suficientes y razonables que respeten la dignidad de las víctimas, mediante la fijación de un perjuicio personal básico y el particular, como posteriormente analizaremos.

Por su parte, el principio de vertebración requiere que se valoren por separado los daños patrimoniales y los no patrimoniales y, dentro de unos y otros, los diversos conceptos perjudiciales.

El artículo 34, regula los daños que dan lugar a indemnización diferenciando, la muerte, las secuelas y las lesiones temporales. A su vez para cada uno de estos supuestos se diferencia entre perjuicios personales básicos, perjuicios personales particulares y de los perjuicios patrimoniales, que a su vez distingue entre daño emergente y lucro cesante.

Además, en cada una de esas categorías en algunos casos se subdividen en otras tablas como, por ejemplo, indemnizaciones del cónyuge de la víctima por lucro cesante, de los hijos en el mismo caso, o indemnizaciones de ayuda de tercera persona.

Pues bien, vamos a distinguir los diferentes criterios indemnizatorios:

1. Perjuicios personales

Mediante este concepto se tratan de indemnizar, como hemos expuesto, la aflicción, el sufrimiento o daño moral que no se puede medir económicamente, tras el fallecimiento, una lesión temporal o a una secuela. Se distinguen el **perjuicio personal básico,** que es el común a todas las personas, en el que no se tienen en cuenta circunstancias específicas de cada víctima o perjudicado, de modo que una vez fijado el resarcimiento básico, éste se concreta mucho más por medio del reconocimiento de un perjuicio particular**,** en el que sí se tienen en cuenta las circunstancias específicas de la víctima o del perjudicado.

2. Perjuicios patrimoniales.

Uno de los aspectos más importantes de la reforma es, sin lugar a dudas, el tratamiento de los daños patrimoniales, como tercer eje del sistema totalmente separado de los daños extrapatrimoniales, de modo que además de la indemnización básica y por perjuicios particulares (perjuicios extrapatrimoniales), también se resarce el daño o perjuicio patrimonial.

Este tratamiento clarifica y regula con detalle las partidas resarcitorias en concepto de gastos y racionaliza el método de cálculo del lucro cesante. En esta categoría, debemos distinguir a su vez, el daño emergente y el lucro cesante.

Con carácter general el Daño emergente de conformidad con el artículo 1106 del Código Civil viene determinado por el valor de la pérdida que haya sufrido el perjudicado; es decir, el perjuicio sufrido en el patrimonio del perjudicado, los daños efectivos. En consecuencia, el daño emergente es una pérdida real y efectiva, y su evaluación objetiva.

A mayor abundamiento, determinada jurisprudencia exige que el daño emergente esté ya predeterminado, aunque pueda estar pendiente de materialización (STS, Sala de lo Civil, de 24 de abril de 1997).

Y respecto al Lucro cesante, se identifica con *"la ganancia que haya dejado de obtener"*, de modo que su prueba, según la Sentencia de 22 de enero de 1997 ha de ser rigurosa, sin que puedan admitirse aquellas que sean dudosas y contingentes.

Asimismo, se excluyen los meros «sueños de ganancias» (Sentencia de 15 de octubre de 1986 [RJ 1986, 5688]), y no cabe que «a través del concepto del lucro cesante y del daño emergente se produzca un enriquecimiento injusto [de quien reclama]» (Sentencia de 10 de febrero de 1998 [RJ 1998, 1786], Fundamento Sexto).

El Consejo Consultivo en el Dictamen 426/201 exige que se acrediten 3 extremos:

1) La realidad de las pérdidas
2) Que sean consecuencia directa o indirecta del funcionamiento normal y anormal de los servicios públicos
3) Y su exacta cuantificación.

No obstante, estos criterios generales de definición de daño emergente y lucro cesante vienen perfectamente acotados en el sistema de baremos que establece la Ley LRCSCVM. Así distingue las partidas que se incluyen en el concepto de daño emergente según los casos de fallecimiento, secuelas o lesiones temporales.

c) Cálculo.

El actual artículo 34.3 LRJSP dispone que la cuantía de la indemnización se calculará con referencia al día en que la lesión efectivamente se produjo, sin perjuicio de su actualización a la fecha en que se ponga fin al procedimiento de responsabilidad con arreglo al Índice de Garantía de la Competitividad, fijado por el Instituto Nacional de Estadística, y de los intereses que procedan por demora en el pago de la indemnización fijada, los cuales se exigirán con arreglo a lo establecido en la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, o, en su caso, a las normas presupuestarias de las Comunidades Autónomas.

En cuanto al momento temporal de referencia, la Ley alude al día en que la lesión efectivamente se produjo. Por su parte el artículo 40 de la LRCSCVM, señala que el momento de determinación de la cuantía de las partidas resarcitorias será la correspondiente a los importes del sistema de valoración vigente a la fecha del accidente, con la actualización correspondiente al año en que se determine el importe por acuerdo extrajudicial o por resolución judicial.

Respecto a la actualización, la referencia por la LRJSP al Índice de Garantía de la Competitividad, en lugar de al índice de precios al consumo obedece a la Ley 2/2015 de 30 de marzo de desindexación de la economía española, cuyo objeto es establecer un sistema por el que los valores monetarios no sean modificados en virtud de índices de precios o fórmulas que los contengan. Y otro matiz importante en la nueva redacción es la alusión al ámbito presupuestario de las Comunidades Autónomas. Y habrá que estar también a lo dispuesto en el artículo 49 de la LRCSCVM.

d) Compensación en especie.

El artículo 34.4 LRJSP prevé la posibilidad de que la indemnización sea sustituida por una compensación en especie. Y en cuanto a la posibilidad de pagos periódicos el artículo 41 de la Ley 35/2015 establece que en cualquier momento las partes pueden convenir o el juez acordar, a petición de cualquiera de ellas, la sustitución

total o parcial de la indemnización fijada de acuerdo con el sistema establecido en esta Ley por la constitución de una renta vitalicia

e) Compatibilidad de indemnizaciones.

A efectos de compatibilidad, se permite la percepción de la indemnización aún cuando concurra con seguros de vida por ejemplo suscritos por el perjudicado, pero no cuando se trate de, como señala algún sector de la doctrina, la prestación de una pensión extraordinaria, ya que ésta constituye una compensación predeterminada legalmente de los daños. Ahora bien, al igual que la regla general de subvenciones, la suma de lo percibido por puede superar la cuantía del daño.

RESUMEN:

La acción de responsabilidad patrimonial exige analizar de un lado, la legitimación activa y pasiva con especial referencia dentro de esta última, en el ámbito sanitario a los supuestos especiales de concurrencia de responsabilidad, la del Estado legislador durante la pandemia o la derivada de los Acuerdos de Adquisición Anticipada de vacunas. De otro, el dies a quo en el cómputo del plazo de prescripción, en el caso de lesiones y las causas de interrupción. Respecto a la valoración del Daño, resulta esencial traer a colación en el ámbito sanitario la Ley 35/2015, de 22 de septiembre, de reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación, que diferencia los daños indemnizables según traigan causa de la muerte, las secuelas y las lesiones temporales, distinguiendo además entre perjuicios personales básicos, perjuicios personales particulares y de los perjuicios patrimoniales.

Palabras clave: Acción de responsabilidad. Legitimación activa y pasiva. Plazo de prescripción. Lesiones. Secuelas. Interrupción. Valoración del daño. Perjuicios personales y patrimoniales.

ABSTRACT:

The *liability action* requires analyzing, on the one hand, the active and passive legitimation with special reference within the latter, in the health field to the special assumptions of concurrence of responsibility, that of the legislating State during the pandemic or that derived from vaccine Advance Purchase Agreements. On the other, the dies a quo in the calculation of the statute of limitations, in the case of injuries and the causes of interruption. Regarding the assessment of the Damage, it is essential to bring up in the health field Law 35/2015, of September 22, reforming the system for the assessment of damages caused to people in traffic accidents, which differentiates compensable damages according to the cause of death, sequelae and temporary injuries, also distinguishing between basic personal damages, particular personal damages and patrimonial damages.

Keywords: Liability action. Active and passive legitimation. Limitation period. injuries. Aftermath. Interruption. Damage assessment. Personal and property damages.

LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL, CON ESPECIAL REFERENCIA A LA ADMINISTRACIÓN SANITARIA. LA FIGURA JURÍDICA DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO: AUTONOMÍA DEL USUARIO-PACIENTE Y FIEL ALIADO DEL PROFESIONAL SANITARIO

MARÍA DOLORES CALVO SÁNCHEZ

Profesora Titular de Derecho Administrativo.
Universidad de Salamanca.

Sumario:

I PROEMIO.
II. ANTECEDENTES.
III. CONCEPTO Y VALIDEZ JURÍDICA DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO (C.I.)
IV. ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DEL C.I.
V. EXIGENCIAS DEL C.I.
VI. ACERCAMIENTO A SITUACIONES *AD HOC*: LA OBJECIÓN DE CONCIENCIA Y LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD.
VII. CONCLUSIONES &REFLEXIONES.

I. PROEMIO

El Corpus Hipocráticum rezaba, como esencia de su doctrina el siguiente aforismo: *"Haz todo esto con calma y orden, ocultando al enfermo durante tu actuación, la mayoría de las cosas*"[1], veintiséis siglos más tarde, podemos afirmar que lejos de considerarse un buen consejo, sin duda constituye una enorme inobservancia de la normativa vigente (la ocultación al paciente-usuario) y una actitud profesional poco ética y realista (*con calma*, es prácticamente inviable a día de hoy, por la enorme presión asistencial a la que está sometido todo profesional), parecería más apropiado actualmente el siguiente consejo: "*Da información adecuada y pide su consentimiento antes de actuar con seguridad, calidad y conforme a la lex Artis*".

Y es que la figura jurídica del Consentimiento informado (C.I.) nace, como derecho positivo en España, con la promulgación de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad y con muchísimas reticencias para su puesta en marcha por parte del personal sanitario, ya que era valorado como un carga burocrática más y una cesión

1 Hipócrates (c.460 aC-c.370 aC) al respecto véase LAÍN ENTRALGO, P. *La Medicina hipocrática*, Madrid, 1970, pp. 391-421. GARCÍA GUAL, C. *Tratados hipocráticos* I, Madrid, 1983, pp. 9-61.

manifiesta de la autoridad del sanitario sobre el paciente-usuario (enfermo), con un cambio de paradigma del paternalismo (que también funcionó durante siglos) por la autonomía del paciente, por cuanto, se ignoraban que consecuencias podría traer su puesta en marcha.

Hoy vemos, como la evolución del C.I. ha ido implantándose de tal manera en el sistema, que podemos evidenciar en mayo de 2021 como la autoridad sanitaria cede al usuario del Sistema Nacional de Salud (SNS) la potestad del autotriage para acceder a Atención Primaria de forma presencial o telefónica, o como recae sobre el usuario mediante C.I. escoger el fármaco de la segunda dosis de vacunación contra la Covid´19[2].

La figura jurídica del C.I., es tal, porque se cimienta constitucionalmente sobre Derechos fundamentales reconocidos como art.15 CE o 17CE, ó el Principio rector de la política que reza el art.43CE., que hace que se constituya, sin duda, en el nudo gordiano del Sistema sanitario, tanto público como privado, al ser requerido por el legislador en "todo acto" sanitario que se realice.

Avelino Corma[3], humanista contemporáneo científico por excelencia, afirma que "*en estos tiempos hay que insistir en lo obvio*", por ello acogemos y repasamos desde aquí, el C.I., que aunque parece por todos conocido, al ser causa frecuente de controversia jurídico-sanitaria, conviene siempre actualizar y repasar.

II. ANTECEDENTES

"*La historia hay que dejarla para el historiador, pero un abreve reseña nos enseña a comprender el momento*"[4], desde ese pensamiento abordamos los antecedentes de derecho comparado a través de tres sentencias emblemáticas, que constituyen sin duda los pilares de la teoría que conforma nuestro derecho interno: Caso SCHLOENDORFF(1914), Caso SALGO (EE.UU.-1957) y Caso CANTERBURY VS SPENCER (1972)[5], donde ya se indicaba que todos ser humano de edad adulta y juicio sano, tiene derecho a determinar lo que debe hacerse con su propio cuerpo y que un cirujano que realiza una intervención sin el consentimiento de su paciente, comete una agresión, por la que se le puede reclamar legalmente daños.

Recordemos que coetáneamente en 1972 en España, ya existía la obligatoriedad de solicitar la firma del paciente o familiar, para poder ser intervenido quirúrgicamente con riesgo notorio previsible, a tenor del art. 148.4 del Reglamento de Instituciones sanitarias de la Seguridad Social[6], y en 1978 igualmente ya se regulaba a través del R.D. 2082/1978, de 25 de agosto,[7] garantías de los usuarios, si bien fue anulado por sentencia del Tribunal Supremo[8], al no gozar del procedimiento reglado, aun así constituyen claros antecedentes de petición de consentimiento informado, que

2 Por todos: Portal de salud Sacyl. Opción de vacuna Astrazeneca, Pzifer, Janssen.
3 Discurso de investidura como Doctor Honoris Causa de la Universidad de Salamanca, 6 de julio de 2021. Edit. Universidad de Salamanca, 2021.
4 Tomás y Valiente, F (2001). *Manual de Historia del Derecho*, Introducción, pág. 9.
5 OMC (2017), La relación Médico Paciente, edit. Consejo General de Médicos, pág. 21
6 Orden por la que se aprueba el Reglamento General para el Régimen, Gobierno y Servicio de las Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social. Art. 148. 4. Autorizar, bien directamente o a través de sus familiares más allegados, las intervenciones quirúrgicas o actuaciones terapéuticas que impliquen riesgo notorio previsible, así como a ser advertidos de su estado de gravedad. (BOE nº 172, de 19 de julio de 1972)
7 Real Decreto 2082/1978, de 25 de agosto, por el que se aprueban normas provisionales de gobierno y administración de los Servicios hospitalarios y las garantías de los usuarios
8 TS de 5 de mayo de 1987, que declara la nulidad. Ref. BOE-A-1987-23782

junto a la promulgación de la Constitución de 1978 con su art. 43CE donde su "*todos*" que obliga a universalizar la sanidad y los derechos de los usuarios-pacientes del Sistema de salud, amén de la apertura de las Instituciones sanitarias (sobre todo en el ámbito hospitalario) a las familias y la sociedad a través del Plan de Humanización de hospitales de 1984[9] , hacen que se fijen las bases de reforma de la sanidad a través de nuestra emblemática Ley 14/86, de 25 de abril, General de Sanidad, constituyendo esta ley medular del derecho positivo sanitario, un antes de y un después de la sanidad[10], al cambiar el modelo de sistema de salud, de Seguridad social (modelo Bismark) con cobertura para los trabajadores y sus familiares a Nacional de salud (modelo Baveridge)[11] con cobertura universal para la ciudadanía, un "todo para todos". Esta ley igualmente formula a través de su art. 10, los derechos de todos en el ámbito de la salud y concretamente en sus párrafos 5 y 6, establece la figura del C.I. de forma tan generosa que es causa principal, sin duda, de la judicialización de la sanidad y de un número elevadísimo de sentencias condenatorias con un fuerte impacto profesional y presupuestario sobre el sistema de salud[12]. A tal efecto se crearon unidades administrativas dependientes de la Subdirección General de Inspección (Insalud antes, ahora autoridad sanitaria Autonómica) actuando como peritos de los litigios, en auxilio de los cuerpos de letrados a través de sus informes-dictámenes médicos, que incluye la valoración del daño corporal y se incorporan a las causas de responsabilidad patrimonial[13], a tenor de la competencia y misión de esta Inspección sanitaria de tutelar los derechos de los ciudadanos en relación a la asistencia sanitaria, tanto pública como privada, y velar por la calidad de la misma.

Figura jurídica, el C.I. como venimos afirmando, con base constitucional en los art. 15CE y 17.1CE y 43CE, fue actualizada por 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, derogando los párrafos 5 y 6 de la Ley General de Sanidad y construyéndose sobre un grupo de expertos a quienes se encargó la elaboración de unas directrices para el desarrollo futuro de este tema, este grupo suscribió un dictamen el 26 de noviembre de 1997, que ha sido tenido en cuenta en la elaboración de los principios fundamentales de esta Ley[14]. Igualmente debemos apuntar que la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que nos vincula (Carta 2000/CE 364/01) en su art. 3[15], también recoge este derecho para la ciudadanía. Ley

---

9https://ingesa.sanidad.gob.es/ca/bibliotecaPublicaciones/publicaciones/internet/docs/Plan_Humanizacion_AsistHospit.pdf

10 CALVO SÁNCHEZ, M.D., RIVERO ORTEGA, R. (2008) , Sanidad en Derecho Público de Castilla y León (pp.897 y ss)

11 DALLI, M. (2019) *Acceso a la asistencia sanitaria y derecho a la salud: sistema nacional de salud español*, Tirant lo Blanch

12 Número de Sentencias C.I (5/12/2021).: Orden Advo(3420- desestimatorias 1727); Orden Civil (2637- desestimatorias 834); Orden Penal (230-esestimatorias 56); Orden Social (141- desestimatorias 46);Orden Constitucional (l7- desestimatorias 4) https://www.iberley.es/jurisprudencia/?voces%5B0%5D=Consentimiento+informado&orden%5B0%5D=Administrativo

13 Por todos Consejería de salud y familias de C.A. Andalucía: Unidad de Responsabilidad Patrimonial dependiente de la Subdirección de inspección de servicios sanitarios- médicos inspectores- https://www.juntadeandalucia.es/organismos/saludyfamilias/areas/sistema-sanitario/derechos-garantias/paginas/inspeccion-servicios-sanitarios.html

14 Exposición de motivos de la Ley 41/2002 de 14 de noviembre.

15 Art. 3: Integridad de la persona. https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-2019-eu-charter-in-spain_es.pdf

41/2002 de 14 de noviembre, que va a verse desarrollada por la normativa de las 17 Comunidad Autónomas (más Ceuta y Melilla[16]), con base a su competencia trasferida, en un acercamiento a su idiosincrasia territorial[17].

Convenimos con Blanco Jiménez, que "Sin información no hay libre voluntad y sin la expresión consciente de la voluntad del paciente el acto médico puede llegar a convertirse en antijurídico, por eso el consentimiento informado , con independencia de la buena o mala praxis médica, es un presupuesto y elemento esencial de la misma y por tanto forma parte de la actuación esencial del profesional de la medicina, insertándose dentro de la obligación de medios asumido por el médico, hasta el punto de que, tal y como se concibe hoy día por los tribunales, es independiente de la buena o mala praxis médica"[18].

El legislador sanitario pretende con la regulación del C.I. garantizar la autonomía del usuario paciente en el ámbito sanitario, a través de la manifestación de su voluntad y de la asunción de riesgos típicos (llamados dentro de los sucesos adversos de la teoría de seguridad del paciente: complicaciones), desde un saber y decidir que contribuya a avalar la seguridad y calidad del sistema y la actuación profesional conforme a la *lex Arti*s, siendo este C.I. garante igualmente del profesional al tutelar las limitaciones científicas que tiene la practica sanitaria (medicina de medios)[19] .

III. CONCEPTO Y VALIDEZ JURÍDICA DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO

La ley reguladora de la autonomía del paciente del 2002, establece en su art. 3, que debemos entender por C.I.: "*La conformidad libre, voluntaria y consciente de un paciente, manifestada en el pleno uso de sus facultades después de recibir la información adecuada, para que tenga lugar una actuación que afecta a la salud"*, parece a priori, que el legislador destaca cuatro cuestiones esenciales a tener en cuenta: autonomía del paciente; capacidad del usuario-paciente; información adecuada *ex ante* al consentimiento*;* consentimiento válido *ex post* a la información y *ex ante* a la práctica del acto sanitario.

Analizando la validez jurídica sobre la literalidad del precepto: "*La conformidad libre, voluntaria y consciente de un paciente, manifestada en el pleno uso de sus facultades",* es decir, del consentimiento que el paciente otorga para que le realice el profesional de la salud en "*todo acto sanitario*"[20], deberá hacerse a tenor de la doctrina que marca nuestro Ordenamiento Jurídico, mediante: Conformidad expresa (oral/escrita); Mayoría de edad de 16 años (mayor maduro en el SNS)...18 años con reserva de ley (Eutanasia, I.V.E., Reproducción Asistida, Donación-Trasplantes, Ensayos Clínicos, Cirugía Estética...) ... 12 años (debe ser oído)… 14 años…(materia de protección de datos de carácter personal y su digitalización);Sin coacciones

16 Ceuta y Melilla se hallan gestionadas sanitariamente por el INGESA dependiente del Ministerio de Sanidad.

17 Por todas. C.A. de Andalucía: Ley 2/1998, de 15 de junio, Salud de Andalucía; Orden de 8 de julio de 2009, PROCEDIMIENTO C.I. ;Resolución de 16 de enero de 2018: Comité de evaluación y seguimiento

18 Blanco Jiménez, M.(2014) , Limites de consentimiento informado, revisado (20/12/2021) https://www.aeds.org/congreso/XXIcongreso/docs/MercedesBlanco.pdf, p.5

19 Manuel Lee, G. (2004), El Consentimiento válidamente informado en la práctica médica, *Rev. CONAMED, vol. 9.*

20 " Art. 8.1, Ley 41/2002, 14 de nov..

(compeler la negativa);Cuando la práctica conlleva pronostico de gravedad o tiene especial relevancia, deberá informar a los padres a criterio del facultativo Médico, aunque el paciente sea capaz[21]; Plena capacidad física y psíquica, determinada por un facultativo Médico; Sin mediar precio o recompensa; No viciado (obtener el consentimiento sin error, dolo, violencia o intimidación).

Respecto a la validez jurídica de la información preceptiva *"…después de recibir la información adecuada, para que tenga lugar una actuación que afecta a la salud"* (art. 3 *in fine*), requiere que la información se dé con forma veraz, completa, continuada y comprensible para el paciente-usuario. Pero debemos preguntarnos y responder ¿Quién es el titular del derecho a la información asistencial?, tanto oral como escrita, sin lugar a duda, el paciente capaz o los familiares–allegados y en la medida que nos lo permita el paciente y a quien él determine, que en términos generales será quien tenga 16 años (18 años por reserva de ley) y quien figure documentalmente como representante. Cuando medie incapacidad psíquica, física (dictada por un médico) o legal (dictada por un juez), se deberá informar al familiar-allegado o al representante legal. El paciente puede acogerse al derecho "de no conocer" lo que la doctrina venimos llamando derecho "a la ignorancia", debiendo estar informado el representante legal o en quien delegue el paciente, de todo ello, es necesario se constate en historia clínica que se le ha dado la información al titular en tiempo, forma y contenido (no olvidemos que la historia clínica es la herramienta probatoria por excelencia en el ámbito judicial)[22].

Llegados a este punto debemos preguntarnos e igualmente responder, ¿a quién de las personas habrá que darle la información ante incapacidad del titular?, la prelación de orden será, recordemos:

1º. Si existe documento de Instrucciones previas, Testamento vital o de Voluntades anticipadas, al gozar éste de ser documento formal, registrado legalmente a través de las Gerencias de Áreas de salud, Notarios, en el Registro Oficial de cada Comunidad Autónoma y en el Registro Oficial Nacional (Ministerio de Sanidad), al que ahí se determine.

2º. A la persona designada por el paciente voluntariamente (constatada en Hª Clª)

3º. Cónyuge o pareja de hecho, que conviva con el paciente

4º. Descendientes por orden de consanguinidad y edad

5º. Ascendientes y familiares por grado de consanguinidad

6º. Quien determine la autoridad sanitaria o judicial en su caso.

Resulta esencial para la validez del C.I. saber ¿Quien debe dar la información?: A priori y preferentemente quien realice la actuación sanitaria... Profesional de la salud (*Pcio. de Jerarquía*); Cabe protocolizar actuaciones (consensuadas y validadas por

21 Art. 9 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre

22 Sentencia civil Nº 1038/2021, Audiencia Provincial de Navarra, Sección 3, Rec 705/2019 de 28 de Julio de 2021, "…alega que el encargo realizado por la demandante fue la reclamación por negligencia médica, por mala praxis en la intervención, teniendo el demandado conocimiento de la falta de consentimiento informado por primera vez en el momento de recibir la demanda, siendo carga de la demandante acreditar el contenido del encargo, pero" no trae ninguna prueba al respecto"' no aporta su historia clínica completa..."

órgano sanitario competente) y adjudicar la información... sobre algún miembro del equipo asistencial que goce de actitud y aptitud informativa (*Pcio. Confianza*); Quien determine el legislador (v.gr.: Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la Eutanasia... Medico responsable/consultor -*Pcio. Legalidad*); En ningún caso será... quien no goce de la cualidad de profesional de la salud (Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de Ordenación profesional), o sea ajeno a la práctica sanitaria, (*Pcio. Competencia*); Cuando se realice por otro profesional distinto a quien vaya a realizar la práctica, se deberá informar de la identificación y capacitación de quien informa y de quien va a realizar el acto sanitario (*Pcio. Trasparencia*)[23].

IV. ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DEL C.I.

Cuando el sumatorio de los elementos que constituyen el Consentimiento informado se observen, estaremos ante una conducta de buena praxis, pudiendo afirmar que el parámetro de normalidad viene dictado por la Lex Artis *ad hoc*[24] para el caso concreto, dichos elementos se basan en la observancia[25] de las actuaciones sanitarias conforme a: 1) la Bioética (seguir los Pcios. de autonomía, no maleficencia, justicia y beneficencia), 2) la Ciencia sanitaria (correcta práctica profesional, petición de consentimiento previamente informado, registro en historia clínica) y 3) la Ciencia jurídica (información y consentimiento válido, casuística y excepciones, acorde a la ley, jurisprudencia y a la doctrina)[26].

Los criterios médicos asistenciales que se deben seguir, atenderán a:

-La descripción veraz de la técnica-actuación sanitaria (qué, quien, donde, cuando y cuanto tiempo aproximado);

-Beneficios y necesidad. Recuperación posible;

-Descripción detallada de Riesgos típicos (posibles complicaciones);

-Posibles alternativas; Medicación y efectos;

-Investigación y Docencia (autorización preceptiva).

La petición del consentimiento deberá ser: Oral (tácito-implícito) de "*toda actuación*"; Escrito (expreso) "*actuación con riesgo probable"* (deberá constar firma de las partes, fecha, lugar); Comprobar la correcta comprensión del paciente-usuario; Preferentemente 48h. antes (plazo aconsejado y susceptible de cambio por la situación

23 Sobre principios administrativos: CALVO SÁNCHEZ, M.D. Responsabilidad de la Administración Sanitaria por la actuación de los profesionales de la salud, en Estudios sobre la responsabilidad sanitaria. Análisis interdisciplinario, Coord. Llamas Pombo, E.., 2014, pp.358-365

24 "*Se entiende por lex Artis ad Hoc como aquel criterio valorativo de la corrección del concreto acto médico ejecutado por el profesional de la medicina que tienen en cuenta las especiales características de su autor, de la profesión, de la complejidad y trascendencia vital del paciente y, en su caso, de la influencia en otros factores endógenos para calificar dicho acto de conforme o no con la técnica normal requerida*" STS de 11 de marzo de 1991

25 "… por lo que para que surja la responsabilidad patrimonial en el referido ámbito es preciso que el reclamante acredite que ha habido infracción de la lex Artis ad hoc en la atención dada, pues en otro caso se entiende que el daño ni es antijurídico, ni imputable a la Administración"(Sentencia administrativo Nº 253/2021, Tribunal Superior de Justicia de Aragón, Sala de lo Contencioso, Sección 3, Rec 389/2019 de 12 de Julio de 2021)

26 Por todos: GALLARDO CASTILLO, M.J. (2021), "Admón. sanitaria y Responsabilidad Patrimonial", Edit. Colex.; SANZ MULAS, N., CALVO SÁNCHEZ, M.D. et col. (2012), "Relevancia jurídica del Consentimiento informado en la práctica sanitaria: responsabilidades civiles y penales". Edit. Comares.

y técnica/actuación).; Ratificar el consentimiento (cabe la revocación plena, sin penalización alguna); Constancia fehaciente (Historia Clínica, preferentemente única).

Recordemos que, al paciente le asiste el derecho a no conocer, lo que venimos llamando *derecho a la ignorancia*, en cuyo caso la información y petición de consentimiento recaerá sobre su representante, bien determinado por el paciente-usuario del sistema de salud, bien por el representante legalmente dispuesto. Igualmente hemos de recordar, que le asiste al paciente el *derecho a rechazar la técnica* (a decir no), actuación o tratamiento, en cuyo caso, si mediara riesgo vital o irreparable, la negación se deberá notificar a la autoridad judicial (juez de guardia), para que disponga conforme a derecho lo que el profesional sanitario debería hacer.

Pero el C.I. como todo derecho-obligación democrático, posee límites marcados por la excepcionalidad de encontrarse en situación *ad hoc* tasadas por el legislador, admitiéndose la posibilidad de no tener que solicitar el consentimiento informado antes de la actuación, ello exige, el deber de estar debidamente motivado en la historia clínica. Estas situaciones pueden ser:

- Ante *normativa con rango de ley*, que determine que no es necesario que preste el paciente su voluntariedad o requiere que expresamente determine su oposición. Valga como ejemplo el art. 5.2 de la Ley 30/1978, de 27 de octubre, de extracción y trasplante de órganos humanos[27].
- Cuando *medie urgencia vital*, situaciones que la Jurisprudencia dicta que debe de gozar de que la situación sea "cierta, grave e inmediata"[28], si bien la consideración de urgencia vital la ostenta con carácter general los profesionales sanitarios y concretamente el facultativo médico. Aun así, debe quedar claro que siempre que el paciente este consciente y pueda entender, se le deberá informar de su situación en la medida que se pueda, pues si no estaríamos inobservando el espíritu de la norma, que no es otro, en términos coloquiales, que el paciente sepa y si puede decida. Los servicios de urgencias no tienen pues, patente de corso respecto a la petición de C.I..
- Si al paciente por su especial característica de salubridad[29], le *perjudicará la información sobre su salud*, aplicando el principio de la bioética *primun non nocere*, parece aconsejable se derive la obligación sobre el representante legítimo.
- Cuando esté amenazada ciertamente *la salud de terceros* (de buena fe), la información deberá extenderse más allá de su titular. Valgan como ejemplo las patologías infeccionas transmisibles como las enfermedades de trasmisión sexual[30].

27 "Todos somos potencialmente donantes", Art.5.2: La extracción de órganos u otras piezas anatómicas de fallecidos podrá realizarse con fines terapéuticos o científicos, en el caso de que éstos no hubieran dejado constancia expresa de su oposición.
28 A tenor del pronunciamiento del Tribunal Constitucional en FJ 5 y 7 de la STC 37/2011, de 26 de marzo.
29 Valga como ejemplo, ante pacientes diagnosticados como hipocondriacos (viven aterrorizado ante la enfermedad y su gravedad)
30 V.I.H., Pandemias, Epidemias…

- Ante la amenaza de la *salud pública* es otra circunstancia que puede ser excepcional en la figura del consentimiento informado, siempre ente casos extraordinarios y preferentemente al amparo de la autoridad sanitaria y judicial.[31]
- La *necesidad terapéutica*, en la misma línea de la preservación de la salud del paciente ya mencionado, esta excepcionalidad la ostenta solo el facultativo médico (criterio médico) y deberá ser motivada en la historia, apelando a sus conocimientos expertos en la materia.

Debemos dejar claro, que la información siempre hay que darla en la mayor medida que sea viable, preferentemente al paciente y si ello no fuera posible, se deberá informar a la persona que lo represente. El consentimiento igualmente deberá solicitarse siempre que la excepcionalidad de la situación no lo impida y deberá quedar fielmente reflejada toda circunstancia, en la historia clínica del paciente.

V. EXIGENCIAS DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO

Parece claro, que el legislador sanitario considera que el consentimiento informado en el ámbito de la salud debe tener carácter universal, cuando establece que deberá solicitarse en "*todo acto sanitario*"[32]. La relevancia considerada en el sistema de esta figura, es clave para su entendimiento tanto jurídico como sanitario, por ello resulta esencial que abordemos su tratamiento desde sus exigencias.

Doctrinalmente, se viene considerando dos tipos de consentimiento respecto a la práctica asistencial que se le vaya a realizar al usuario paciente, por el profesional de la salud:

1. Ante la práctica sanitaria curativa ó asistencial común:

Todo profesional de la salud tiene obligación de procurar los efectos que se deriven del empleo de todos los medios (científicos, técnicos) al alcance, en la práctica sanitaria que realice, garantizando con su normo praxis, un ejercicio de calidad y seguridad conforme dicta la *lex artis*. Siendo cierto que, la actividad médico-quirúrgica llevada a cabo por los profesionales de la salud, no se hallará nunca amparada, si del resultado de su acción u omisión asistencial aboca en resultados llamados desviaciones (riesgos atípicos) de clara vocación injustificada, negligente o de mala praxis.

La naturaleza de la relación contractual de arrendamiento de servicios[33], que parte de la doctrina viene defendiendo, argumentando la Jurisprudencia del Tribunal Supremo[34] que enlaza el "consentimiento informado" con el derecho a la *dignidad* de la

31 A este respecto estamos pendientes de pronunciamientos del Tribunal Constitucional ante las demandas sobre el estado de alarma y la pandemia Covid´19.

32 Art. 8.1, Ley 41/2002, de 14 de noviembre.

33 "La sentencia confirmó la existencia de esta prescripción para los doctores, pero la desestimó para el hospital demandado ya que existía un documento de dicho centro en el que se admitía que existía entre las partes un contrato de arrendamientos de servicios."resultado, https://www.unitecoprofesional.es/blog/la-falta-de-consentimiento-informado-siempre-provoca-demandas/(18/12/2021)

Opus cit. BLANCO JIMÉNEZ, Mercedes, Limites de consentimiento informado

34STS de 21 de enero de 2009, Recurso 1746/2003. FD5º "(…)la vulneración del deber de obtener el consentimiento informado constituye una infracción de la Lex Artis ad hoc, o lo que es lo mismo un supuesto y un elemento esencial de la Lex Artis para llevar a cabo la actividad medica(…)se contempla como derecho

persona, lo que lo convierte en un derecho fundamental, siendo esta perspectiva, su naturaleza jurídica más a allá de la meramente contractual, de concurso de voluntades, sin embargo a juicio de otros[35] y que nosotros compartimos, es de dudosa legalidad dicha postura.

2. Ante la práctica sanitaria satisfactoria-voluntaria:

Todo profesional de la salud, no solo tiene obligación de procurar los efectos que se deriven del empleo de todos los medios (científicos, técnicos) a su alcance, cuando la praxis sanitaria se catalogue como satisfactoria-voluntaria, sino que estará sometido a la obligación de efectos de resultados posibles, por lo que la requerida información completa y veraz, deberá también ser exhaustiva (pronostico, alternativas, resultados y complicaciones factibles), al constituirse además como la garante de que las consecuencias asistenciales sean gratas.

Estas prácticas sanitarias, se hallan encuadradas dentro de la actividad sanitaria de especialidades sobre Estética corporal (no funcional), Esterilización de potenciales progenitores, Odontología (restauradora-estética), Reproducción asistida, Ensayos clínicos y practicas investigadoras.

La ausencia de petición de consentimiento previamente informado, desplaza la carga de la prueba de la causalidad entre acto y daño a efectos de responsabilidad patrimonial, podríamos considerarla como un acto administrativo arbitrario, conforme dicta la Jurisprudencia, así como un deficiente consentimiento informado sino genera daño, no sería a priori, indemnizable[36].

VI. ACERCAMIENTO A SITUACIONES *AD HOC*: OBJECIÓN DE CONCIENCIA Y PERSONAS CON DISCAPACIDAD.

La petición del Consentimiento Informado, puede verse afectado por la clausula de *Objeción de conciencia* (actuar en conciencia), figura del Ordenamiento Jurídico español, que refuerza la libertad de conciencia, dirimiendo de forma implícita el posible conflicto entre esta libertad y el derecho positivo contrario. Amparada constitucionalmente en la libertad religiosa, ideológica y de conciencia (Art. 16.1 CE y Art. 2, L.O. 7/1980, 5 julio, donde se consagra la objeción con inmunidad de derechos); en el art.10. de la Carta de Derechos fundamentales UE, admisible cuando resultan afectados valores socialmente controvertidos y existe posible afectación inmediata a terceros[37].

Son elementos esenciales sin duda: 1) que la norma imperativa afecte a las creencias personales del profesional, 2) existencia de un dictado de "conciencia individual contrario y verificable", fácilmente demostrable por los sanitarios[38] 3) ausencia de alternativa regulada en el ordenamiento jurídico., 4) manifestación personal del conflicto (en Registro de régimen interno).

básico a la dignidad a la persona y autonomía de su voluntad(…)

35 Opus cit. GALLARDO CASTILLO, M.J. (2021), Administración Sanitaria y Responsabilidad Patrimonial

36 STSJ Asturias de 27 de enero de 2020.

37Véase, Informes Comité Bioética de España sobre Eutanasia activa (Informe CNB, 6/10/20)

38 V. gr. Contenido de Juramento de Hipócrates y de F. Nigthingale. Amén de los Códigos deontológicos de cada profesión.

Por todos es sabido, que existen distintas clases de Objeción, que básicamente podemos agrupar: a) *Objeciones Civiles* (juramento/promesa, servicio militar, aunque hoy día ya no es obligatorio (art.30.2CE), miembro de mesas electorales...), b) *Objeciones Laborales*[39] (trabajar en festivo...) y dentro de estas: Objeciones *del ámbito de la Salud*, (eutanasia, interrupción voluntaria del embarazo (IVE), vacunación, reproducción asistida, hemoterapia, donación y trasplante de órganos...).

A su vez podemos clasificarla por su acción en: Negativa (carácter general) ó Positiva (p.ej. la atención a migrantes irregulares por los profesionales de la salud desobedeciendo el mandato del RDL 16/2012, de 20 de abril[40]).

La Jurisprudencia reconoce la objeción de conciencia como derecho individual, pero con una línea indeterminada[41], por ende, no cabe la declaración de objetor a un Centro o establecimiento asistencial, al no reconocer este derecho quien ostente personalidad jurídica[42].

Importante controversia se suscita referente a la obligatoriedad de que el objetor profesional tenga la obligación de registrarse de forma oficial y pública en registros de ámbito nacional y autonómico[43], si bien el ejecutivo justifica la necesidad de la existencia de registros de orden interno, preservando la protección de datos de carácter personal, para llevar una eficiente gestión de recursos y garantizar prestaciones.

Los sujetos afectados por esta figura son: las Administraciones, la ciudadanía y los profesionales, con importante incertidumbre jurídica para estos últimos[44], porqué debe mediar aceptación de la excepcionalidad del derecho a la Objeción, por un deber jurídico previo y su negativa a cumplirlo, en aras de protección de derechos (libertad de conciencia, integridad personal, igualdad y no discriminación, intimidad, protección de datos, secreto de la información), si bien debe existir obligación de informar al paciente-usuario de su condición de objetor y de las alternativas-opciones disponibles, debiendo remitir a la Administración sanitaria (unidad administrativa competente) para su reasignación a otro profesional y declarar la expresa condición de objetor.

Quien objeta arrastra la carga de la prueba por la excepcionalidad del incumplimiento del deber; Deberá mostrar la existencia del conflicto, actuando con lealtad institucional, profesional y con el paciente-usuario, sin obviar el principio de confianza legítima[45].

---

39 LADERA NAVIDAD, O. (2017), El tiempo de trabajo y las festividades de los trabajadores profesantes de religiones minoritarias. *rev. noticias jurídicas.*

40 REAL DECRETO-LEY 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del sistema nacional de salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones.

41 Véase: pleno. Sentencia 145/2015, de 25 de junio de 2015. Recurso de amparo 412-2012. Promovido por don joaquín herrera dávila en relación con las sanciones impuestas a la oficina de farmacia que regenta, por la junta de andalucía y confirmadas por un juzgado de lo contencioso-administrativo de sevilla. Vulneración del derecho a la objeción de conciencia, vinculado al derecho a la libertad ideológica: sanción impuesta al carecer la oficina de farmacia de existencias de preservativos y del medicamento con el principio activo levonorgestrel. Votos particulares.

42 En este sentido se pronuncia: ATC 57811984

43 STC 151/2014, La sala del constitucional se declara fuera de competencia y no entra a conocer.

44CEBRÍA GARCÍA, M.D. (2011), "objeción de conciencia del personal sanitario y reformas legislativas en España", *Rev. General de derecho canónico*, no. 27, issn-e 1696-9669

45"*Principio derivado del principio de seguridad jurídica según el cual la Administración pública no puede*

A nuestro juicio, la objeción de conciencia, es un derecho individual de libertad, pero no debería ser considerado como derecho absoluto, en democracia todos los derechos tienen límites (ya lo hemos apuntado anteriormente) y en este caso parece que, favorecería la eficiencia gestora sanitaria del sistema público de salud y beneficiaria al paciente-usuario, que pudieran declararse los profesionales objetores de conciencia sobre actos-actuaciones o supuestos concretos y no solo sobre la totalidad del procedimiento o tratamiento, del que inevitablemente forma parte esencial la petición del profesional sanitario del consentimiento previamente informado y la conformidad del paciente-usuario del sistema nacional de salud.

Respecto al C.I. y las personas con Personas con Discapacidad, apuntar el derecho positivo realizado por la reforma[46] sobre la legislación civil y procesal, para el apoyo a las personas que poseen discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, en vigor desde el 3 de septiembre de 2021, donde establece el legislador, siguiendo las indicaciones de la Convención internacional de Nueva York de 2006[47] y concretamente su art. 12, que *"todas las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con los demás en todos los aspectos de la vida*", por ende en el ámbito de la salud. Es por ello, que la capacidad para recibir información, siguiendo la doctrina de lo hasta aquí apuntado, seguirá el mismo tenor y circunstancias como para cualquier usuario-paciente, recayendo sobre el personal facultativo sanitario, la medida de información adecuada que deberá recibir cada persona con discapacidad, con base siempre a su situación físico-psíquica y su estado de salud *ad hoc*, preservando el derecho que legítimamente les asiste.

Comportamiento igual de diligente, será el exigido para la petición-prestación del consentimiento, aconsejando la actuación con normalidad dependiendo de la persona y circunstancia. En todo caso al ser personas de especial vulnerabilidad, se deberá tener bien presente, garantizar su derecho a la igualdad efectiva, a la libertad y a la preservación de la dignidad.

VII. CONCLUSIONES & REFLEXIONES

El consentimiento informado constituye en la administración sanitaria española, una figura jurídica de carácter universal sobre todas las actuaciones sanitarias a realizar en el ámbito asistencial. Fiel aliado del profesional ante una sanidad de medios, y de gran autonomía deliberativa para el usuario-paciente, respecto a los actos asistenciales que le proponga el facultativo sanitario, siempre previa información completa a él o su representante.

Si no se solicita el consentimiento previo a la práctica sanitaria, una vez clara y suficientemente informado al paciente, no estaremos ante una conducta de buena praxis del profesional sanitario, pudiendo afirmar que forma parte del parámetro de normalidad dictado por la *lex artis ad hoc.*

---

defraudar las expectativas que han creado sus normas y decisiones sustituyéndolas inesperadamente por otras de signo distinto". Definición del Principio de confianza legítima - Diccionario panhispánico del español jurídico - RAE, 2021

46 Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica (BOE 3 de junio)

47 El propósito de la Convención es promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, así como promover el respeto de su dignidad inherente. (preámbulo de la Ley 8/2021, de 2 de junio)

Debemos dejar claro, que la información siempre hay que darla, en la mayor medida que sea viable, preferentemente al paciente capaz y si ello no fuera posible, se deberá informar a la persona que lo represente. Ante la inobservancia, deberá responder el profesional-administración.

La Objeción de conciencia, es un derecho individual de libertad, pero no debería ser considerado como derecho absoluto, en democracia todos los derechos tienen límites, abogamos porque pudieran declararse los profesionales objetores de conciencia sobre actos-actuaciones o supuestos concretos y no solo sobre la totalidad del procedimiento o tratamiento, del que el consentimiento informado es parte esencial.

Quien objeta en conciencia, arrastra la carga de la prueba por la excepcionalidad del incumplimiento del deber. Deberá mostrar la existencia del conflicto, actuando con lealtad institucional, profesional y con el paciente-usuario, sin obviar el principio de confianza legítima.

Toda persona con discapacidad, tiene capacidad jurídica en igualdad, recayendo sobre el personal facultativo sanitario, la medida de información adecuada que deberá recibir cada persona, con base siempre a su situación físico-psíquica y su estado de salud *ad hoc*. Comportamiento igual de diligente, será el exigido para la petición-prestación del consentimiento a todo acto sanitario.

Espacio de dignidad y libertad, fiel aliado de la practica asistencial, para el paciente-usuario del sistema sanitario, al ser garante de calidad, seguridad y autonomía, como tutor de los profesionales sanitarios ante la práctica, el paciente y el sistema judicial y para la administración sanitaria, como criterio de normo praxis, calidad y seguridad prestacional ante el profesional, paciente-usuario y sistema judicial.

BIBLIOGRAFÍA

-BLANCO JIMENEZ, M. (2014), Limites de consentimiento informado, revisado (20/12/2021) https://www.aeds.org/congreso/XXIcongreso/docs/MercedesBlanco.pdf,

-CALVO SÁNCHEZ, M.D., Protocolo de formalización del Consentimiento Informado, en SANZ MULAS, N et col. (2012), “Relevancia jurídica del Consentimiento informado en la práctica sanitaria: responsabilidades civiles y penales”. Edit. Comares, pp. 65-102

-CALVO SÁNCHEZ, M.D., RIVERO ORTEGA, R. (2008), Sanidad en Derecho Público de Castilla y León, Edit. JCYL, pp.897 y ss.

-CALVO SÁNCHEZ, M.D. (2014) Responsabilidad de la Administración Sanitaria por la actuación de los profesionales de la salud, en Estudios sobre la responsabilidad sanitaria. Análisis interdisciplinario, Coord. Llamas Pombo, E.. Edit. La Ley, Madrid.

-CEBRÍA GARCÍA, M.D. (2011), Objeción de conciencia del personal sanitario y reformas legislativas en España, Rev. General de Derecho Canónico, no. 27.

-CORMA, A. (2021), Discurso Honoris causa Universidad de Salamanca. Edit. Universidad de Salamanca.

-DALLI, M. (2019) Acceso a la asistencia sanitaria y derecho a la salud: sistema nacional de salud español, Edit. Tirant lo Blanch.

-GALLARDO CASTILLO, M.J. (2021), Administración Sanitaria y Responsabilidad Patrimonial, Edit. Colex.

-GARCIA GUAL, C. (1983) Tratados hipocráticos I, Madrid.

-LADERA NAVIDAD, O. (2017), El tiempo de trabajo y las festividades de los trabajadores profesantes de religiones minoritarias. Rev. Noticias Jurídicas.

-LAÍN ENTRALGO, P. (1970) La Medicina hipocrática, Madrid.

-LLAMAS POMBO, E. y col. (2014) Estudios sobre la responsabilidad sanitaria. Análisis interdisciplinar. Edit. La Ley, Madrid.

-OMC (2017), La relación Médico Paciente, edit. Consejo General de Médicos, Madrid.

-TOMÁS Y VALIENTE, F (2001). Manual de Historia del Derecho, Introducción, Edit. Tecnos. Madrid.

-VÁZQUEZ GUERRERO, *A.F. y col, (2017)* Consentimiento informado. ¿Requisito legal o ético?, Rev. Cirujano general vol.39 no.3 Ciudad de México

RESUMEN

El consentimiento informado constituye en la administración sanitaria española, una figura jurídica de carácter universal sobre todas las actuaciones sanitarias a realizar en el ámbito asistencial, que goza de la peculiaridad legitima de ser fiel aliado del profesional por cuanto viene a derivar las limitaciones existentes de la ciencia sanitaria hacia el paciente-usuario (sanidad de medios), mediante la asunción de la responsabilidad por aceptación voluntaria de los sucesos adversos típicos (complicaciones), que pudieran darse en la praxis diaria realizadas conforme a la *lex artis*, otorgando en ello la cuota máxima de libertad al ciudadano: su autonomía deliberativa respecto a los actos asistenciales que le proponga el facultativo sanitario, siempre previa información completa a él o su representante. Analizamos los elementos de validez jurídica, acercándonos a situaciones especiales como la objeción de conciencia y la discapacidad. Solo desde el conocimiento de esta figura en su contexto jurídico-sanitario, se podrán elaborar dictámenes de Órganos Institucionales como los Consejos Consultivos, que contribuyan activamente a velar por la preservación de lo justo.

Palabras claves: Consentimiento informado. Seguridad. Objeción de Conciencia. Discapacidad.

ABSTRACT

Informed consent constitutes in the Spanish health administration, a universal legal figure on all actions to be carried out in the healthcare field, which enjoy the legitimate peculiarity of being a faithful ally of the professional since it derives the existing limitations of science health care towards the patient-user (media health), by assuming responsibility for voluntary acceptance of typical adverse events (complications), which may occur in the daily practice carried out in accordance with the *lex Artis*, granting in this the maximum quota of freedom to the citizen: their deliberative autonomy with respect to the assistance acts proposed by the health practitioner, always prior complete information to him or his representative. We analyze

the elements of legal validity, approaching special situations such as conscientious objection and disability. Only form the knowledge of this figure in its legal-health context, opinions of institutional bodies such as the Advisory Councils that actively *contribute to ensuring the preservation of what is fair can be drawn up.*

Keywords: Informed consent; Security; Conscientious Objection; Disability

EL ASEGURAMIENTO DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL SANITARIA

JUAN ANTONIO CARRILLO DONAIRE

Catedrático de Derecho Administrativo
Consejero del Consejo Consultivo de Andalucía

Sumario:

I. PECULIARIDADES DEL CONTRATO DE ASEGURAMIENTO DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL EN EL ÁMBITO DE LA ADMINISTRACIÓN SANITARIA:
1.1. Justificación y habilitación legal del contrato de aseguramiento privado de la responsabilidad sanitaria: marco normativo aplicable;
1.2. El contrato de seguro de responsabilidad sanitaria como contrato privado de servicios en el marco de la ley de contratos del sector público. Régimen jurídico, objeto, ámbito de cobertura y prescripciones.
II. LA POSICIÓN DE LA ASEGURADORA EN EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN DE RESPONSABILIDAD:
2.1. El discutible papel de la compañía aseguradora en el procedimiento administrativo en el que se sustancia la reclamación patrimonial;
2.2. Sobre la jurisdicción competente para conocer la reclamación cuando se demanda a la aseguradora y a la administración y la pervivencia de la acción civil directa contra la aseguradora;
2.3. El derecho aplicable para sustanciar el fondo del asunto: una cuestión teórica sin consecuencias prácticas;
III. LA COBERTURA DEL ASEGURAMIENTO EN EL CASO DE LAS ENTIDADES Y CENTROS SANITARIOS CONCERTADOS.
IV. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

I. PECULIARIDADES DEL CONTRATO DE ASEGURAMIENTO DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL EN EL ÁMBITO DE LA ADMINISTRACIÓN SANITARIA

1.1. Justificación y habilitación legal del contrato de aseguramiento privado de la responsabilidad sanitaria: marco normativo aplicable

La cuestión previa que hemos de plantearnos al abordar el tema del aseguramiento de la responsabilidad patrimonial en el ámbito sanitario es la necesidad o causa determinante y la motivación última de celebrar un contrato de tal objeto. Desde luego, no se trata de un problema de solvencia del sujeto obligado ante un riesgo cierto, aunque indefinido es su acaecimiento e indeterminado en su cuantía. El bien jurídico

protegido o garantizado por dicho contrato no es, dicho de otro modo, garantizar la indemnidad de la víctima potencial del daño frente a la eventual insolvencia del obligado a indemnizar. Siendo la Hacienda pública el patrimonio de garantía del daño no existe un riesgo de solvencia, por lo que se podría optar por el autoseguro[1].

De hecho, algunas Comunidades Autónomas, que son quienes han asumido la gestión del sistema sanitario público en sus respectivos territorios, no cuentan con un contrato de seguro de esta naturaleza, como Canarias, o han acabado renunciando al mismo, como en su día hicieron la Comunidad Valenciana o Extremadura (en este último caso por quedar desierta la última licitación lanzada en 2017); mientras que son una clara mayoría las que externalizan el aseguramiento de este riesgo, como hacen –entre otras– las Comunidades de Madrid, Cataluña, País Vasco, Galicia, Andalucía, Cantabria, Castilla La Mancha, Aragón o Asturias, entre otras. La razón, por tanto, ha de ser otra.

Se suelen aducir tres causas principales para explicar la contratación de un seguro por parte de la Administración[2]. La primera proviene de la actitud que podríamos calificar de prudencia y racionalización del riesgo, que puede hacer preferible pagar una prima (cantidad cierta y cada cierto tiempo) antes que afrontar un riesgo de alcance incierto. La segunda, muy ligada a al anterior, serían las razones de estabilidad presupuestaria y de previsión de imprevistos desequilibrios financieros en supuestos de daños masivos o muy elevados. La tercera, por las reclamaciones o presiones de determinados sectores de funcionarios y trabajadores del sector sanitario público vinculados con las actividades más proclives a causar daños para que se contraten seguros que cubran estos riesgos. En nuestro país, los empleados de la sanidad pública no pagan las primas de un contrato de esta naturaleza (en otros países sí contribuyen parcialmente al pago de primas mediante un descuento en sus nóminas al efecto), y en muchos casos están exentos de las eventuales coberturas colegiales. Junto a estas razones, Gamero Casado apunta la oportunidad de abordar un análisis basado en la ponderación de costes-beneficios a fin de determinar la conveniencia de este tipo de contratos para la Administración[3], que no podría hacerse sino valorando la experiencia acumulada desde que empezaron a celebrarse en la década de los años noventa del pasado siglo[4].

Pero, como decimos, no se trata sólo de valorar cuestiones de mera conveniencia u oportunidad. La posibilidad de que la Administración sanitaria contrate este tipo de aseguramientos está plenamente reconocida hoy -como veremos-, en la legalidad vigente y –como acabamos de apuntar- está generalizada en la práctica

1 Los orígenes y la evolución de la formulación de la teoría del autoseguro y del heteroseguro en el ámbito de la responsabilidad administrativa fueron extensamente estudiados por HUERGO LORA, A., en su esencial obra sobre *El seguro de responsabilidad civil de las Administraciones Públicas*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2002, pp. 21 y ss.

2 HUERGO LORA, A., "El seguro de responsabilidad civil de las Administraciones Públicas", *Revista para el análisis del Derecho: InDret*, núm. 3, 2003; y GRIJALBA LÓPEZ, J.C., "La compañía aseguradora en el procedimiento de responsabilidad patrimonial", *Revista Derecho y salud*, vol. 21, núm. extraordinario 1, 2011, págs. 153-166.

3 En su trabajo sobre "El aseguramiento de la responsabilidad patrimonial de la Administración", en AAVV, *La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública: estudio general y ámbitos sectoriales* (dir. QUINTANA LÓPEZ, T.,), vol. I, Tirant lo Blanch, 2013, pp. 221-292.

4 Y que nos atrevemos a apuntar que no siempre decantan la balanza en favor de los beneficios de este tipo de contratos, como se induce de algunos de los datos que se manejan en este trabajo.

mayoritaria de los servicios sanitarios autonómicos. Por tanto, queda muy lejos la tesis del autoseguro que se sostuvo por la Dirección General de Seguros, en Informe de 26 de junio de 1996, por incompatibilidad legal de este tipo de contratos y que incluso cuenta con prohibiciones legales expresas en países como Alemania o Francia[5].

Antes bien, incluso ha llegado a plantearse[6] que, en lugar de una prohibición legal, se observa una tendencia o proclividad del legislador a incluir un seguro obligatorio en las prestaciones médicas, tanto públicas (como para los centros gestionados por el Instituto Nacional de la Salud hace el Real Decreto 29/2000, de 14 de enero[7]) como privadas (art. 46 de la Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de Ordenación de las Profesiones Sanitarias[8]).

En todo caso, la celebración de un contrato de aseguramiento de la responsabilidad sanitaria ha de respetar ciertos requerimientos de legalidad, entre los que destacan:

(i) el cumplimiento de la legalidad presupuestaria y la consignación de las primas durante el tiempo de duración del contrato;

(ii) el respeto de la dinámica y a los elementos constitutivos del sistema de responsabilidad de las Administraciones Públicas consagrado por las Leyes 39/2015, de 1 de octubre de Procedimiento Administrativo Común (LPAC), y 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP); y,

(iii) la necesidad de ajustarse a la normativa contractual del sector aplicable a las entidades aseguradas tomadoras, que son los servicios públicos de salud autonómicos, así como a las prescripciones sustantivas de la relación contractual que establece la normativa sobre el contrato de seguro, dada la naturaleza privada de estos contratos.

1.2. El contrato de seguro de responsabilidad sanitaria como contrato privado de servicios en el marco de la Ley de Contratos del Sector Público. Régimen jurídico, objeto, ámbito de cobertura y prescripciones

Desde la perspectiva de la legislación de contratos del sector público, y con independencia de la naturaleza jurídica del órgano de contratación, ya tenga la

5 HUERGO LORA, A., *El seguro de responsabilidad civil… op cit.,* pp. 36 y 37.

6 ARQUILLO COLET, B., "Seguro y responsabilidad patrimonial de la Administración Pública Sanitaria", *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 1, 2004.

7 El art. 36 de dicha norma establece, en sede de "garantías de los ciudadanos y de las reclamaciones", que el personal que preste sus servicios en los centros sanitarios regulados en el presente Real Decreto (centros, servicios y establecimientos sanitarios de protección de la salud o de atención sanitaria gestionados por el Instituto Nacional de la Salud) "*tendrá cubierta la responsabilidad profesional derivada de los daños y perjuicios no intencionados causados a terceros, por acción u omisión, en el ejercicio de sus funciones asistenciales. A tal fin, el centro sanitario o el Instituto Nacional de la Salud suscribirá la correspondiente póliza de responsabilidad civil que determinará los riesgos incluidos y excluidos*".

8 Cuyo art. 46 establece la obligación de aseguramiento de la responsabilidad de los profesionales y entidades privadas que presten asistencia médico-sanitaria en los siguientes términos: "*los profesionales sanitarios que ejerzan en el ámbito de la asistencia sanitaria privada, así como las personas jurídicas o entidades de titularidad privada que presten cualquier clase de servicios sanitarios, vienen obligados a suscribir el oportuno seguro de responsabilidad, un aval u otra garantía financiera que cubra las indemnizaciones que se puedan derivar de un eventual daño a las personas causado con ocasión de la prestación de tal asistencia o servicios*". Estableciéndose, además, que, para el el supuesto de profesiones colegiadas, "*los Colegios Profesionales podrán adoptar las medidas necesarias para facilitar a sus colegiados el cumplimiento de esta obligación*".

calificación de Administración pública, ya sea un poder adjudicador no Administración Pública (art. 3 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público –en adelante LCSP–), los contratos de aseguramiento de responsabilidad en el ámbito sanitario serían, por su objeto, contratos de servicios de los enunciados en el artículo 17 de la LCSP. No obstante, en estos casos se da la peculiaridad de que incluso en el caso de que el órgano de contratación pública sea una Administración pública o un organismo de Derecho público, se consideran contratos privados por expresa exclusión que de los mismos hace el artículo 25.1.a 1º de la LCSP (por ser su CPV, dentro de los servicios financieros, el que corresponde al contrato de seguro -66510000-8-); por lo que para su preparación y adjudicación se aplican las normas de la LCSP referidas al contrato de servicios, sin perjuicio de que su ejecución se rija por el Derecho privado (esto es, por la Ley 50/80 del contrato de seguro, el Real Decreto Legislativo 6/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de ordenación y supervisión de los seguros privados y la Ley 26/2006 de mediación seguros y reaseguros).

El contrato de seguro está regulado en la Ley 50/1980, de 8 de octubre, del Contrato de Seguro (en lo sucesivo, LCS). Según el artículo 1 de dicha norma "*El contrato de seguro es aquel por el que el asegurador se obliga, mediante el cobro de una prima y para el caso de que se produzca el evento cuyo riesgo es objeto de cobertura a indemnizar, dentro de los límites pactados, el daño producido al asegurado o a satisfacer un capital, una renta u otras prestaciones convenidas".*

Más concretamente, el artículo 73 de la LCS establece que *"por el seguro de responsabilidad civil el asegurador se obliga, dentro de los límites establecidos en la ley y en el contrato, a cubrir el riesgo del nacimiento a cargo del asegurado de la obligación de indemnizar a un tercero los daños y perjuicios causados por un hecho previsto en el contrato de cuyas consecuencias sea civilmente responsable el asegurado, conforme a derecho".*

Por su parte, el artículo 75 de la LCS dispone que *"será obligatorio el seguro de responsabilidad civil para el ejercicio de aquéllas actividades que por el Gobierno se determinen. La Administración no autorizará el ejercicio de tales actividades sin que previamente se acredite por el interesado la existencia del seguro. La falta de seguro, en los casos en que sea obligatorio, será sancionada administrativamente".* De lo anterior se deriva la distinción de dos categorías: seguro obligatorio (el de responsabilidad sanitaria pública no lo es, con la excepción señalada del INS), y seguro voluntario, que es el carácter que actualmente tienen los seguros de responsabilidad sanitaria en las Comunidades Autónomas que los licitan en el mercado.

Lo habitual en las Comunidades Autónomas que tienen en la actualidad suscrito este tipo de contratos de aseguramiento de su responsabilidad sanitaria, es que sean los organismos autónomos, Agencias o entidades de Derecho público a quienes se confía la gestión del servicio sanitario quienes lo liciten. Se trata de entidades que tienen la consideración legal de Administraciones Públicas a los efectos de aplicación de la LCSP, lo que determina –como antes se decía- que la preparación y adjudicación de esos contratos siga las pautas del contrato de servicios. Además, dado que las cuantías de estos contratos superan los umbrales que para los contratos de servicio fija el artículo 22 de la LCSP, se sujetan a las reglas especiales de publicidad, tramitación y plazos que rigen para los contratos sujetos a regulación armonizada.

Desde las primeras licitaciones autonómicas que se hicieron de estos contratos de aseguramiento de la responsabilidad sanitaria, la conformación progresiva de los Pliegos de dichas licitaciones ha acabado generando un patrón homogéneo para todas las Comunidades Autónomas que externalizan este servicio; en gran medida por tratarse de una demanda dirigida a un mercado reducido, con pocas empresas licitadoras, –que a su vez suelen tener carácter multinacional–, dadas las condiciones de solvencia económica que se piden, y también porque a lo largo de más de veinte años de experiencia se ha ido construyendo un acervo común en el clausulado de los Pliegos que responde a los requerimientos del sector, a las condiciones del mercado ofertante y a la casuística recurrente que se ha venido produciendo en la celebración y ejecución de estos contratos[9].

El contrato de seguro de responsabilidad sanitaria, con independencia de su ámbito público o privado, se configura como un contrato de todo riesgo, sin perjuicio de que puedan establecerse franquicias –lo que es habitual-, en el cual se aseguran las consecuencias económicas que estén obligados a indemnizar por una responsabilidad no expresamente excluida en la póliza de seguro que se vaya a formalizar.

Las condiciones de la licitación, el ámbito de cobertura de estos contratos, las estimaciones de costes y el precio de licitación vienen determinadas por los análisis previos de contrato al que se sustituye y el histórico acumulado, cuya elaboración a

9 Utilizaremos como ejemplo de referencia en este trabajo el seguro de responsabilidad que viene suscribiendo el Servicio Andaluz de Salud (en los sucesivo, SAS), por ser una entidad de referencia en el sector, tanto por el tiempo que lleva licitando este tipo de contratos, como por ser Andalucía la mayor Comunidad Autónoma en número de profesionales de la sanidad, oferta de servicios sanitarios y en población atendida. En Andalucía, la sanidad pública ofrece cobertura a unos 8 millones de habitantes y en los centros sanitarios públicos trabajan en torno a 90.000 profesionales (sin contar centros concertados). El SAS es una Agencia Administrativa de las previstas en el artículo 65 de la Ley 9/2007, de 22 de octubre, que se adscribe a la Consejería de Salud y Familias, por lo que tiene la consideración de Administración pública a efectos de la aplicación de la LCSP (art. 3.2.a). El SAS puso en práctica en 1994 un programa de aseguramiento y desde entonces lleva a cabo la contratación de seguros mediante la suscripción de pólizas que cubren tanto la responsabilidad integral en el ejercicio de sus funciones de todos los profesionales sanitarios, así como la responsabilidad patrimonial de la administración.

La cifra de reclamaciones patrimoniales presentadas en el Servicio Andaluz de Salud ha ido descendiendo en los últimos años, a pesar de que ha aumentado la cartera de servicios sanitarios y la población de la Comunidad andaluza y, por tanto, el número de asistencias sanitarias realizadas. Entre los años 2003 y 2017, el número de reclamaciones patrimoniales presentadas registró un descenso del 26,8%. En los últimos años (2017-2019) el número de reclamaciones anuales está en un promedio de 2 al día (algo menos de 650 al año). De las reclamaciones resueltas en la vía administrativa en 2018 (último año con datos conocidos –con el anterior contrato, que tenía AIG Europe Limited, que a su vez sustituyó a Zurich-), fueron 726 en total, de las que el 91,73% fueron desestimatorias, (el 2,34% se estimaron totalmente y el 5,92% de forma parcial). En el ejercicio 2018, las cuantías económicas indemnizadas en estos expedientes en la vía administrativa ascienden a 2.093.369 euros. Respecto a los expedientes resueltos en la vía judicial se indemnizaron 6.453.251,40 euros (8,5 millones en total).

En el contrato vigente, adjudicado en julio de 2019 conforme a la nueva LCSP y prorrogado hasta 2022 (prórrogas anuales hasta 6 años), el presupuesto base de licitación fue de 12,7 millones de euros/año, correspondiéndole un valor estimado del contrato de 76,5 millones para un periodo duración de un año más cinco prórrogas (para un máximo 6 años, dentro de la previsión del art. 22 LCS, que fija un máximo de 10 años para estos contratos, pero por encima de los 5 años de plazo máximo, prórrogas incluidas, que permite el art. 29 de la LCSP para los contratos de servicio –que, no obstante pueden superar dicho límite si se justifican algunas de las circunstancia previstas en el apdo. 4º del citado precepto-). La póliza vigente fue suscrita con la Société Hospitaliére D'assurances Mutuelles (SHAM). La antepenúltima licitación (2016) quedó desierta, lo que obligó a prorrogar el contrato que tenía Zurich, hasta que lo ganó AIG en 2017, que posteriormente renunció a la segunda prórroga. En el actual, solo concurrió SHAM con una oferta fue muy ajustada en precio, y con franquicias exentas de cobertura.

efectos estadísticos ha acabado siendo una obligación que los Pliegos imponen al contratista, de forma que, estando próxima la liquidación del contratos, se pueden afinar con bastante certidumbre el valor estimado y otras prescripciones de la nueva licitación[10].

En cuanto al ámbito de cobertura, es usual que su objeto comprenda el aseguramiento del personal directivo, funcionario, estatutario, laboral, así como el personal en formación o en prácticas, el acogido a medidas de fomento al empleo, además de los relacionados con empresas de trabajo temporal, y, en general, cualquier otro dependiente en el ejercicio de sus actividades por cuenta del servicio autonómico de salud que contrata, siempre que preste sus servicios en los centros, dependencias y establecimientos propios o administrados por el mismo, incluyendo los servicios que se prestan mediando desplazamiento, y sean remunerados o externos por cuenta del órgano de contratación.

También es usual que tengan la condición de asegurados los trabajadores de los centros y de los servicios concertados por el órgano de contratación, con el alcance al que nos referiremos al final de este trabajo; si bien en este caso se limita la cobertura a las reclamaciones que se instrumenten por la vía de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, quedando excluidas las que se ejerzan mediante la acción directa y exclusiva frente a la compañía aseguradora que consagra el artículo 76 de la LSC, a la que luego nos referiremos.

La póliza subsiguiente da cobertura a las consecuencias económicas derivadas de la responsabilidad profesional sanitaria o no sanitaria que durante la vigencia del contrato pudiera corresponder directa, solidaria o subsidiariamente al asegurado por daños corporales o materiales y perjuicios económicos consecutivos, causados por acción u omisión a terceros en el ejercicio de sus actividades por cuenta de la Administración contratante, pero también están cubiertas las reclamaciones que se sustancien por un procedimiento distinto al de responsabilidad patrimonial.

Y es que en este tipo de contratos se separan las prestaciones en dos secciones o modalidades de cobertura diferentes. No se trata de "lotes" a efectos de la división del objeto del contrato (art. 99 LCSP), pues existe unidad funcional de las prestaciones. Éstas se separan en dos modalidades de cobertura en razón del diferente régimen jurídico que resulta de aplicación las reclamaciones que atiende una y otra sección: una para el aseguramiento del riesgo de responsabilidad civil profesional que deriva del ejercicio de la acción directa frente a la compañía aseguradora que habilita el artículo 76 LCS; y otra

10 En el caso de Andalucía, que utilizamos como ejemplo, esta obligación está recogida incluso a nivel normativo. Así, el art. 12 del Decreto 105/2019, de 12 de febrero, por el que se establece la estructura orgánica de la Consejería de Salud y Familias y del Servicio Andaluz de Salud Dirección Gerencia del Servicio Andaluz de Salud, que atribuye al Director/Gerente del SAS la competencia para: *"La resolución de los procedimientos de responsabilidad patrimonial en su ámbito de competencia, así como la gestión y evaluación de los riesgos sanitarios derivados de la responsabilidad patrimonial y su impacto en el ámbito del Servicio Andaluz de Salud y en las entidades adscritas al mismo, así como la ejecución y seguimiento de la gestión de la responsabilidad patrimonial en el ámbito de la prestación asistencial sanitaria y la correspondiente gerencia de riesgo"* (inciso introducido por una modificación del Decreto del mes de julio de 2019). La cláusula 6.1.2 del PCAP del contrato vigente dice que *"El Órgano de Contratación facilitará a las personas licitadoras información sobre siniestralidad previo compromiso expreso de confidencialidad para facilitar la elaboración de las proposiciones según lo establecido en el Anexo VI de este pliego"*. Esa información la hace la compañía aseguradora contratista a lo largo del contrato por expresa imposición del Pliego de Prescripciones Técnicas (art. 3 Cap. VII del PPT).

para dar cobertura al aseguramiento del riesgo de responsabilidad patrimonial en supuesto de que la reclamación se canalice frente a la entidad tomadora del seguro por la vía de la responsabilidad patrimonial de la LPAC[11]. Con ello se persigue, de un lado, compensar las posibles pérdidas de una sección con la otra; y, de otro, se garantiza la cobertura frente a un mismo hecho dañoso, de forma coordinada y sin cambiar de asegurador, que es susceptible de ser enjuiciado por distintos órdenes jurisdiccionales, dependiendo de la jurisdicción en el que se sustancie la reclamación. Y es que el mercado de seguros, a la hora de contratar este tipo de seguros de responsabilidad sanitaria, requiere conocer y diferenciar las diferentes vías de reclamación de los terceros perjudicados; así como atender a razones puramente técnicas-aseguradoras que determinan la necesidad de que en un mismo contrato se diferencien las causas que determinan la obligación de indemnizar, para estipular a su vez diferentes parámetros cuantitativos del riesgo, como son los límites de indemnización que se garantizan y las franquicias (tramo o parte no asegurada, de la que responde el tomador).

Finalmente, desde la perspectiva de la ejecución del contrato, ha de partirse de la naturaleza privada del mismo, por lo que las vicisitudes de su ejecución se regirán por las previsiones del Derecho civil. No obstante, es también usual que los Pliegos de estas licitaciones recojan y prevean el ejercicio de prerrogativas en favor del órgano de contratación que la legislación de contratos reserva a los poderes adjudicadores que a su vez tienen la condición legal de Administración Pública (el art. 190 de la LCSP enuncia dichas prerrogativas en favor solo de las "Administraciones Públicas"). Así, no es extraño que los Pliegos recojan en favor del órgano de contratación, entre otras, las prerrogativas de interpretación unilateral del contrato y que se remitan, a su vez, al régimen legal de modificación, cesión y subcontratación de los contratos "administrativos" LCSP. Asimismo, las causas de resolución suelen ser las típicas de un contrato administrativo. Y ello no ha de extrañar, decimos, porque esta práctica de introducir en los Pliegos de contratos de naturaleza y régimen jurídico privado prerrogativas propias de los contratos administrativos celebrados por poderes adjudicadores ha sido bendecida por los Tribunales especiales de contratación al analizar la legalidad de los Pliegos que lo hacen, singularmente en el caso de poderes adjudicadores que no tienen la consideración de Administración Pública (cuyos contratos tienen siempre naturaleza privada). Es paradigmática, en este sentido, la Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos contractuales, de 6 de marzo de 2015 (Resolución núm. 214/2015) que ampara la legalidad de dicha posibilidad en el principio de libertad de pactos (arts. 34 LCSP y 1255 CC) y en la garantía del cumplimiento del interés general al que deben responder los contratos celebrados por cualquier entidad del sector público (art. 3 LCSP)[12].

11 En el ejemplo del contrato actualmente vigente en el SAS, los daños de la Sección I ("aseguramiento del riesgo de responsabilidad civil profesional del art. 76 LCS") comprenden una cobertura máxima de 3,7 millones/año; mientras que los de la Sección II ("aseguramiento del riesgo de responsabilidad patrimonial") 8,9 millones. El contrato vigente tiene límites de aseguramiento por cada siniestro individualmente considerado (3 millones), por siniestros en serie (5 millones) y por periodo anual por todos los conceptos (25 millones). Los de la Sección I tienen además una franquicia de 50.000 euros por siniestro y máxima agregada anual de 6 millones en daños de la Sección II. Los de la Sección I no tienen franquicia.

12 En la citada Resolución del TACRC se dice que *"el régimen en el ámbito privado negocial es el que las parte libremente fijen, y por tanto, no puede hablarse, como pretende el recurrente de que el contrato al establecer cláusulas de contenido idéntico a las establecidas para los contratos administrativos, es nulo, ya que ello supone, cuando menos, un claro desconocimiento del régimen jurídico de los contratos que se celebre por la Administración, por sí o a través de los entes que la conforman, con independencia de la naturaleza*

II. LA POSICIÓN DE LA ASEGURADORA EN EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN DE RESPONSABILIDAD.

2.1. El discutible papel de la compañía aseguradora en el procedimiento administrativo en el que se sustancia la reclamación patrimonial.

Parece dudoso que la compañía aseguradora que tiene contratada una póliza de cobertura de daños con un servicio sanitario público responsabilidad pueda ostentar un derecho subjetivo para ser parte del procedimiento de tramitación de una reclamación patrimonial en el sentido contemplado en el artículo 4.b) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común (LPAC); si bien, nos parece evidente que, al menos, tendría la condición de titular de un interés legítimo a efectos de personación en el mismo [art. 4.c) de la LPAC]. En todo caso, el artículo 16 de la LCS impone al tomador del seguro la obligación de comunicar al asegurador el acontecimiento del siniestro en un plazo máximo de siete días desde que se tiene conocimiento del mismo o, subsidiariamente, en el más amplio que fije la póliza; con lo que su posible participación como interesada en el procedimiento está legalmente garantizada, siendo la obligación de la Administración tomadora para con la aseguradora en el seno procedimiento de reclamación patrimonial la propia que tiene con todo interesado: ofrecer los trámites pertinentes, esencialmente el de prueba y audiencia, y finalmente notificarle la resolución.

Yendo más allá de esta posición de partida, en los Pliegos de las licitaciones de algunas Comunidades Autónomas y en las propias pólizas de los contratos de seguro subsiguientes se prevé expresamente que el informe médico solicitado por el órgano que tramita el procedimiento, que es pieza crucial para apreciar la relación causal y la imputabilidad del daño, sea "examinado en Comisión" con participación de la aseguradora. Los Pliegos de prescripciones técnicas de dichas licitaciones contemplan un procedimiento *ad hoc* en estos casos, llamado de "gestión de las reclamaciones" o similar[13]. En él suele establecerse que para valorar las reclamaciones objeto de cobertura de la póliza se constituirá una comisión de seguimiento formada por personal de la Administración y de la aseguradora, a quienes se suma incluso el personal de la correduría de seguros. Cada reclamación se examina desde el punto de vista médico, jurídico, técnico-asegurador y administrativo, y finalmente se adopta un acuerdo sobre cada reclamación analizada. Es lo que se ha llamado "tramitación colegiada del

---

de éstos. Sentado, pues, que es correcta esa previsión genérica del régimen de los contratos administrativos al presente, de naturaleza privada, puesto que las partes son libres para establecer las cláusulas que estimen convenientes y adherirse o no al contrato según deseen, también podemos añadir unas precisiones a las que, ahora específicamente, hace el recurrente respecto algunas de las cláusulas del contrato. De lo expuesto hasta aquí resulta con claridad que no puede hablarse de infracción legal alguna respecto de aquellas cláusulas que se remiten a preceptos legales contenidos en el TRLCSP, no obstante, encontrarnos en un contrato de naturaleza privada, por el carácter dispositivo de este derecho aplicable y porque el régimen jurídico es de plena aplicación a este tipo de relaciones previa voluntad o consentimiento de los particulares, sin que suponga per se, una derogación del régimen de igualdad entre contratantes, sino que, respetando éste, lo que prevalece es el interés general al que deben atender toda clase de contratos en los que intervengan administraciones públicas o entes instrumentales de éstas". En parecido sentido se pronunció, poco después, el Acuerdo de la Comisión Permanente de la Junta Consultiva de Baleares, de 27 de noviembre de 2015, confirmando una doctrina que a día de hoy puede considerarse consolidada entre los Tribunales especiales de Contratos y las Juntas Consultivas de Contratación.

13 Sirva como ejemplo el art. 7 del PPT del contrato vigente del SAS, que crea a tal efecto una "Comisión de Seguimiento" y contempla el modo en que la misma opera en cada procedimiento de reclamación.

siniestro"[14]. De entre los acuerdos que puede adoptar la Comisión, merece destacarse el de la "negociación con el reclamante" a fin de alcanzar un acuerdo con renuncia subsiguiente al ejercicio de acciones, que sería una modalidad *sui generis* de la terminación convencional o por mutuo acuerdo del procedimiento (de los previstos en materia de responsabilidad patrimonial en el art. 86.5 de al LPAC).

La cuestión es si es compatible esta privilegiada posición codecisora de la aseguradora con lo previsto en el artículo 34.1 de la LPAC ("*Los actos administrativos que dicten las Administraciones Públicas, bien de oficio o a instancia del interesado, se producirán por el órgano competente ajustándose a los requisitos y al procedimiento establecido*") y en el artículo 8 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público ("*La competencia es irrenunciable y se ejercerá por los órganos administrativos que la tengan atribuida como propia, salvo los casos de delegación o avocación, cuando se efectúen en los términos previstos en ésta u otras leyes*"). A mi juicio, a los Pliegos contractuales y al contrato de aseguramiento le faltan de largo el rango normativo que sería preciso para considerar la participación de la aseguradora en esos órganos mixtos y procedimientos de "gestión de reclamaciones" cuenta con amparo legal suficiente.

El Consejo Consultivo de Andalucía terció indirectamente en ese debate tras las reformas de la LOPJ y LJCA de 1998 que avalaron la posibilidad de que la Administración asegurase su responsabilidad mediante este tipo de contrato de servicios financieros de aseguramiento, lo que el Consejo Consultivo andaluz consideró plausible siempre que no se transfiriesen a la compañía aseguradora el ejercicio de potestades administrativas. De modo que *"la compañía de seguros no puede interferir en el ejercicio de tales funciones y facultades ni goza de poder de decisión ni de posibilidad de mediatizar la voluntad del órgano administrativo competente y, mucho menos, de realizar frente a los particulares funciones administrativas por iniciativa propia o por encargo de la Administración"* (Dictamen 2/2001, de 24 de enero, relativo a la demora de respuesta a una reclamación por las dilaciones producidas por el intento transaccional de la compañía aseguradora)[15].

La categoría del ejercicio privado de funciones públicas, sobradamente estudiada por la doctrina[16], requiere una atribución expresa de dicha función por una norma con rango de Ley[17]. E incluso, más recientemente, y con ocasión de la utilización de medios propios de la Administración para la tramitación de procedimientos administrativos, el Tribunal Supremo ha declarado la ilegalidad de que sujetos pertenecientes al sector público y que ostentan la condición de medio propio tramiten procedimientos administrativos por encargo de los poderes adjudicadores que los controlan, por mucho que la Administración que realiza el encargo retenga la competencia sobre la resolución final del procedimiento, si una Ley no ampara esta posibilidad[18].

---

14 GRIJALBA LÓPEZ, J. C., *op. cit supra*, p. 160.

15 Comentado ampliamente pro GAMERO CASADO, E., "El aseguramiento de la responsabilidad…", *op. cit.*, pp. 264 a 268.

16 Por mi mismo en un Capítulo extenso de mi obra sobre *El Derecho de la seguridad y la calidad industrial*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2000.

17 Véase, *in extenso*, GAMERO CASADO, E., *La potestad administrativa. Concepto y alcance práctico de un criterio clave para la aplicación del Derecho administrativo*, Tirant lo Blanch, 2021.

18 Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de septiembre de 2020 (rec. núm. 5442/2019).

2.2. Sobre la jurisdicción competente para conocer la reclamación cuando se demanda a la aseguradora y a la Administración y la pervivencia de la acción civil directa contra la aseguradora

Con anterioridad a la reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) y de la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa (LJCA) que operó la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, a fin de aclarar que el orden jurisdiccional de lo contencioso-administrativo conocería de las reclamaciones de responsabilidad cuando el interesado accionase contra la aseguradora de la Administración junto a la Administración respectiva, habían corrido ríos de tinta entre la doctrina administrativista, civilista y laboralista sobre la necesidad de unificar la anterior dispersión jurisdiccional y de canalizar estas acciones en el orden contencioso-administrativo[19], al objeto de reconducir lo que algún autor denominó de "lamentable peregrinaje jurisdiccional" entre el orden civil, social y el contencioso-administrativo en materia de daños derivados de la atención sanitaria[20], pues todos esos órdenes jurisdiccionales (y también el penal) se consideraban competentes para resolver este tipo de reclamaciones.

En la actualidad, el apdo. e) del artículo 2 de la LJCA establece que el orden jurisdiccional contencioso-administrativo conocerá de las cuestiones que se susciten en relación con:

"La responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que derive, no pudiendo ser demandadas aquellas por este motivo ante los órdenes jurisdiccionales civil o social, aun cuando en la producción del daño concurran con particulares o cuenten con un seguro de responsabilidad"[21].

Por su parte, el artículo 21.c) de la LJCA considera parte demandada: a "*Las aseguradoras de las Administraciones públicas, que siempre serán parte codemandada junto con la Administración a quien aseguren*".

---

19 Véanse, entre otros: ALEGRE ÁVILA, J, M., El aseguramiento de la responsabilidad civil extracontractual de la Administración Pública: procedimiento y jurisdicción", *Derecho y salud*, Vol. 13, núm. 1, 2005, pp. 1-18; GAMERO CASADO, E., "Los seguros de responsabilidad patrimonial de la Administración: recientes pactos y reformas", *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 3, 2004, pp. 1934-1939; HUERGO LORA, A., "El seguro de responsabilidad civil de las Administraciones Públicas y la doctrina de la vis atractiva", *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 122, 2004, pp. 199-222; LEGUINA VILLA, J., "Responsabilidad patrimonial de la Administración y unidad jurisdiccional", Revista Justicia administrativa, núm. extraordinario, 1999, págs. 5-14; y PANTALEÓN PRIETO, F., "Responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas: sobre la jurisdicción competente" Cuadernos de derecho judicial, núm. 14, 1996, pp. 25-44. Nosotros mismos hemos abordamos esta cuestión en la obra escrita en coautoría con los profesores LÓPEZ MENUDO, F., y GUICHOT REINA, E., *La responsabilidad patrimonial de los poderes públicos*, Lex Nova, 2006, pp. 289 a 300.

20 DE PALMA DEL TESO, A., "El lamentable peregrinaje jurisdiccional entre el orden social y el contencioso-administrativo en materia de reclamaciones de indemnización por daños derivados de la deficiente atención sanitaria de la Seguridad Social", *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 89, 1996, pp. 135-148.

21 Se recordará que, antes de esta redacción, dada por la Ley Orgánica 19/2003, el texto de 1998 decía "*La responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que derive, no pudiendo ser demandadas aquéllas por este motivo ante los órdenes jurisdiccionales civil o social*".

La cuestión del orden jurisdiccional competente la cierra el artículo 9.4 de la LOPJ al afirmar que aquél conocerá

"de las pretensiones que se deduzcan en relación con la actuación de las Administraciones públicas sujeta al derecho administrativo, con las disposiciones generales de rango inferior a la ley y con los reales decretos legislativos en los términos previstos en el artículo 82.6 de la Constitución, de conformidad con lo que establezca la Ley de esa jurisdicción. También conocerán de los recursos contra la inactividad de la Administración y contra sus actuaciones materiales que constituyan vía de hecho (...).

Conocerán, asimismo, de las pretensiones que se deduzcan en relación con la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas y del personal a su servicio, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que se derive. Si a la producción del daño hubieran concurrido sujetos privados, el demandante deducirá también frente a ellos su pretensión ante este orden jurisdiccional. Igualmente conocerán de las reclamaciones de responsabilidad cuando el interesado accione directamente contra la aseguradora de la Administración, junto a la Administración respectiva".

La profesora Gallardo Castillo ha analizado muy recientemente, y de forma pormenorizada, las vicisitudes que este litisconsorcio pasivo Administración-aseguradora ha dejado sin resolver[22]. Pero más allá de las cuestiones no resueltas por el legislador, lo que claramente pretendieron las reformas legales mencionadas fue unificar la competencia para residenciar este tipo de asuntos en la jurisdicción contencioso-administrativa, evitando la dispersión de acciones y garantizando la uniformidad jurisprudencial (salvo, por efecto de la prejudicialidad penal, en aquellos casos en que la responsabilidad derive de la comisión de hechos que puedan calificarse de delito); máxime por la necesidad de aplicar coherentemente las garantías sustantivas de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, alejadas –al menos teóricamente- de las bases dogmáticas civilísticas. Nada de ello estaba garantizado con la anterior dispersión de la competencia jurisdiccional, pues cada orden razonaba en la propia "lógica" de su sistema de responsabilidad de referencia.

Sin embargo esta unificación de la competencia para conocer de las reclamaciones que se dirijan conjuntamente contra la Administración sanitaria y la aseguradora no ha derogado la vigencia de la acción directa contra la aseguradora en el ámbito civil, contemplada por el artículo 76 de la LCS para supuestos de falta total o parcial de cobertura[23], que deberá sustanciarse en este orden jurisdiccional siempre que la Administración no sea codemandada.

22 Como, entre otras, la imprevisión de las consecuencias de un allanamiento de la Administración, que dejaría la vigencia de la acción frente al codemandado y, al cabo, litigio contencioso-administrativo perviviría entre dos sujetos particulares, GALLARDO CASTILLO, Mª. J., *Administración sanitaria y responsabilidad patrimonial*, Colex, 2021, pp. 50 a 54.

23 "*El perjudicado o sus herederos tendrán acción directa contra el asegurador para exigirle el cumplimiento de la obligación de indemnizar (...)*". Precepto amplia y monográficamente comentado por CLAVERO TERNERO, M., *La acción directa del perjudicado contra el asegurador de responsabilidad*, Tecnos, Madrid, 1995.

A partir del conocido Auto núm. 61/2004 de la Sala de conflictos de competencia del Tribunal de Conflictos, de 18 de octubre de 2004[24], avalado por la jurisprudencia posterior, tanto de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo como de las Audiencias Provinciales[25], los juzgados y Tribunales del orden civil siguen considerándose competentes para conocer de la acción civil del artículo 76 de la LCS cuando se ejercita exclusivamente contra la aseguradora de la Administración; si bien existen pronunciamientos minoritarios, posteriores al citado Auto del Tribunal Supremo, que admiten y estiman la acción declinatoria en estos supuestos[26]. Y ello sin perjuicio de que la aseguradora pueda a llamar al juicio a la Administración mediante la intervención provocada del artículo 13 de la LEC, ya que si aquella acaba siendo emplazada como codemandada podría dar lugar al cuestionamiento de la competencia objetiva jurisdiccional con amparo en los artículos 9.4 de la LOPJ y 2.e) de la LJCA.

La profesora Gallardo, ha hecho un meritorio esfuerzo por intentar reconducir esta anomalía siguiendo el razonamiento de dos Autos de la Audiencia Provincial de Madrid de 3 de noviembre de 2004 (rec. 675/2003) y de 14 de abril de 2005 (rec. 427/2004), que declinaron la competencia del orden jurisdiccional civil en favor del contencioso-administrativo en supuestos de acción directa del artículo 76 de la LSP, utilizando dos razones de peso. La primera, porque admitir dicha competencia sería un fraude de Ley en tanto que se estaría aprovechando la doctrina jurisprudencial del litisconsorcio pasivo necesario en supuestos de responsabilidad solidaria, que permite demandar a uno solo de los responsables, en este caso a la aseguradora ante la vía civil. La segunda es que admitir la competencia jurisdiccional civil frustraría la pretensión unificadora del artículo 9.4 de la LOPJ, porque para condenar al pago a la compañía demandada hay que analizar forzosamente la conducta del sujeto asegurado (la Administración, *ex* art. 73 LCS), lo que le está vedado a la jurisdicción civil.

No obstante, pese a lo razonable de estos argumentos, lo cierto es que –como se ha dicho- los Juzgados y Tribunales del orden jurisdiccional civil se siguen

24 El F.J. 2º del citado Auto sostiene que *"El conflicto negativo de competencia planteado debe resolverse en favor del orden jurisdiccional civil porque se ejercita una acción directa del art. 76 de la Ley de Contrato de Seguro, Ley 50 de 1.980, de 8 de octubre, sin que obste que la entidad asegurada a la que se considera responsable por culpa extracontractual del accidente lesivo que, junto con el contrato de seguro, genera la pretensión entablada, sea un Ayuntamiento, porque al tiempo de presentarse la demanda, que determina la fijación de la competencia en virtud del principio "perpetuatio iurisdictionis", y con arreglo al art. 9.4, párrafo segundo, LOPJ, redactado por la Ley 6/1.998, de 13 de julio, sólo se atribuye la competencia al orden jurisdiccional contencioso-administrativo cuando se demande a una Administración Pública para exigirle la correspondiente responsabilidad patrimonial, bien sola, o bien conjuntamente con un sujeto privado que hubiera concurrido a la producción del daño, y en el caso no se formula demanda contra la Administración Pública sino únicamente contra una Compañía de Seguros. La solución expuesta es la que viene adoptando esta Sala con carácter uniforme para los supuestos similares de ejercicio de la acción del art. 76 LCS (Autos de 28 de junio de 2.004, nºs. 53 y 54 de 2.004); e incluso cabe resaltar que la reforma introducida por la LO 19/2.003, de 23 de diciembre, en el art. 9.4 LOPJ, -no aplicable al caso por razones de derecho intertemporal-, en el sentido de atribuir al orden jurisdiccional contencioso-administrativo las reclamaciones de responsabilidad cuando el interesado accione directamente contra la aseguradora de la Administración, se refiere al supuesto de que se reclame contra aquella "JUNTO a la Administración respectiva", lo que excluye el supuesto de haberse demandado únicamente a la Compañía de Seguros".*

25 Véanse, entre otros pronunciamientos, la Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo (Sección1ª), sentencia núm. 948/2007 de 12 septiembre; Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia (Sección6ª), núm. 153/2015, de 2 junio; Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección16ª), núm. 136/2010 de 12 marzo; o el Auto de la Audiencia Provincial de Albacete (Sección2ª), núm. 50/2007 de 24 septiembre.

26 Sentencia de la Audiencia Provincial de Almería (Sección 3ª), de 27 de abril de 2007; o Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 18ª), de 9 de abril de 2007.

considerando competentes cuando la acción se ejerce de modo directo y exclusivo frente a la aseguradora y la Administración no es parte en el pleito, mientras que se declaran incompetentes cuando la acción se ejerce de modo conjunto en virtud de lo dispuesto en los citados artículos 9.4 de la LOPJ y 2.e) de la LJCA[27].

2.3. Sobre el derecho aplicable para sustanciar el fondo del asunto: una cuestión teórica sin consecuencias prácticas

El problema que plantea esta dualidad competencial entre el orden civil y el contencioso-administrativo es el del Derecho aplicable al fondo del asunto, por cuanto la jurisdicción civil resuelve con naturalidad estas controversias amparándose en la lógica "culpabilística" del sistema de responsabilidad extracontractual a la que responde el artículo 1902 del C.C.; mientras que el orden contencioso-administrativo, en cambio, ha de hacerlo bajo el paradigma de la responsabilidad "objetiva", por funcionamiento normal o anormal, que hoy luce en el artículo 32 de la LRJSP. De esta forma, un mismo asunto pudiera ser resuelto en una u otra clave dependiendo de la estrategia procesal que resulte de dirigir la acción a un orden jurisdiccional o a otro, siendo el órgano o agente administrativo actuante –el autor del daño- el mismo. Cuestión diversa es que dicha estrategia venga condicionada por el plazo de prescripción, que en el caso de la reclamación de responsabilidad frente a la Administración (o Administración y aseguradora) es de un año (art. 67.1 de la LPAC); mientras que en el de la acción directa del artículo 76 de la LCS es de dos (según el art. 23 LCS).

El problema del Derecho aplicable parece haberse acentuado tras la regulación que de la "responsabilidad de Derecho Privado" que de forma un tanto arcana formuló el artículo 35 de la LRJSP, según el cual: "*Cuando las Administraciones Públicas actúen, directamente o a través de una entidad de derecho privado, en relaciones de esta naturaleza, su responsabilidad se exigirá de conformidad con lo previsto en los artículos 32 y siguientes, incluso cuando concurra con sujetos de derecho privado o la responsabilidad se exija directamente a la entidad de derecho privado a través de la cual actúe la Administración o a la entidad que cubra su responsabilidad".*

Atendiendo a la frase final del precepto y apurando su interpretación, habría base para sostener que el pleito que se dilucide entre la víctima o víctimas de un daño sanitario y la aseguradora en sede civil, cuando se ejerce la acción directa de la LCS, tendría que resolverse mediante la aplicación del régimen objetivo de responsabilidad patrimonial propio de las Administraciones públicas; por cuanto de otro modo se daría la paradoja –aún más extraña, ciertamente- de que tal régimen fuese aplicable al pleito contra la aseguradora cuando la Administración autora del daño actúa bajo veste privada, por expresa previsión legal *ex* art. 35 *in fine* de la LRJSP (no faltan ejemplos de centros y hospitales con forma jurídica privada –de Fundación, por ejemplo, o incluso de sociedad mercantil- y de titularidad pública), y no lo fuese cuando la forma jurídica actuante sea un organismo público. De hecho, tal cosa ya se sostuvo por algún destacado autor a la vista del anterior artículo 144 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo

27 BAENA RUIZ, E., "Responsabilidad de la administración pública sanitaria versus acción directa del art. 76 de la Ley de Contrato de Seguro", en AAVV, *Derecho de daños*, 2020 (coord. por HERRADOR GUARDIA, M.J.), 2020, pp. 717-741.

Común[28], que era menos incisivo que el vigente artículo 35 de la LRJSP al regular la responsabilidad "de Derecho Privado" de las Administraciones Públicas.

La conclusión apuntada, que conduciría a la aplicación del régimen objetivo de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas en los casos en los que la víctima dirige su reclamación solo frente a la compañía aseguradora, no deja de ser chocante y un tanto ilusoria a poco que se conozca el funcionamiento real de la jurisdicción civil. Jurisdicción a la que esa conclusión parece abocar, por lo demás, a una suerte de esquizofrenia en la aplicación de uno u otro régimen de responsabilidad en razón de la naturaleza jurídica del sujeto u organización autora del daño. Tanto es así, que esta pretensión teórica no resiste el análisis de la realidad. Si se consulta la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales se comprobará fácilmente que el razonamiento determinante del fallo en los supuestos de acción directa contra la aseguradora proviene de la aplicación del 1902 del C.C. y, por consiguiente, la idea de culpa[29].

No obstante, estamos ante un debate teórico de escasa o nula relevancia práctica, por cuanto como ya ha puesto de relieve tantas veces la doctrina, el sistema de responsabilidad en el ámbito sanitario ha confluido, en uno y otro orden jurisdiccional, en un modelo que pivota sobre la idea de diligencia debida, que ya sea desde la perspectiva de la relación de causalidad del sistema administrativo, ya desde la de la imputabilidad de la culpa o la negligencia, arroja resultados equiparables entre el orden civil y el contencioso-administrativo[30].

III. LA COBERTURA DEL ASEGURAMIENTO EN EL CASO DE LAS ENTIDADES Y CENTROS SANITARIOS CONCERTADOS

La vigente LRJSP ha eliminado la previsión de que las entidades sanitarias concertadas respondieran las reclamaciones de responsabilidad por daños en la prestación del servicio siguiendo el procedimiento previsto en la legislación de Procedimiento Administrativo Común que estableció la Disposición Adicional 12ª de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre (añadida por la Ley 4/1999, de 13 de enero)[31].

No obstante, las pólizas suscritas por las Comunidades autónomas incluyen la cobertura a los centros concertados, si bien limitada a los daños sufridos por las personas beneficiarias de prestaciones públicas sanitarias que resultan derivadas a esos centros en

28 GARRIDO FALLA, F., "La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas", en *Jornadas de Estudio sobre la Reforma de la Ley 30/1992*, Sevilla, 1997, pp.39-54. Y también, antes, en su obra en coautoría con FERNÁNDEZ PASTRANA, J. Mª., *Régimen jurídico y procedimiento de las administraciones públicas: un estudio de la Ley 30/1992*, Madrid, Civitas, 1993.

29 Son ejemplos de ello, entre otras, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona de 23 diciembre 2002 (rec. apelación 857/2000), de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 10 noviembre de 2001 (rec. apelación 206/2000), de la Audiencia Provincial de Cádiz, de 15 de julio de 2011 (rec. apelación 542/2010) o de la Audiencia Provincial de Cádiz, de 23 octubre de 2012 (rec. apelación núm. 107/2012).

30 LOPEZ MENUDO, F., GUICHT REINA, E., y CARRILLO DONAIRE, J.A., *op cit*. Y más recientemente GALLARDO CASTILLO, Mª. J., *op. cit.*; y el propio profesor LÓPEZ MENUDO en el prólogo que hace a la obra de esta autora.

31 Según la cual, "*La responsabilidad patrimonial de las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social, sean estatales o autonómicos, así como de las demás entidades, servicios y organismos del Sistema Nacional de Salud y de los centros sanitarios concertados con ellas, por los daños y perjuicios causados por o con ocasión de la asistencia sanitaria, y las correspondientes reclamaciones, seguirán la tramitación administrativa prevista en esta Ley, correspondiendo su revisión jurisdiccional al orden contencioso-administrativo en todo caso*".

virtud del concierto. Asimismo, tantos los Pliegos de Prescripciones Técnicas como las pólizas subsiguientes prevén la posibilidad de dichos centros concertados puedan adherirse a las mismas, previa cotización de la compañía aseguradora.

La doctrina del Consejo Consultivo de Andalucía, al igual que la de otros órganos autonómicos análogos, aplica a los daños provocados por entidades concertadas el régimen de responsabilidad de concesionarios y contratistas en el marco del servicio público, extensamente expuesta en el dictamen 15/2000, y que hoy plasma el artículo 39.9 de la LRJSP y la legislación de contratos del sector público a la que éste se remite (que tradicionalmente ha imputado la responsabilidad del daño a la Administración si éste resulta de orden directa de aquella o de un vicio del proyecto –este último no supuesto resulta de aplicación a la responsabilidad sanitaria, por ser una relación de servicio-).

A partir del Dictamen citado, el Consejo Consultivo andaluz viene sosteniendo que la prestación del servicio sanitario por parte de un centro concertado no obstaculiza la apreciación del requisito de imputabilidad, independientemente de las consecuencias que se desprenden de la relación contractual. En este punto, la doctrina que arranca del dictamen mencionado señala que la regla-base de la responsabilidad del contratista es que éste responde por los daños que derivan directamente de su gestión, a menos que hayan sido ocasionados como consecuencia inmediata y directa de una orden de la Administración. Y en cuanto concierne al alcance del pronunciamiento de la Administración, el Consejo Consultivo de Andalucía advierte que la Administración no está legalmente compelida a pronunciarse sólo y exclusivamente sobre el sujeto responsable; antes al contrario, entiende que lo ajustado a Derecho resolver todas las cuestiones que plantea la reclamación.

Una cuestión enormemente trascendente en este punto es la de si el alcance de tal intervención comprende la determinación de quién haya de pagar la indemnización si se estima que hay responsabilidad, para cuya resolución ha de partirse del vigente artículo 196 LCSP (anterior 214 del TRLCSP), que establece la obligación del contratista indemnizar todos los daños y perjuicios que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera la ejecución del contrato (apdo. 1º). Precisando, a continuación que cuando tales daños y perjuicios hayan sido ocasionados como consecuencia inmediata y directa de una orden de la Administración, será esta responsable dentro de los límites señalados en las leyes (apdo. 2º). A tal efecto, las victimas del daño podrán requerir previamente, dentro del año siguiente a la producción del hecho, al órgano de contratación para que este, oído el contratista, informe sobre a cuál de las partes contratantes corresponde la responsabilidad de los daños. El ejercicio de esta facultad interrumpe el plazo de prescripción de la acción (apdo. 3º). La reclamación de aquellos se formulará, en todo caso, conforme al procedimiento establecido en la legislación aplicable a cada supuesto (apdo. 4º).

Sobre dicha base legal, el Consejo Consultivo de Andalucía viene sosteniendo que la Administración puede determinar que la actuación del contratista llevaría a éste a estar obligado al pago (salvo orden directa de la Administración al centro concertado apreciada en el caso concreto). Ahora bien, para ello es necesario que el contratista intervenga en el procedimiento, pudiendo efectuar las alegaciones y presentar las pruebas que estime oportunas para su defensa, sin que el informe emitido por el servicio

médico de la clínica concertada actuante pueda considerarse como cumplimentación de dicho derecho, como también tiene declarado el Consejo Consultivo andaluz[32].

IV. BIBLIOGRAFÍA

ALEGRE ÁVILA, J. M., "El aseguramiento de la responsabilidad civil extracontractual de la Administración Pública: procedimiento y jurisdicción", *Revista Derecho y salud*, Vol. 13, núm. 1, 2005, pp. 1-18.

ARQUILLO COLET, B., "Seguro y responsabilidad patrimonial de la Administración Pública Sanitaria", *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 1, 2004.

BAENA RUIZ, E., "Responsabilidad de la administración pública sanitaria versus acción directa del art. 76 de la Ley de Contrato de Seguro", en AAVV, *Derecho de daños*, 2020 (coord. por HERRADOR GUARDIA, M.J.), 2020, pp. 717-741

CLAVERO TERNERO, M., *La acción directa del perjudicado contra el asegurador de responsabilidad*, Tecnos, Madrid, 1995.

DE PALMA DEL TESO, A., "El lamentable peregrinaje jurisdiccional entre el orden social y el contencioso-administrativo en materia de reclamaciones de indemnización por daños derivados de la deficiente atención sanitaria de la Seguridad Social", *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 89, 1996, pp. 135-148

GALLARDO CASTILLO, Mª. J., *Administración sanitaria y responsabilidad patrimonial*, Colex, 2021.

GAMERO CASADO, E., "El aseguramiento de la responsabilidad patrimonial de la Administración", en AAVV, *La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública: estudio general y ámbitos sectoriales* (dir. QUINTANA LÓPEZ, T.,), vol. I, Tirant lo Blanch, 2013, pp. 221-292.

- "Los seguros de responsabilidad patrimonial de la Administración: recientes pactos y reformas", *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 3, 2004, pp. 1934-1939.

- "Los contratos de seguro de responsabilidad extracontractual de las Administraciones Públicas", *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 103, 1999, pp. 357-381.

GRIJALBA LÓPEZ, J.C., "La compañía aseguradora en el procedimiento de responsabilidad patrimonial", *Revista Derecho y salud*, vol. 21, núm. extraordinario 1, 2011, pp. 153-166.

HUERGO LORA, A., "El seguro de responsabilidad civil de las Administraciones Públicas y la doctrina de la vis atractiva", *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 122, 2004, pp. 199-222.

- "El seguro de responsabilidad civil de las Administraciones Públicas", *Indret: Revista para el Análisis del Derech*o, núm. 3, 2003.

- *El seguro de responsabilidad civil de las Administraciones Públicas*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2002.

32 Por citar un ejemplo reciente, en su Dictamen 90/2021, de 11 de febrero.

LEGUINA VILLA, J., "Responsabilidad patrimonial de la Administración y unidad jurisdiccional", *Revista Justicia administrativa*, núm. extraordinario, 1999, págs. 5-14.

LÓPEZ MENUDO, F., GUICHOT REINA, E., CARRILLO DONAIRE, J.A., *La responsabilidad patrimonial de los poderes públicos*, Lex Nova, 2006.

PANTALEÓN PRIETO, F., "Responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas: sobre la jurisdicción competente", *Cuadernos de derecho judicial*, núm. 14, 1996, pp. 25-44.

RESUMEN

El trabajo analiza el aseguramiento de la responsabilidad sanitaria de las Administraciones públicas desde una doble perspectiva. Una primera que atiende a la habilitación legal, naturaleza y régimen jurídico de este tipo de contratos en la legislación de contratos del sector púbico y la específica del contrato de seguro, atendiendo a la práctica asentada en las Comunidades Autónomas que son las que operan el servicio sanitario en sus respectivos territorios. La segunda se centra en la dualidad jurisdiccional que se mantiene entre los órdenes jurisdiccionales de lo contencioso-administrativo y de lo civil, y de cómo esa dualidad afecta a la posición de la compañía aseguradora en el procedimiento de reclamación, y al Derecho aplicable para sustanciar el fondo del asunto. Finalmente se presta atención al problema de la *cobertura del aseguramiento en el caso de las entidades y centros sanitarios concertados.*

Palabras clave: Responsabilidad de la Administración sanitaria, contrato de aseguramiento de la responsabilidad sanitaria.

ABSTRACT

This paper analyzes the assurance of the civil responsibility of the Public healthcare services from a double perspective. The first deals with the legal qualification, nature and legal regime of this type of contract in the legislation of puclic procurement and that specific to the private insurance contract, in accordance with the established practice in the Comunidades Autónomas that are the ones that operates the service in Spain. The second focuses on the jurisdictional duality that is maintained between the contentious-administrative and civil jurisdictional orders, and how this duality affects the position of the insurance company in the claim procedure, in one hand, and the applicable law in case in other hand. Finally, attention is paid to the problem of insurance coverage in the case of concerted health centers.

***Keywords*:** Public healthcare service responsibility, health liability insurance.

DICTÁMENES

CONSEJO CONSULTIVO DE ANDALUCÍA

Dictamen 99/2021

Responsabilidad patrimonial de la Administración derivada de asistencia sanitaria.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

I

Se solicita dictamen de este Consejo Consultivo sobre el procedimiento de responsabilidad patrimonial tramitado por el Servicio Andaluz de Salud (en adelante SAS) a instancia de don D.J.Z., y doña MR.V.P.

Teniendo en cuenta que la indemnización solicitada asciende a 300.000 euros, el dictamen resulta preceptivo, de conformidad con lo establecido en el artículo 17.10.a) de la Ley 4/2005, de 8 de abril, del Consejo Consultivo de Andalucía; norma concordante con lo que estableció el apartado 3 del artículo 142 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en la redacción dada por la disposición final cuadragésima de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible (ambas derogadas), y con lo que actualmente se dispone en el artículo 81.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, según interpretación reiterada de este Consejo Consultivo.

A este respecto, aunque el artículo 81.2 de la referida Ley 39/2015 viene a exigir que el dictamen se pronuncie sobre la existencia o no de relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y la lesión producida y, en su caso, sobre la valoración del daño causado y la cuantía y modo de la indemnización, es evidente que para la valoración de tales elementos es necesario examinar los restantes presupuestos de la responsabilidad patrimonial.

[…]

III

Realizadas las consideraciones precedentes, ha de dejarse constancia de la legitimación de los reclamantes [arts. 31.1.a) y 139.1 de la Ley 30/1992].

Por otra parte, cabe afirmar que la reclamación se presentó dentro del plazo de un año legalmente previsto (art. 142.5 de la Ley 30/1992). En efecto, la asistencia que se censura tuvo lugar antes del nacimiento de la menor (15 enero de 2016), siendo entonces diagnosticada de anoftalmia bilateral, y la reclamación se presentó el 21 de diciembre de 2016.

En lo que atañe al procedimiento, cabe indicar que se han cumplimentado los trámites preceptivos y se ha incorporado al expediente la documentación precisa para dar respuesta a la reclamación. Sin perjuicio de lo anterior, hay que señalar que la

tramitación ha rebasado el plazo de seis meses para resolver y notificar la resolución (art. 91.3 de la Ley 39/2015); demora que menoscaba el principio de eficacia que ha de presidir la actuación administrativa (art. 103.1 de la Constitución) y la expectativa de los ciudadanos de ver resueltas en plazo sus solicitudes.

Debe recordarse, en este orden de cosas, que el artículo 31 del Estatuto de Autonomía para Andalucía consagra el derecho a una buena administración, incluyendo la resolución de los asuntos en un plazo razonable, y que el artículo 3.t) de la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía, alude al principio de buena administración y calidad de los servicios, que comprende [art. 5.1.d)] el derecho a que los asuntos sean resueltos en un plazo razonable.

En cualquier caso, subsiste el deber de la Administración de resolver expresamente (art. 21.1 de la Ley 39/2015), sin vinculación alguna al sentido del silencio por ser en este caso negativo [art. 24.3.b) de dicha Ley].

También reiteramos a la Administración consultante que el legislador establece que la comunicación a la parte reclamante del plazo para resolver y los efectos del silencio se realice en el plazo de diez días (hábiles), según el artículo 21.4, párrafo segundo, de la Ley 39/2015.

IV

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Los reclamantes solicitan responsabilidad de la Administración, no por la malformación en sí –que es obvio que no trae su causa en ningún acto médico– sino por no haber detectado la malformación existente en el feto, lo que sitúa la cuestión en un problema de antijuridicidad del daño. En este sentido debe recordarse que la inevitable limitación de la ciencia médica para detectar, conocer con precisión y sanar todos los procesos patológicos que puedan afectar al ser humano es una realidad que la normativa terminó reconociendo como causa excluyente de la antijuricidad del daño en el artículo 141.1 de la Ley 30/1992 (vigente artículo 34.1 de la Ley 40/2015) y que vino a consagrar legislativamente la doctrina jurisprudencial tradicional, cuyo alcance ha quedado aquilatado en este precepto en el que se dispone que "no serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquéllos". Por tanto, el reconocimiento de la responsabilidad patrimonial por los daños originados *en* o *por* las actuaciones del sistema sanitario, exige la apreciación de que la lesión resarcible fue debida a la no observancia de la llamada *lex artis*, esto es, que tales actuaciones no se hayan ajustado a las reglas que según el estado de los conocimientos o de la técnica eran las científicamente correctas, en general

o en una situación concreta. Son los denominados riesgos del progreso como causa de justificación del daño, el cual ya la jurisprudencia anterior venía considerando como no antijurídico cuando se había hecho un correcto empleo de la *lex artis*, puesto que no es exigible del sistema sanitario un resultado que las reglas del conocimiento técnico no garantizan -por no haber alcanzado el estado de la ciencia aún tal nivel de conocimiento- o porque el empleo de otras técnicas más específicas o sofisticadas no sean aplicables al caso concreto habida cuenta de las circunstancias concurrentes.

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

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

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

Tampoco puede aplicarse al caso la doctrina de la pérdida de la oportunidad puesto que no ha quedado acreditado la incorrección en la técnica utilizada ni que en caso de haberse realizado otra hubiera resultado concluyente para detectar la anomalía padecida por el feto.

Lo anterior debe ponerse en relación con la doctrina reiterada de este Consejo Consultivo sobre la responsabilidad patrimonial por la asistencia sanitaria, en la que se destaca que dicha asistencia debe calificarse, con carácter general, como obligación de

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

En consecuencia, a la vista de los informes y documentación obrante en el expediente administrativo, cabe afirmar que no ha resultado probada la existencia de una mala praxis médica, por lo que este Consejo Consultivo considera que la conclusión desestimatoria alcanzada por la propuesta de resolución dictaminada resulta ajustada a Derecho. No pudiéndose apreciar, pues, la responsabilidad patrimonial de la

Administración, no es preciso entrar a analizar el problema de la valoración del daño, cuantía y modo de la indemnización que hubiera debido acordarse en caso contrario.

CONCLUSIÓN

Se dictamina favorablemente la propuesta de resolución desestimatoria dictada en el procedimiento de responsabilidad patrimonial de la Administración tramitado por el Servicio Andaluz de Salud, a instancia de doña MR.V.P., y don D.J.Z.

Revista Española de la Función Consultiva
ISSN: 1698-6849, núm. 34, julio-diciembre (2020) págs. 101-106

CONSEJO CONSULTIVO DE ANDALUCÍA

Dictamen 303/2022

Responsabilidad patrimonial de la Administración derivada de asistencia sanitaria.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

I

Se solicita dictamen de este Consejo Consultivo sobre el procedimiento de responsabilidad patrimonial tramitado por el Servicio Andaluz de Salud a instancia de (...) en representación de la parte reclamante.

Teniendo en cuenta que la indemnización solicitada asciende a 117.575,91 euros, el dictamen resulta preceptivo, de conformidad con lo establecido en el artículo 17.10.a) de la Ley 4/2005, de 8 de abril, del Consejo Consultivo de Andalucía; norma concordante con lo que estableció el apartado 3 del artículo 142 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en la redacción dada por la disposición final cuadragésima de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible (ambas derogadas), y con lo que actualmente se dispone en el artículo 81.2 de la vigente Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, según interpretación reiterada de este Consejo Consultivo.

Respecto al alcance del dictamen, aunque el artículo 12.2 del Reglamento de los procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial (aprobado por Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo), viene a exigir que el dictamen se pronuncie sobre la existencia o no de relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y la lesión producida y, en su caso, sobre la valoración del daño causado y la cuantía y modo de indemnización (art. 12.2), es evidente que para la valoración de tales elementos es necesario examinar los restantes presupuestos de la responsabilidad patrimonial.

[…]

III

La reclamación se interpone por persona legitimada para reclamar, ya que se trata de la esposa e hijos del paciente fallecido [arts. 31.1.a) y 139.1 de la Ley 30/1992].

Por otra parte, la acción se ha ejercido dentro del plazo de un año dispuesto en el artículo 142.5 de la Ley 30/1992 pues la reclamación se interpone el 10 de febrero de 2015 y el fallecimiento aconteció el 11 de febrero de 2014.

En cuanto al procedimiento, deben formularse las siguientes observaciones:

- La primera, que se ha superado ampliamente el plazo de seis meses para resolver y notificar la resolución (art. 13.3 del Reglamento de los procedimientos de las

Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial), pues han transcurrido más de siete años desde su inicio, en detrimento del principio de eficacia que ha de presidir la actuación administrativa (art. 103.1 de la Constitución) y la expectativa de los ciudadanos de ver resueltas en plazo sus solicitudes.

Debe recordarse en este orden de cosas, que el artículo 31 del Estatuto de Autonomía para Andalucía consagra el derecho a una buena administración, incluyendo la resolución de los asuntos en un plazo razonable, y que el artículo 3.t) de la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía, alude al principio de buena administración y calidad de los servicios, que comprende [art. 5.1.d)] el derecho a que los asuntos sean resueltos en un plazo razonable.

No obstante, como es sabido, la Administración debe resolver expresamente (art. 42.1 de la Ley 30/1992), sin vinculación alguna al sentido del silencio por ser en este caso negativo [art. 43.4.b) de dicha Ley].

- La segunda que, aunque se ha comunicado a la parte reclamante el plazo para dictar la resolución y para su notificación, así como los efectos del silencio administrativo, tal comunicación no se ha realizado en el plazo de diez días (hábiles) siguientes a la recepción de la solicitud, como exige el artículo 42.4, párrafo segundo, de la Ley 30/1992. No obstante, esta irregularidad no tiene efectos invalidantes (arts. 62.1 y 63 de la citada Ley).

IV

Sin perjuicio de lo anterior, el daño alegado es efectivo, evaluable económicamente, individualizado, antijurídico e imputable a la Administración contra la que se reclama, al atribuirse a la prestación sanitaria desplegada por el SAS.

Por lo que se refiere a la relación de causalidad entre la asistencia sanitaria prestada y el daño alegado, ha de probarse por la reclamante (arts. 217.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 6 del Reglamento de los procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial), correspondiendo a la Administración la de los hechos obstativos a la misma (art. 217.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

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 cardiaca, 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 esté en relación no con cualquier resultado adverso derivado de la intervención médica, sino del 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 de 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 del 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.

CONCLUSIÓN

Se dictamina favorablemente la propuesta de resolución desestimatoria relativa al procedimiento de responsabilidad patrimonial de la Administración instado por (…) en representación de la parte reclamante.

Revista Española de la Función Consultiva
ISSN: 1698-6849, núm. 34, julio-diciembre (2020) págs. 107-116

CONSELL JURÍDIC CONSULTIU DE LA COMUNITAT VALENCIANA

Dictamen 614/2022

Responsabilidad patrimonial instruida como consecuencia de la reclamación derivada de una deficiente asistencia sanitaria prestada en un hospital público, que la reclamante califica de "violencia obstétrica", así como de una mala praxis y deficiente información.

I

ANTECEDENTES

Del examen del expediente remitido se desprende que:

Primero.- Con fecha […], tuvo entrada en el Registro General del órgano competente de la Consellería de Sanidad Universal y Salud Pública de la Comunitat Valenciana, escrito de reclamación de responsabilidad patrimonial de Dª X, remitido por correo certificado de fecha […], por la asistencia que considera deficientemente prestada en la sanidad pública a consecuencia de mala praxis y deficiente información, según los hechos que se relatan a continuación.

La reclamante en su escrito, en relación con la asistencia sanitaria prestada, exponía, resumidamente, los siguientes hechos:

Dª X., tras cambio de residencia, acudió al Hospital Universitari i Politècnic La Fe de València a las 37 semanas de embarazo para llevar a cabo en dichos centros el seguimiento de la última fase de su gestación gemelar y recibir la asistencia sanitaria precisa en el parto y nacimiento de sus hijos, cuando tuviera lugar.

La parte reclamante sostiene que en las revisiones previas a su parto por cesárea y nacimiento de sus hijos en dicho Hospital, -y en la misma cesárea- la paciente sufrió "*mala praxis y deficiente información, que puede calificarse claramente de engaño, maltrato institucional y violencia obstétrica"* por parte del personal que la atendió, que *"la arrastró a las situaciones que vivió posteriormente en su parto",* responsabilizando a dicho personal.

Alega asimismo que la reclamante ha sufrido, a causa de tal actuación, un "*trastorno de estrés postraumático*", que fue diagnosticado en fecha 19 de agosto de 2019, por la Psicóloga especialista, Dª X..

Tales afirmaciones se sustentan en la percepción de que el embarazo gemelar de la Sra. G. era "completamente sano y sin incidencias", que seguía su curso normal y teniendo la reclamante la intención de que el parto se produjera de manera espontánea fisiológica y natural, ya que todos sus análisis y revisiones eran correctos y normales hasta la fecha y tanto su estado de salud, como el de sus gemelos era perfecto.

Al decir de la reclamante, en la revisión de la semana 37 de Gestación realizada el 27 de Agosto de 2018, el Ginecólogo que atendió a la paciente el propio Jefe, Dr. D. X., Jefe de Servicio de Obstetricia del Hospital Universitario La Fe de Valencia, le

indicó lo siguiente: *"En la Fe los embarazos gemelares los interrumpimos en la semana 37 y por cesárea programada, así que ven el lunes para ingresar".*

La interesada, ante su asombro, pidió al médico explicaciones y una "*información clara, concisa y objetiva de que riesgos tenía seguir con el embarazo, cómo era posible que en otros hospitales esto no se hiciera y los riesgos para sus hijos y para ella de adelantar el nacimiento de esa forma, así como de la cesárea"*.

La parte reclamante sostiene que el Doctor P. se negó a darle esa información y ante la insistencia de la Sra. G. reclamando información, como era su derecho establecido en la ley, el Dr. P. le espetó de manera brusca que si quería un parto vaginal tenía que hacerle una Hamilton, porque el embarazo debía terminar sí o sí en la semana 37 (a pesar de que, como se ha reiterado, se trataba de un embarazo normal y los controles prenatales anteriores eran normales) y esperar a que se pusiera ella sola de parto. Lo único que hizo el Dr. P. en esa consulta fue dar órdenes y exigir obediencia.

Así que, sin información alguna sobre los riesgos de practicar la maniobra de Hamilton *y sin el consentimiento expreso y por escrito de la paciente, el facultativo, "violando toda la normativa en bloque sobre derechos de los/las pacientes y usuarios y disponiendo del cuerpo de Doña S. a su voluntad, le practicó la Maniobra de Hamilton",* con el consiguiente dolor, tanto a nivel físico, como a nivel psicológico, por la sensación de indefensión que tuvo Doña S. en ese momento. Durante ese fin de semana, D.ª S. sufrió unos dolores insoportables, por la práctica de una maniobra tan agresiva e innecesaria, que, evidentemente, no tenía el deber jurídico de soportar.

El Dr. P., acto seguido, le emplazó para el lunes siguiente, 3 de septiembre de 2018, para, según sus palabras, realizar un *"parto inducido",* sin dar a D.ª S. tampoco información alguna sobre "la actuación médica de inducción" (es decir, la utilización de oxitocina, Prostaglandinas, etc.) para ella y sus bebés y los riesgos de dicha actuación.

Con esta deficiente información, ingresó en el Hospital el día 3 de septiembre de 2018 y ante el asombro de Doña S., le indicaron que ingresaba para la realización de una cesárea programada.

Ante la negativa de Doña S. y la reclamación, de nuevo, de explicaciones sobre las actuaciones médicas que se le estaban literalmente ordenando y los riesgos de éstas, le revisó un nuevo Ginecólogo , el Doctor D. V. J. D. A., que le empezó a amenazar con un supuesto "*peligro de muerte*" que corrían sus bebés, de una manera exagerada, nada respetuosa y nada objetiva, impropia completamente de un Médico que presta servicios en un Hospital Público y le hizo una ecografía de manera absolutamente "precipitada", indicándole , sin mirarle a la cara: "*Esto está de nalgas, tiene que ser cesárea*", sin dejarle ver la ecografía, ni explicarle nada al respecto.

D.ª S. sabía que sus bebés estaban en posición cefálica, por lo que volvió a pedir explicaciones, insistiendo en que debía ser un error, que no era posible. Explicaciones que dicho ginecólogo se negó a dar.

Sin hacer caso de los argumentos de Doña S., la bajaron al quirófano para practicarle la cesárea y no le dejaron ir con acompañante, violando de nuevo la Ley 10/2014 de Salud de la Comunidad Valenciana, que en su artículo 9 bis e), que indica:

"Artículo 59 bis Derechos generales y ámbito de aplicación

1. En el ámbito de la salud sexual y reproductiva, las mujeres tienen los siguientes:

e) A estar acompañada por la persona designada por ella a este efecto, en todas las pruebas y actuaciones médicas realizadas durante el embarazo, incluidos los casos de aborto o defunción perinatal, en la atención al parto o cesárea, ya sea programada o urgente y en las actuaciones médicas realizadas en el posparto".

En ese momento, cree Doña S. que le dieron a firmar un documento de consentimiento informado, sin que nadie le explicara ni los motivos de practicarle la cesárea ese mismo día, ni los riesgos de la misma, violando sus derechos más básicos a obtener información y prestar su consentimiento informado y el art. 43.9 de la citada Ley de Salud de la Comunidad Valenciana cuando indica:

"9. La información previa al consentimiento se facilitaré con la antelación suficiente y, en todo caso, al menos veinticuatro horas antes del procedimiento correspondiente, siempre que no se trate de actividades urgentes. En ningún caso se dará información al paciente cuando esté adormecido ni con sus facultades mentales alteradas, ni tampoco cuando se encuentre ya dentro del quirófano o la sala donde se practicaré el acto médico o el diagnóstico."

El documento no se firmó 24 horas antes de la cesárea programada (no era, evidentemente urgente), tal y como exige el citado precepto.

Cuando Doña S. entró en el quirófano oyó claramente cómo el Ginecólogo que iba a practicarla preguntó "¿Qué tenemos?" y que le contestaron: *"Niño en cefálica, niña en cefálica".*

D.ª S. se sintió, en ese momento, desesperada, completamente engañada, estafada por prestadores de servicios de salud públicos que habían hecho con ella lo que habían querido, abocándola a padecer y tener que soportar una operación quirúrgica, como es la cesárea, sin motivos para ello, porque, como ella ya sabía, sus bebés estaban en posición cefálica, sino únicamente porque así lo habían decidido los ginecólogos que la atendieron para acabar con su embarazo cuando ellos querían: en la semana 37.

Considera que se trató de *"una cesárea hecha a voluntad de los ginecólogos que la atendieron contraria a la Lex Artis, no basada en la evidencia científica, realizada sin dar a la reclamante una información seria y completa de su indicación, de por qué se le hacía y de sus riesgos y llevada a cabo, presumiblemente, solo por la mera conveniencia del personal sanitario, para acelerar el proceso normal del parto, probablemente por motivos de agenda".*

Argumenta que "*se ha vulnerado el principio de legalidad que debe informar toda la actuación de los prestadores de servicios públicos, Incurriendo en una clara y evidente desviación de poder (que en estos casos la doctrina científica califica de "desviación grosera") que ha generado daños en la reclamante que no tenía el deber jurídico de soportar. Desde el mismo instante en el que entró en el hospital, Doña S. comenzó a sufrir un maltrato institucional y una violencia obstétrica inadmisible".*

Alega, pues, falta de los documentos informados suscritos por la paciente de las actuaciones médicas e insuficiente información de la inducción al parto.

Como ya se ha manifestado previamente, no consta el documento de consentimiento informado de la Maniobra de Hamilton que se practicó a Doña S. y el

documento de consentimiento informado de la cesárea no cumple con los requisitos legales básicos para poder calificarse como tal y poder permitir que Doña S. hubiera tomado una decisión consciente e informada sobre la necesidad de dicha inducción y la consintiera.

La parte reclamante sostiene que los riesgos de la cesárea no fueron informados a la paciente, antes de practicar dicha actuación médica, ni se recabó su consentimiento por escrito 24 horas antes de practicarle la misma tal y como exige la ley al ser un procedimiento que puede afectar tanto a la Salud de las mujeres, no siendo un caso de cesárea urgente. Se trató más bien, de una "cesárea por engaño" y por conveniencia de los Ginecólogos que la atendieron.

Por último, añade en este punto que: *"no se conoce otra rama de la medicina en el que el incumplimiento de la Ley de Autonomía del paciente (tanto estatal como autonómica) sea tan reiterado, sistemático y tan impune, sin que nadie ponga remedio de una vez por todas. Que deje tantas víctimas de actuaciones médicas con depresión, ansiedad, trastornos de estrés postraumático y sufriendo todo tipo de secuelas obstétricas y consecuencias de las intervenciones quirúrgicas realizadas por decisión unilateral sin información ni consentimiento*.

Alega, igualmente, existencia de *"violencia obstétrica"*, con referencias al derecho comparando.

Considera, pues, que se incurrió en *"falta de respeto, trato deshumanizado, humillación, discriminación, violación de su derecho constitucional a la integridad física e intimidad (artículos 15 y 18 de la Constitución Española), violación de sus derechos como paciente y usuaria y en especial el consentimiento informado, que se ha relatado, suponen actos constitutivos de violencia obstétrica que le causaron a Doña S. un daño psíquico, que han sido debidamente diagnosticado en informe psicológico que se adjunta a la presente reclamación y por el que ha necesitado tratamiento, así como daños y secuelas físicas y la imposibilidad de desempeñar el trabajo que Doña S. venía realizando con anterioridad a su cesárea innecesaria y que debe indemnizarse*".

Cuantifica los daños en 60.000 €, por el daño moral más el interés legal desde la fecha de la reclamación hasta el pago.

Alega la producción de una secuela psíquica, diagnosticada oportunamente mediante la pericia de psicología clínica aportada, que tiene su origen en "las *vivencias de su parto en el Hospital."*

Además, "*el daño moral por violación de los derechos humanos, constitucionales, los derechos de pacientes y usuarios y, fundamentalmente, el derecho a prestar el consentimiento informado y ser dueña de su propio cuerpo, que los propios Tribunales han evaluado en numerosas sentencias, siendo constante incluso la cuantía que se fija en los procedimientos*".

Sostiene, además, la existencia nexo causal entre el funcionamiento anormal del servicio prestado en el Hospital (mediante incumplimiento de toda la normativa sanitaria en bloque y la realización de los actos constitutivos de maltrato institucional y violencia obstétrica y la realización de una cesárea innecesaria impuesta a la reclamante, sin motivos médicos) que generó un daño que es antijurídico, es decir un daño que Doña S. no tenía el deber jurídico de soportar.

El funcionamiento anormal del servicio prestado en el Hospital, la actuación reprochable de los profesionales que atendieron el parto de Doña S., la violencia obstétrica y maltrato institucional ejercido es contrario a la Lex Artis y a los protocolos actuales aplicables, y han generado un daño moral, que, por tanto, debe ser indemnizado.

- La falta de consentimiento informado durante toda la atención del embarazo hasta la finalización de este por una cesárea que "*querían"* los ginecólogos fue palmaría y generadora de un auténtico daño moral irreversible para la reclamante, como ha quedado expuesto.

Concluye afirmando que, en este caso, *"…para Doña S., la decisión de la cesárea debería haber contado con toda la información requerida legalmente que le hubiera hablado no sólo de riesgos genéricos, a través de un modelo de documento completamente insuficiente, sino de la consecuencias claras y comprensibles, de la misma y, sin engaños*".

Segundo.- Acompaña a la reclamación diversos documentos que forman parte de la historia clínica de la paciente; los informes referenciados en su escrito de reclamación y un "*Peritaje psicológico*" a cargo de la Psicóloga M. F. A., en relación al trastorno por estrés postraumático, que ha sufrido la reclamante como consecuencia de las vivencias del parto y en el que se señala que:

"*La persona evaluada, S. G. M. de 33 años. Presenta la sintomatología propia del TRASTORNO POR ESTRÉS POSTRAUMÁTICO 309.81 (F43.10).*

Atendiendo a los criterios diagnósticos del DSM-V.

A. Experiencia directa del suceso traumático.
B. Malestar psicológico intenso o prolongado al exponerse a factores internos o externos que simbolizan o se parecen a un aspecto del suceso traumático.
C. Evitación persistente de estímulos asociados al suceso traumático. Evitación o esfuerzos para evitar recuerdos, pensamientos o sentimientos angustiosos acerca o estrechamente asociados al suceso traumático.
D. Alteraciones negativas cognitivas y del estado de ánimo asociadas al suceso traumático, que comienzan o empeoran después del suceso traumático, como se pone de manifiesto por dos o más de las características siguientes:
a. Incapacidad de recordar un aspecto importante del suceso traumático.
b. Creencias o expectativas negativas persistentes o exageradas sobre uno mismo los demás o el mundo.
c. Estado emocional negativo persistente.
d. Disminución importante del interés o la participación en actividades significativas.
e. Sentimiento de desapego o extrañamiento de los demás. (En este caso de su pareja y padre de sus hijos).
E. Alteración importante de la alerta y reactividad asociada al suceso traumático.

a. Comportamiento irritable y arrebatos de furia (con poca o ninguna provocación) que se expresan típicamente como agresión verbal o física contra personas u objetos.
b. Hipervigilancia.

c. Problemas de concentración.

F. La duración de la alteración es superior a un mes.

G. La alteración causa malestar clínicamente significativo o deterioro en lo social, laboral u otras áreas importantes del funcionamiento.

H. La alteración no se puede atribuir a los efectos fisiológicos de una sustancia".

[…]

II

CONSIDERACIONES

[…]

Cuarta.- Desde este planteamiento, en el supuesto objeto de dictamen ha de examinarse si −como alega la parte reclamante− existe una relación de causalidad entre la asistencia sanitaria prestada y los supuestos daños que se reclaman por la deficiente asistencia prestada en la sanidad pública a consecuencia de mala praxis y deficiente información, tal como figura en la reclamación transcrita en Antecedentes.

La reclamante alega una serie de hechos ocurridos durante la realización del parto que a su entender no se corresponden con una actuación sanitaria adecuada y, que de ser ciertos, no solo supondría la vulneración de la *lex artis* sino también las recomendaciones realizadas por la OMS y los informes presentados ante la Asamblea de Naciones sobre violencia obstétrica y las recomendaciones para su eliminación.

La vulneración de derechos que comporta la Violencia Obstétrica viene señalada por el Comité para la eliminación de la Discriminación contra la mujer (en adelante CEDAW), que en su Dictamen de 28 de febrero de 2020, tras señalar ''*que considera también el reciente informe de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias, presentado ante la Asamblea General de las Naciones Unidas, sobre los derechos humanos del maltrato y la violencia contra la mujer en los servicios de salud reproductiva, con especial hincapié en la atención del parto y la violencia obstétrica. En dicho informe, la Relatora Especial utiliza el término "violencia obstétrica" para referirse a la violencia sufrida por las mujeres durante la atención del parto en los centros de salud, y afirma que "esta forma de violencia es un fenómeno generalizado y sistemático". Asimismo, la Relatora Especial explica que algunas de las causas subyacentes de la violencia obstétrica son las condiciones de trabajo y las limitaciones de recursos, así como la dinámica del poder en la relación entre el centro de salud y los pacientes, que se ve agravada por los estereotipos de género sobre el papel de la mujer…*". Y además añade: "…*Al respecto, el Comité considera que la aplicación de estereotipos afecta el derecho de la mujer a ser protegida contra la violencia de género, en el caso presente la violencia obstétrica, y que las autoridades encargadas de analizar la responsabilidad por tales actos deben ejercer especial cautela para no reproducir estereotipos. En el presente caso, el Comité observa que existía una alternativa a la situación vivida por la autora, dado que su embarazo se desarrolló normalmente y sin complicaciones, que no había emergencia cuando llegó al hospital, pero que, sin embargo, desde su ingreso fue sometida a numerosas intervenciones sin que haya recibido explicaciones al respecto y sin que se le haya permitido opinar al respecto…" (*CEDAW/C/75/D/138/2018*).*

Tanto en este dictamen como en el CEDAW/C/82/D/149/2019, de fecha 27 de junio de 2022, este organismo internacional considera vulnerados preceptos de la Convención por parte del Estado español y le recomienda que debe proporcionar una reparación apropiada, incluida una indemnización financiera adecuada a los daños causados. Al respecto, acerca del valor y aplicabilidad de estas recomendaciones de CEDAW, cabe recordar el pronunciamiento del Tribunal Supremo en su STS 2747/2018 en la que concluye:

1º) que la inexistencia de un cauce específico y autónomo para hacer efectivas en el ordenamiento español las recomendaciones de un Dictamen del Comité de la CEDAW por vulneración de derechos fundamentales reconocidos en La Convención por parte del Estado español, impide exigir autónomamente el cumplimiento de aquellos dictámenes.

2º) que, no obstante esa afirmación, dado que la existencia de un cauce adecuado y eficaz para hacer valer el reconocimiento de la vulneración de derechos fundamentales ante los órganos judiciales españoles atañe directamente al respeto y observancia por los poderes públicos españoles de los derechos fundamentales, es posible admitir en este caso que ese Dictamen sea el presupuesto habilitante para formular una reclamación de responsabilidad patrimonial del Estado por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia como último cauce para obtener la reparación, ello con independencia de la decisión que resulte procedente en cada caso e, incluso, de la posible procedencia de otros en los supuestos de hecho que puedan llegar a plantearse.

3º) que, en este caso y en el ámbito de la responsabilidad patrimonial del Estado, concluimos que la Administración vulneró derechos fundamentales de la recurrente, concretamente sus derechos a la igualdad ya no ser discriminada por razón de sexo, a la integridad física y moral, y a la tutela judicial efectiva, y ello por no asumir la demanda de reclamación de responsabilidad patrimonial y poner fin a los efectos de una declaración de lesión de derechos de la mujer por haber sufrido un acto de discriminación derivado de una situación de violencia sobre la mujer, que le vinculaba en los términos de La Convención y El Protocolo Facultativo.

4º) que casamos y anulamos la sentencia impugnada en cuanto no apreció tal vulneración de derechos fundamentales, así como la inicial decisión administrativa por silencio, y declaramos la obligación de la Administración de reparar esa vulneración imponiéndole directamente"

En el asunto objeto de este dictamen, la reclamante afirma que sufrió mala praxis y deficiente información, en la atención dispensada, que califica como violencia obstétrica y maltrato institucional que le han producido unos daños por la atención incorrecta en el embarazo y el parto que justifica con la aportación de un informe psicológico que afirma que la Sra. S. G. presenta la sintomatología propia de trastorno por estrés postraumático.

Los informes médicos incorporados al expediente describen detalladamente la atención prestada a la paciente, sin embargo no justifican algunas de las cuestiones alegadas en la reclamación, una de ellas es que no se le permitió el apoyo emocional de un acompañante de su elección, cómo recomienda la OMS para los cuidados del parto (Recomendaciones de la OMS para los cuidados durante el parto, para una experiencia de parto positiva) y que regula la ley 10/2014 de Salud de la Comunidad Valenciana, así

en el ámbito de la salud sexual y reproductiva las mujeres tienen el derecho: "*a estar acompañada por la persona designada por ella a este efecto, en todas las pruebas y actuaciones médicas realizadas durante el embarazo, incluidos los casos de aborto o defunción perinatal, en atención al parto por cesárea, ya sea programada o urgente y en las actuaciones médicas realizadas en el posparto"* (el art.59.1f). La negación a la solicitud de estar acompaña tampoco figura en ninguno de los consentimientos ni ha sido explicada en los distintos informes médicos que obran en el expediente.

La reclamante afirma que se le realizó la maniobra de Hamilton sin su consentimiento y según la resolución 2306 (2019) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa en su apartado 3 señala: *"la violencia obstétrica y ginecológica es una forma de violencia que se ha ocultado durante mucho tiempo y todavía se ignora con demasiada frecuencia. En la intimidad de una consulta médica o de un parto, las mujeres son víctimas de prácticas violentas o que pueden ser percibidas como tales. Estos incluyen actos inapropiados o no consensuados, como episiotomías y palpaciones realizadas sin consentimiento, presión uterina o intervenciones dolorosas sin anestesia…*".

El informe de funcionamiento afirma la realización de esta maniobra pero sin embargo no figura en ninguno de los consentimientos, a pesar de su relevancia, dado que de acuerdo con la Resolución antes mencionada se puede incluir como una forma de violencia obstétrica.

Otra de las cuestiones planteadas por la reclamante es la programación de la cesárea en contra de su voluntad dado que según ella manifiesta los gemelos estaban en posición cefálica. Respecto a esta afirmación existe una cierta disparidad en los respectivos informes en cuanto a justificar porque se le realizó la cesárea, siendo que en la semana que se programa la misma (27/08/2018) los fetos están en posición cefálica y es después cuando ingresa el 3 de septiembre que se afirma que uno de ellos estaba en posición podálica (según informe de la consultora Promede y el informe médico de funcionamiento), finalmente los fetos nacen en posición cefálica según se recoge en el informe médico de funcionamiento. En realidad, esta cuestión no figura en la hoja de consentimiento de la Cesárea que consta en el expediente, al ser una hoja tipo no personalizada.

Por lo que respecta a la información dada en los modelos de prestación del consentimiento incorporados al expediente se constata una deficiencia en la información que no se corresponde con el nivel de información requerido en estos casos. Si nos centramos en el escrito de consentimiento de la cesárea, dado que los otros se corresponden con el proceso de anestesia y de transfusión de hemoderivados, no da cuenta de la realización de la maniobra de Hamilton que afirma la reclamante que se le practico sin dar su consentimiento y que en el informe de funcionamiento, transcrito en Antecedentes, se afirma también que se le practicó para "favorecer el parto vaginal". El consentimiento informado en realidad es un impreso en el que figura solamente la firma de la interesada, no constando ni la fecha del mismo, en el que se explica el proceso de la cesárea y sus riesgos pero con carácter general, en realidad parece más bien un folleto de información que un consentimiento informado, por supuesto tampoco da cuenta de los motivos que justifican la realización de la cesárea, en este caso.

La necesidad y obligatoriedad del consentimiento informado viene establecida en el artículo 4.1 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 que implica el derecho de los pacientes a conocer *"con motivo de cualquier actuación en el ámbito de la salud, toda la información disponible sobre la misma".* Existen reiteradas sentencias del Tribunal Supremo que consideran inválidos los escritos de consentimiento que son meros formularios y no dan cuenta del caso concreto. Así, por todas, la STS 418/2018 de 15 de marzo señala: "*en ningún caso el consentimiento prestado mediante documentos impresos carentes de todo rasgo informativo adecuado sirve para conformar debida ni correcta información. Son documentos ética y legalmente inválidos que se limitan a obtener la firma del paciente pues aun cuando pudieran proporcionarle alguna información, no es la que interesa y exige la norma como razonable para que conozca la trascendencia y alcance de su patología, la finalidad de la terapia propuesta, con los riesgos típicos del procedimiento, los que resultan de su estado y otras alternativas terapéuticas*"…"*esta deficiente información supone un incumplimiento de la lex artis ad hoc que revela un funcionamiento anormal del servicio sanitario que acarrea la responsabilidad patrimonial de la Administración*…" (FD. Decimocuarto).

De acuerdo con esta doctrina y por lo que respecta al caso examinado entendemos que los documentos del consentimiento informado que constan en el expediente no proporcionan información suficiente y que son documentos "*ética y legalmente inválidos"* dado que no proporcionan información suficiente suponiendo un incumplimiento de la *lex artis ad ho*c concurren así los requisitos para que surja la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria por falta de consentimiento informado, al haber realizado una serie de prácticas médicas que no figuran en los consentimientos y también una falta de información personalizada que en modo alguno garantiza a la reclamante las medidas proclives a combatir la violencia obstétrica que señala el artículo 59.1.b) de la ley 10/2014 de la Comunidad Valenciana. Consecuentemente, procede estimar la reclamación presentada, al concurrir los requisitos legal y jurisprudencialmente previstos para declarar la responsabilidad de la Generalitat.

Respecto al quantum indemnizatorio, la reclamante en su escrito inicial, solicitó la cantidad de 60.000 euros por daños en los que se incluye también daños morales. Se aporta un peritaje psicológico en el que se certifica que padece un trastorno por estrés postraumático y se aplica como orientativo el quantum indemnizatorio que fija el baremo de la Ley 35/2015 de 22 de septiembre y a lo que se añade una cantidad por daños morales, todo ello de acuerdo con el baremo actualizado para el año 2021.

Al respecto este Consell Jurídic Consultiu estima que, en el presente caso y a pesar de la dificultad que entraña la valoración de daños de esta naturaleza consideramos que se deben indemnizar a la reclamante por la cantidad estimada en 20.000 Euros (veinte mil euros).

III

CONCLUSIÓN

Por cuanto se ha expuesto, el Pleno Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana es del parecer:

Que procede declarar la responsabilidad patrimonial de la Generalitat debiendo estimarse la reclamación formulada por D.ª S. G. M. e indemnizarle, conforme se indica en la consideración cuarta del Dictamen, en la cantidad de 20.000 euros.

VOTO PARTICULAR

Que formula el Consejero Enrique Fliquete Lliso al Dictamen 518/2022 aprobado por el Pleno del Consell de 5 octubre 2022, sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños en el ámbito sanitario que formula Dª. S. G. M., con motivo de la asistencia sanitaria que se le prestó en el sistema público de salud valenciano.

Discrepo respetuosamente de opinión mayoritaria del Pleno respecto a la fundamentación del Dictamen, y la conclusión del mismo, y ello con base en los siguientes motivos:

I. La reclamación de la que trae causa al Dictamen aprobado -desvestido de la profusión valorativa que contiene-, se fundamenta en las siguientes cuestiones:

1º.- Realización de la *"maniobra de Hamilton"* sin consentimiento expreso y escrito, y que, además, era innecesaria:

. Prueba que aporta la reclamante: simplemente, ninguna. Del expediente -y de su propia reclamación- se deduce que tal práctica se realizó pero no sin su consentimiento. Así lo indica en su escrito: *"El Doctor P. … le espetó … que si quería un parto vaginal tenía que hacerle una Hamilton y esperar a que se pusiera ella sola de parto".* Y, como igualmente afirma, tal maniobra efectivamente se le practicó porque la reclamante quería un parto vaginal.

Antes de realizar tal maniobra, por tanto, se le indicó que se le practicaría si quería tener un parto vaginal. No se trata, por tanto, de una actuación contraria a la voluntad de la paciente, que era conocedora de que la citada maniobra se le iba a realizar, era necesaria, y que asumió su realización.

2º.- Realización de una cesárea programada *"contra su voluntad"*:

. Prueba que aporta la reclamante: simplemente, ninguna. Consta en el expediente, por el contrario, el consentimiento informado, tanto para la anestesia, como para la realización de la cesárea.

3º.- No le permitieron estar acompañada en el quirófano

. Prueba que aporta la reclamante: simplemente, ninguna. No existe una sola mención en el expediente administrativo a la negativa -que se afirma en su escrito- a permitirle estar acompañada.

4º.- Firma el consentimiento informado en el momento previo a la cesárea *"cree que le dieron a firmar un documento de consentimiento informado"* sin explicación de los riesgos ni los motivos de practicarle la cesárea:

. Prueba que aporta la reclamante: simplemente, ninguna. Consta en el expediente, por el contrario, el consentimiento informado, tanto para la anestesia, como para la realización de la cesárea. La necesidad de que se practicase una cesárea, como

la misma reclamante indica, se debe a que uno de los gemelos estaba en posición podálica. Y así se confirma en los informes médicos evacuados.

5º.- No había motivos para realizar una cesárea:

. Prueba que aporta la reclamante: simplemente, ninguna. Consta en el expediente, por el contrario, la indicación médica para que se practicase tal cesárea, que es ratificada en tres informes médicos.

6º.- Le ha causado daños psicológicos ha necesitado tratamiento, y sufrió daños y secuelas físicas que le imposibilitaron desempeñar su trabajo:

. Prueba que aporta la reclamante:

a.- Sobre el daño psicológico: El informe de una psicóloga, que no hace referencia a que el afirmado estrés post-traumático tenga su origen en la atención dispensada en el hospital durante el parto. No se indica la causa del afirmado "estrés" sino que tan solo expone cuales los síntomas ordinarios del estrés post-traumático *("se pone de manifiesto por dos o más de las características siguientes: a-e"*). No consta la fecha en la que se realizó la exploración. Y respecto a la causa, tan solo descarta que se deba al consumo de sustancias.

b.- Sobre la necesidad de tratamiento por *"estrés"*: Simplemente no aporta prueba ninguna. No consta ni la atención médica al "estrés" ni el seguimiento de ese "estrés", ni ninguna visita al médico -por tal motivo- desde que le dan el alta hospitalaria el 6/09/2018.

c.- Sobre los *"daños y las secuelas físicas que le imposibilitaron desempeñar su trabajo":* Simplemente, no aporta prueba ninguna. No consta ni la atención médica por tales daños, ni informe sobre las afirmadas secuelas físicas, ni seguimiento médico, ni cese en el desempeño de su trabajo por tal motivo.

Llámese la atención sobre el hecho de que las afirmaciones realizadas en el escrito de reclamación, no han sido ni ratificadas ni confirmadas en el expediente administrativo. Resulta, igualmente, llamativo que en trámite de proposición de prueba, no se proponga prueba alguna. Y que tampoco realice alegaciones en el trámite de audiencia, una vez conocidos los tres informes médicos que desmienten su versión. La facilidad de la prueba, respecto a hechos que podrían ser objeto de la misma, y que estarían a disposición de la reclamante (no permitirle estar acompañada -testifical del acompañante-, los daños psicológicos y su tratamiento -informes del daño y seguimiento médico, los daños físicos y las secuelas -informes de tratamiento y estado de secuelas, la pérdida del trabajo -partes de baja y del cese en el empleo-), impiden tener por acreditados tales hechos. Igualmente, la reclamante podría haber practicado prueba, mediante la presentación de los informes médicos oportunos, sobre la innecesariedad de la realización de la maniobra de Hamilton o de la propia cesárea. Y no lo hizo, pese a contar con asistencia letrada desde el inicio del expediente.

Por el contrario, la totalidad de la prueba practicada a instancias de la Administración no se compadece con la versión de la reclamante: son tres los informes médicos (funcionamiento, PROMEDE e inspección médica) que afirman la completa adecuación de la actuación médica; y son cuatro los consentimientos informados firmados por la reclamante.

II.- La "violencia obstétrica", como fundamento del Dictamen aprobado por la mayoría del Pleno.

Pese al déficit probatorio que se ha puesto de manifiesto, la mayoría del Pleno se decanta por considerar la existencia de "violencia obstétrica". La cuestión no está exenta de trascendencia pues altera el principio de carga de la prueba y se rompe con el sistema de la responsabilidad patrimonial sanitaria. Se orillan los principios fundamentales, para sustituirlos por máxima indubitadas, a partir de las cuales, toda realización de prácticas médicas que puedan ser, en potencia, susceptibles de generar "violencia obstétrica" constituyen, a priori, tal violencia.

El corolario de tal conclusión se encuentra en la consideración cuarta del Dictamen: *"De acuerdo con la Resolución antes mencionada* -resolución 2306 (2019), Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa- *se puede incluir* -la maniobra de Hamilton- *como una forma de violencia obstétrica"* y el fundamento de tal aserto se pretende encontrar en el Dictamen del Comité para la eliminación de la Discriminación contra la Mujer de 28 de febrero de 2020 aprobado en su 75 periodo de sesiones 10 a 28 de febrero 2020, del cual afirma *"que condena al estado español a proporcionar una reparación apropiada, incluida una indemnización financiera adecuada a los daños causados"*.

Sin embargo:

. El citado Dictamen, no condena -pues no puede condenar, al no ser un órgano jurisdiccional- al estado español, sino que establece recomendaciones: *"El Estado debe prestar la debida consideración a los dictámenes del Comité junto con sus recomendaciones y presentar al Comité, en un plazo de seis meses, una respuesta por escrito, incluida la información relativa a las medidas adoptadas a la luz de los dictámenes y recomendaciones del Comité".*

. Tal Dictamen no determina que la "Maniobra de Hamilton" sea un supuesto de violencia obstétrica. De la simple lectura del Dictamen se advierte que se está valorando una actuación médica concreta, en un paciente concreto, en unas circunstancias determinadas. En particular las cuestiones que fueron objeto de tal análisis fueron *"la elevada frecuencia de tactos vaginales* (10), *la administración de oxitocina sin información ni consentimiento, la realización de la episiotomía sin información ni consentimiento"*, indicando que *"el Comité observa que según el informe clínico ginecológico-obstétrico aportado por la autora, la actuación del personal sanitario no se ha ajustado a la lex artis, no se debieron de haber realizado tantos tactos vaginales, la documentación clínica no justificaba el empleo de oxitocina, y no consta el consentimiento de la autora para la episiotomía, de acuerdo a la Ley de Autonomía del Paciente".*

. Y la conclusión que alcanza el Dictamen respecto a la perjudicada es proporcionarle "*una reparación apropiada, adecuada a los daños de salud física y psicológica sufridos por la autora",* y, en general, el deber de *" proporcionar a la mujer información adecuada en cada etapa del parto y requerir su consentimiento libre, previo e informado en todos los tratamientos invasivos durante la atención del parto"*

. La clave para el enjuiciamiento se sitúa, por tanto, en la necesidad de tales prácticas y en el consentimiento informado, a tenor de las consideraciones del citado Dictamen. No existen prácticas médicas que, en sí mismas, configuren "violencia

obstétrica", sino que serán consideradas como tales cuando no se le proporcione información adecuada en cada etapa del parto, ni se requiera su consentimiento libre, previo e informado, en todos los tratamientos invasivos en la atención del parto.

De esta forma, la conclusión del Pleno de este Consell, al calificar como "violencia obstétrica" la "Maniobra de Hamilton", sin más matices, y sin consideración alguna sobre las circunstancias en las que se produjo tal actuación médica, es una afirmación que ni se desprende del ya mentado Dictamen del Comité para la eliminación de la Discriminación contra la Mujer, ni puede erigirse como un dogma aislado de la situación concreta en el que se practica tal acto médico. Puesto que sólo podrá conformar tal forma de violencia cuando se realice sin información adecuada y, en su caso, cuando no se obtenga el correspondiente consentimiento.

Abundando en el predicado "dogma", cabría igualmente plantearse: ¿es una forma de violencia una intervención quirúrgica? ¿acaso la mayoría de las actuaciones médicas no suponen, en mayor o menor medida, una perturbación física o psicológica del paciente? Someterse a una cirugía, a una exploración, la administración de anestesia, incluso una extracción de sangre … ¿son actos de violencia? ¿es violencia obstétrica cuando se realizan a una mujer durante la atención al parto?

Si se les califica como "violencia obstétrica" con independencia de cuáles son las condiciones en las cuales se realizan, todo acto médico podría ser considerado como violento. Y si se obtiene el consentimiento para ello ¿se trataría de "violencia obstétrica" consentida? O por el contrario, ¿dejaría de ser violencia obstétrica? Administrar *oxiticina* para inducir al parto … ¿es violencia obstétrica? ¿O sólo lo es cuando no se le haya facilitado a la paciente información suficiente y no se haya obtenido su consentimiento libre, previo e informado o sea innecesaria su administración?

Si tomamos en consideración el Dictamen del Comité para la eliminación de la Discriminación contra la Mujer de 28 de febrero de 2020, sólo si se realizan esas actuaciones médicas sin información y sin consentimiento, cabrá calificarlas como una infracción de la lex artis. No porque se trate de una mujer, ni porque se realicen durante un parto, sino porque dejan de contar con el consentimiento informado de la paciente y además quede constancia de la innecesariedad de tales tratamientos invasivos.

Se centra así la cuestión no en el apriorismo Hamilton=violencia, sino en las circunstancias en las que pudo desarrollarse la prácticas médica en el supuesto objeto de nuestro Dictamen. Es decir, si existió, o no, previa información y consentimiento de la paciente para tal práctica, pero no si esa práctica, simplemente, se realizó. En el supuesto objeto del Dictamen del Comité para la eliminación de la Discriminación se aportaron pruebas por parte de la reclamante de la infracción de la lex artis "*según el informe clínico ginecológico-obstétrico aportado por la autora, la actuación del personal sanitario no se ha ajustado a la lex artis, pues no se debieron de haber realizado tantos tactos vaginales, la documentación clínica no justificaba el empleo de oxitocina y no consta el consentimiento de la autora para la episiotomía, de acuerdo a la Ley de Autonomía del Paciente"* y, desde tal acervo probatorio, se concluye con la conclusión del meritado Dictamen.

Sin embargo en el supuesto que trae causa a la presente no existe ni una mínima prueba que pueda sustentar la reclamación: no se ha probado la inadecuación o innecesariedad de las actuaciones médicas realizadas, ni la ausencia de consentimiento informado, ni tan siquiera los daños que se afirman sufridos -como ya se ha indicado-.

Ese es el análisis del que queda huérfano el Dictamen aprobado por la mayoría del Consell, pues éste parte de que la violencia obstétrica es consustancial a determinadas prácticas médicas y, por tanto, no es necesario articular prueba para tal fin; debe ser la Administración la que pruebe la inexistencia de infracción de la lex artis, la que pruebe la ruptura del nexo causal o la que pruebe la inexistencia de daño. La reclamante sólo necesita afirmar que se le han realizado determinadas prácticas médicas -a ojos de la mayoría de este Consell-. Una inversión de la carga de la prueba que no tiene justificación normativa, y que es contraria al sistema de responsabilidad patrimonial sanitaria.

Las reclamaciones de responsabilidad patrimonial sanitaria fundadas en "violencia obstétrica" no pueden tener un tratamiento diferenciado sobre las demás, ni alterar los principios constitucionales y normativos que las disciplinan. Construir una nueva línea doctrinal basada exclusivamente en el género, apartándose de los elementos fundamentales para apreciar tal responsabilidad (acto, nexo causal, daño antijurídico), y la necesidad de prueba suficiente sobre todo ello por parte de quien la alega -y a quien incumbe la carga de la prueba-, carece -a fecha de la presente- de apoyo normativo y jurisprudencial.

Considero, por todo ello, que el Dictamen de este Consejo debió rechazar la reclamación formulada.

VOTO PARTICULAR

Que formula la Consejera María del Carmen Pérez Cascales al Dictamen 614/2022, del Expediente 518/2022, aprobado por el Pleno del Consell, el día 5 de octubre de 2022 y al que se adhiere el Consejero Faustino de Urquia Gómez.

El voto particular se emite con relación a la estimación, de la reclamación de responsabilidad patrimonial instada por Doña S. G. M., frente a Generalitat Valenciana.

Respetuosamente se discrepa, por los motivos que a continuación se exponen:

Primero.- Antecedentes

La reclamante expone en su escrito.

Que en las revisiones previas a su parto por cesárea y nacimiento de sus hijos, y en la misma cesárea- la paciente sufrió "*mala praxis y deficiente información, que puede calificarse claramente de engaño, maltrato institucional y violencia obstétrica.*". A causa de tal actuación, manifiesta sufrir "*trastorno de estrés postraumático*", que fue diagnosticado en fecha 19 de agosto de 2019, por la Psicóloga especialista, Dª M. F. A.

Indica que el 27 de Agosto de 2018, el Ginecólogo que atendió a la paciente el Dr. D. A. P. M., Jefe de Servicio de Obstetricia del Hospital Universitario La Fe de Valencia, le indicó lo siguiente: "*En la Fe los embarazos gemelares los interrumpimos en la semana 37 y por cesárea programada, así que ven el lunes para ingresar".*

La interesada, ante su asombro, pidió al médico explicaciones y una "*información clara, concisa y objetiva de que riesgos tenía seguir con el embarazo*,", sosteniendo que el Doctor P. se negó a darle esa información y ante la insistencia de la interesada reclamando información, como era su derecho establecido en la ley, el Dr. P. le espetó de manera brusca que si quería un parto vaginal tenía que hacerle una

Hamilton, porque el embarazo debía terminar sí o sí en la semana 37 y que lo único que hizo el Dr. P. en esa consulta fue dar órdenes y exigir obediencia, y sin información alguna sobre los riesgos de practicar la maniobra de Hamilton y sin el consentimiento expreso y por escrito de la paciente, el facultativo, "*violando toda la normativa en bloque sobre derechos de los/las pacientes y usuarios y disponiendo del cuerpo de Doña S. a su voluntad, le practicó la Maniobra de Hamilton",* con el consiguiente dolor, tanto a nivel físico, como a nivel psicológico. El Dr. P., acto seguido, le emplazó para el lunes siguiente, 3 de septiembre de 2018, para, según sus palabras, realizar un "parto inducido", sin dar a Dª S. tampoco información alguna sobre "la actuación médica de inducción", ingresando el día 3 de septiembre de 2018 y ante el asombro de Doña S., le indicaron que ingresaba para la realización de una cesárea programada. Ante la negativa de Doña S. y la reclamación, de nuevo, de explicaciones sobre las actuaciones médicas que se le estaban literalmente ordenando y los riesgos de estas, le revisó un nuevo Ginecólogo , el Doctor D. V. J. D. A., que le empezó a amenazar con un supuesto "peligro de muerte" que corrían sus bebés, de una manera exagerada, nada respetuosa y nada objetiva, impropia completamente de un Médico y le hizo una ecografía de manera absolutamente "precipitada", indicándole , sin mirarle a la cara: *"Esto está de nalgas, tiene que ser cesárea*", sin dejarle ver la ecografía, ni explicarle nada al respecto, la interesada volvió a pedir explicaciones, insistiendo en que debía ser un error, que no era posible. Explicaciones que dicho ginecólogo se negó a dar. Sin hacer caso de los argumentos de Doña S., la bajaron al quirófano para practicarle la cesárea y no le dejaron ir con acompañante, violando de nuevo la Ley 10/2014 de Salud de la Comunidad Valenciana, en su artículo 59 bis e).

En ese momento cree Doña S. que le dieron a firmar un documento de consentimiento informado, sin que nadie le explicara ni los motivos de practicarle la cesárea ese mismo día, ni los riesgos de esta, violando sus derechos más básicos a obtener información y prestar su consentimiento informado.

Segundo.-**Motivos de la reclamación.**

La interesada centra su reclamación en existencia de "*violencia obstétrica"* y falta de consentimiento informado en cuanto a la maniobra de Hamilton y deficiencia de la prestada con relación a la cesárea

I.- "Violencia obstétrica"

A).-Dictámenes del Comité de la CEDAW

Se mencionan en el dictamen, las recomendaciones realizadas por la OMS y los informes presentados ante la Asamblea de Naciones sobre violencia obstétrica y se cita los dictámenes del Comité para la eliminación de la Discriminación contra la mujer (en adelante CEDAW), de 28 de febrero de 2020, y 27 de junio de 2022.

Con relación al valor y aplicabilidad de estas recomendaciones de CEDAW, se cita al Tribunal Supremo en su STS 2747/2018 donde se estudia la eficacia del Dictamen 47/2014 de 16 de julio del Comité CEDAW que recomendaba una indemnización y reparación integral a la reclamante que denunciaba un funcionamiento anormal de la administración de justicia.

Al respecto, no cabe duda que en la referida sentencia del TS se reconoce que: "la *inexistencia de un cauce específico y autónomo para hacer efectivas en el ordenamiento español las recomendaciones de un Dictamen del Comité de la CEDAW*

por vulneración de derechos fundamentales reconocidos en La Convención por parte del Estado español, impide exigir autónomamente el cumplimiento de aquellos dictámenes." Pero no obstante ello "*es posible admitir en este caso que ese Dictamen sea el presupuesto habilitante para formular una reclamación de responsabilidad patrimonial del Estado por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia como último cauce para obtener la reparación, ello con independencia de la decisión que resulte procedente en cada caso"*

B).- Violencia obstétrica en el marco legislativo español.

Vista la situación española, podemos constatar que no existe un marco legislativo donde se recoja una definición específica de la violencia obstétrica a nivel nacional

La Ley 10/2014, de 29 de diciembre, de Salud de la Comunitat Valenciana, en su Artículo 59 bis indica en su apartado 1.b) *"A garantizar las medidas proclives a combatir la violencia obstétrica definida según la Organización Mundial de la Salud (OMS)."*

No puede entenderse la existencia de violencia obstétrica, como figura ajena a la vulneración de derechos fundamentales, ya que se considera que se ejerce contra los derechos humanos de la mujer y va contra su dignidad e integridad, vulnerando su derecho a una vida libre de violencia, y que también pueden poner en peligro su derecho a la vida, a la salud, a su integridad física, su intimidad, su autonomía y a no sufrir discriminación

La reclamante invoca el artículo 15 de la Constitución *"Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes"* y el art. 18, que en su punto1. *"Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen*".

Por tanto nada obsta a que por la via de la responsabilidad por vulneración de derechos fundamentales, puedan hacerse valer, los Dictámenes de la CEDAW, sin perjuicio de su valoración por el Tribunal Español y que dependerá, como expresa la sentencia citada "de *la decisión que resulte procedente en cada caso".*

En el caso que nos ocupa no se trata de la validez de un Dictamen del CEDAW que hubiera obtenido la reclamante, siendo los dos dictámenes citados, meramente ilustrativos, ya que analizan dos supuestos diferentes, en los que a resultas de las pruebas practicadas se ha llegado a una conclusión, que no es automáticamente extrapolable al supuesto que nos ocupa en el que deberá valorarse si ha habido o no mala praxis y/o "*violencia obstétrica".*

Los consejeros que suscribimos este voto particular, no consideramos que se haya vulnerado ningún derecho fundamental a la reclamante, ni concretamente los alegados por esta, por las razones que se irán exponiendo a continuación, que acreditan no haberse puesto en riesgo la vida y a la integridad física de la Sra. G., o sometida a trato inhumano discriminatorio o degradante, ni actuado contra su honor o intimidad personal.

II.- Consentimientos informados.

Respecto al consentimiento informado, hay que tener en cuenta la Ley 41/2002 Básica Reguladora de la Autonomía del Paciente, en su artículo 4 que indica *"1. Los pacientes tienen derecho a conocer, con motivo de cualquier actuación en el ámbito de su salud, toda la información disponible sobre la misma, salvando los supuestos exceptuados por la Ley. Además, toda persona tiene derecho a que se respete su voluntad de no ser informada. La información, que como regla general se proporcionará verbalmente dejando constancia en la historia clínica, comprende, como mínimo, la finalidad y la naturaleza de cada intervención, sus riesgos y sus consecuencias.*

2. La información clínica forma parte de todas las actuaciones asistenciales, será verdadera, se comunicará al paciente de forma comprensible y adecuada a sus necesidades y le ayudará a tomar decisiones de acuerdo con su propia y libre voluntad.

3. El médico responsable del paciente le garantiza el cumplimiento de su derecho a la información. Los profesionales que le atiendan durante el proceso asistencial o le apliquen una técnica o un procedimiento concreto también serán responsables de informarle."

Y su artículo 8. Consentimiento informado.

"1. Toda actuación en el ámbito de la salud de un paciente necesita el consentimiento libre y voluntario del afectado, una vez que, recibida la información prevista en el artículo 4, haya valorado las opciones propias del caso.

2. El consentimiento será verbal por regla general.

Sin embargo, se prestará por escrito en los casos siguientes: 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."

Y la Ley 10/2014, de 29 de diciembre, de Salud de la Comunitat Valenciana en su Artículo 43. Derecho al consentimiento informado*: "Toda actuación en el ámbito de la salud de un paciente necesita el consentimiento 1. Libre y voluntario de la persona afectada una vez que, recibida la información asistencial, con la suficiente antelación y en formato accesible y comprensible, haya valorado las opciones propias del caso.*

2 El consentimiento será verbal, por regla general. Sin embargo, se prestará por escrito en los casos de intervención quirúrgica, procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores y, en general, ante la aplicación de procedimientos que supongan riesgos o inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud del paciente"

A).- Maniobra de Hamilton

Con relación a la maniobra de Hamilton la reclamante afirma que se realizó sin su consentimiento expreso y escrito.

Se cita en el Dictamen la resolución 2306 (2019) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa(APCE) en su apartado 3, para concluir con relación a la maniobra de Hamilton, que no figura en ninguno de los consentimientos, a pesar de su relevancia, de acuerdo con la Resolución antes mencionada se puede incluir como una forma de violencia obstétrica.

Discrepamos de que de la resolución 2306 (2019), se pueda inferir que la Maniobra de Hamilton, sea una forma de violencia obstétrica, y ello en primer lugar porque ni dicha resolución, ni ningún otro documento distado por la APCE u organismo competente se contiene una relación de técnicas, intervenciones quirúrgicas o maniobras obstétricas mecánicas que se declaren *per se* como supuestos de *"violencia obstétrica"*.

Para valorar la existencia o no de "*violencia obstétrica*", y de los principios que recoge la Resolución citada, se infiere que habrá que examinar, si ha habido discriminación por cualquier motivo en el acceso a la atención de la salud en general; o que la atención brindada no haya respetado los derechos humanos y la dignidad.

La maniobra de Hamilton, *per se* no es constitutiva de violencia obstétrica. Consultado fuentes médicas y doctrinales sobre Obstetricia y Ginecología, describen la maniobra de Hamilton como una maniobra técnica que realiza el ginecólogo con el fin de desencadenar la síntesis de las prostaglandinas, hormonas que provocan contracciones uterinas en 24 horas, y que ponen en marcha el parto. Los autores en esta materia la describen como una técnica poco invasiva, siendo una maniobra menos traumática que otros métodos de inducción al parto, que se practica de forma ambulatoria, dura unos pocos minutos, no requiere preparación previa y no aumenta el riesgo de infección ni para la madre ni para el feto. La práctica de esta técnica, por otro lado muy habitual, esta descrita como molesta, no calificándola como "dolorosa". No obstante ello, no queremos poner en duda que la reclamante tenga un mayor grado de sensibilidad y en su caso la sensación hay sido de dolor, lo que no desvirtúa el que no pueda considerarse como maniobra calificable de violencia obstétrica.

Antes de realizarla, el especialista y de conformidad al art. 4 de la ley 41/2002, debe explicar a la embarazada, en qué consiste esta maniobra, su finalidad y pedir su consentimiento, que no es necesario que sea informado por escrito ya que no nos encontramos en ninguno de los supuestos del artículo 8 del mencionado texto legal al estar catalogado como un método de inducción mecánico al parto. En resumen no se necesita un consentimiento informado por escrito, al no tratarse de una intervención, y si la mujer no está de acuerdo, puede negarse a que se la hagan, y el especialista debe respetar su decisión.

La reclamante, como reconoce, deseaba tener un parto natural, por lo que teniendo en cuenta el protocolo del Hospital, de no alargar el parto gemelar, más allá de las 37 semana, de lo cual fue informada cuando acude a la revisión el día 27/8/18, y así lo reconoce la interesada, únicamente cabía la maniobra de Hamilton, para incitar al parto natural, de lo que se le informó verbalmente en la visita a su ginecólogo, previamente a su práctica ambulatoria, firmando en dicho momento dos de los consentimientos informados.

Por tanto, no podemos dar por válida ni probada la afirmación de la reclamante de que esta maniobra fuera "*tan agresiva e innecesaria*", cuando lo que se pretendía era que pudiera llegarse a un parto natural, por deseo expresado por la madre.

B).-Consentimientos informado. Cesárea.

Se indica en el dictamen que no tiene la fecha el consentimiento informado con relación a la cesárea.

En la historia clínica consta que lo firmo, con anterioridad, al igual que los otros dos consentimientos, de hecho la reclamante solo manifiesta que "*cree*" haberlo firmado el mismo día.

También se cuestiona la posición de los fetos. Consta en la historia clínica que si bien los dos gemelos se extraen en cefalea, lo cierto es que en la ecografía que se le practica, uno de ellos estaba en posición podálica, y como explica en su informe la Inspección médica ello pudo deberse a que espontáneamente se diera la vuelta o bien que le cirujano lo volteara para extraerlo. Por tanto no hay discrepancia en este punto en los informes médicos, dando una explicación a lo acaecido.

En cuanto a los protocolos hospitalarios, con relación al embarazo gemelar, y su programación para que el parto tenga lugar en la semana 37, si bien no hay un protocolo estandarizado, en los informes constan el mayor riesgo que implica un parto doble, y la recomendación generalizada de que no se supere la semana 38.

En este caso se programó para la semana 37 y 4 días, y además hay que tener en cuenta que previamente había tenido dos ingresos de urgencia el 6/7/2018 permaneciendo ingresada dos días, en el que se le inhibió parto prematuro, y el 17/7/18, en el que también se le ingreso hasta el día siguiente, por sensación de dinámica uterina.

La reclamante sabiendo le protocolo del Hospital La Fe, permaneció en el mismo. No olvidemos que había solicitado su pase a La Fe, desde el hospital Peset el 23 de julio de 2018 por libre elección de atención especializada.

Esto viene a desdecir la afirmación de la interesada de que "*Desde el mismo instante en el que entró en el hospital, Doña S. comenzó a sufrir un maltrato institucional y una violencia obstétrica inadmisible",* pues habiendo estado ingresada por urgencias en dos ocasiones, en La Fé, con posterioridad a ello, el 23 de julio, solicitó expresamente ser atendida en dicho Hospital, por lo que debe entenderse que quedaría muy satisfecha con el trato y atención recibidos.

Como concluye el informe pericial de Promede *"en resumen se eligió la opción con menos riesgo para la madre y los bebés y el resultado fue exitoso".*

También en el informe de la inspección médica se expone que en el embarazo gemelar, el riesgo de muerte fetal inesperado aumenta desde las 38 semanas en adelante, por lo que se recomienda su interrupción a las 37 semanas, y expresa *"por eso todas las sociedades medicas incluida la española, no dejen evolucionar mas de 38 semanas una gestación gemelar bicorial".*

Por todo ello, respetuosamente discrepamos de lo manifestado en el dictamen de que "*existe una cierta disparidad en los respectivos informes en cuanto a justificar porque se le realizó la cesárea, siendo que en la semana que se programa la misma (27/08/2018) los fetos están en posición cefálica y es después cuando ingresa el 3 de septiembre que se afirma que uno de ellos estaba en posición podálica y finalmente los fetos nacen en posición cefálica según se recoge en el informe médico de funcionamiento*"

Consideramos que los informes son concurrentes, y sobre la posición de los bebes se da una explicación en estos y consta en la historia clínica.

También se expresa en el Dictamen que esta cuestión no figura en la hoja de consentimiento de la Cesárea que consta en el expediente, al ser una hoja tipo no personalizada.

De conformidad al artículo 10 de la Ley 41/2002, Condiciones de la información y consentimiento por escrito:

"1. El facultativo proporcionará al paciente, antes de recabar su consentimiento escrito, la información básica siguiente:

a) Las consecuencias relevantes o de importancia que la intervención origina con seguridad.

b) Los riesgos relacionados con las circunstancias personales o profesionales del paciente.

c) Los riesgos probables en condiciones normales, conforme a la experiencia y al estado de la ciencia o directamente relacionados con el tipo de intervención.

d) Las contraindicaciones.

2. El médico responsable deberá ponderar en cada caso que cuanto más dudoso sea el resultado de una intervención más necesario resulta el previo consentimiento por escrito del paciente."

Al respecto consideramos que en el consentimiento informado de la cesárea cumple con estos requisitos ya que se indica "*objetivo: nacimiento feto que cause menos perjuicios a él y a la madre, es decir busca la máxima seguridad para ambos*", también se incluyen las consecuencias previsibles de su realización o no realización y los riesgos frecuentes poco frecuentes y en función de su situación. En el presente caso no había que ponderar un posible resultado dudoso de la cesárea, que de hecho resultó exitosa y sin ningún contratiempo.

Por tanto no entendemos como deficiencia la información de este consentimiento informado, y el hecho de que no esté personalizado, en el sentido de incluirse los motivos concretos que han llevado a adoptar esa decisión, no puede entenderse como un incumplimiento de *la lex artis ad hoc*, que de lugar a indemnización.

Al respecto se cita la STS 418/2018 de 15 de marzo, trascribiéndose un fundamento de su anterior sentencia de 4 de abril de 2000

También en dicha sentencia se expresa que: "*Esta Sala ha declarado reiteradamente que la información al paciente ha de ser puntual, correcta, veraz, leal, continuada, precisa y exhaustiva,(...)*

Igualmente hemos señalado que, el consentimiento prestado mediante documentos impresos constituye una exigencia impuesta por el artículo 10.5 de la Ley General de Sanidad de 25 de abril de 1.986, si bien se permite su práctica en forma verbal."

Y con relación a la información suministrada y que el modelo empleado no estén adaptados al paciente se expone: "*Por otra parte, la necesidad de adaptación personal al paciente habría de ponerse en relación con las circunstancias concurrentes*

en el mismo,(...)Ninguna obligación existe de informar sobre algo que no incide en la técnica concreta que se va a realizar".

Del relato que efectúa la propia interesa en su escrito de reclamación y del historial clínico se infiere que se trataba de una cesárea programada, y que de ello recibió información ya así se lo explicó el ginecólogo en su visita el día 27 de agosto,, se le programó valoración preanestésica para el 31/08/18, firmando un nuevo consentimiento e ingreso para finalizar la gestación el 3 de septiembre, en que de nuevo recibió más aclaraciones, a petición de la misma por otro médico ginecólogo, por lo que no puede afirmar después de todas estas actuaciones que desconocía que se le iba a practicar una cesárea, y el motivo de ello, habiendo firmado los tres consentimientos informados que obran en el expediente. Cosa distinta es que la reclamante no quisiera aceptar estas explicaciones o las rechazase.

Mala praxis hubiera habido si los médicos no hubieran aplicado su opinión profesional independiente manteniendo el más alto nivel de conducta profesional, incurriendo en negligencia que hubiera podido acabar causando alguna lesión a la paciente o a sus hijos.

Por tanto consideramos que ha quedado desvirtuada la afirmación de la interesa que considera que se trató de *"una cesárea hecha a voluntad de los ginecólogos que la atendieron contraria a la Lex Artis, no basada en la evidencia científica, realizada sin dar a la reclamante una información seria y completa de su indicación, de por qué se le hacía y de sus riesgos y llevada a cabo, presumiblemente, solo por la mera conveniencia del personal sanitario, para acelerar el proceso normal del parto, probablemente por motivos de agenda".*

Es difícil considerar objetivamente la afirmación de "*falta de información"*, cuando la Sra. G. reconoce que de forma constante y reiterada, está solicitando explicaciones a los médicos que le han atendiendo, y que estos de forma obstinada se la nieguen. Cosa distinta es que la información y explicaciones dadas, por los facultativos y responsables de que su embarazo llegar a buen término, no hayan sido de la complacencia de la paciente, por tener un criterio contrario.

C).- Vulneración de la Ley 10/2014 de Salud de la Comunidad Valenciana, en su artículo 59 bis e).

En cuanto a que no le dejaran bajar acompañad a quirófano, no deja de ser más que una afirmación de parte. Ninguna prueba ha realizado la reclamante al respecto. No ha concretado la identidad de la persona a la que se le negara acompañarla, y que pudiera corroborar esta afirmación, al igual que tampoco ha expresado haber sido acompañada en las anteriores visitas, en las que supuestamente se le negaba toda información, y fue objeto de un trato tan vejatorio, como el que expone en su reclamación.

III.-Respecto al quantum indemnizatorio.

Sin perjuicio de que por las razones que se han expuesto debe desestimarse en su integridad, la reclamación presentada por la Sra. G., en todo casa tampoco compartimos lo criterios indemnizatorios seguidos en el Dictamen.

La Jurisprudencia, en el supuesto de indemnización por la falta de consentimiento o consentimiento deficiente, con independencia de la posible

concurrencia con existencia de mala praxis médica en la intervención realizada, solo indemniza por daño moral.

La Sra. G., en su escrito inicial, solicitó la cantidad global de 60.000 euros por daños morales y por estrés postraumático.

Para ello aporta un peritaje psicológico en el que se certifica que padece un trastorno por estrés postraumático, sin que en el mismo conste fecha, ni firma de la persona que lo emite.

Dicho informe no contiene ningún desglose de valoración por conceptos, y ni tan siquiera refiere el hecho que ha desencadenado el estrés postraumático, tratamiento pautado, secuelas. Es decir no es un informe personalizado como correspondería, sino que se limita a indicar que la Sra. G., presenta la sintomatología propia de trastorno por estrés postraumático atendiendo a los criterios Manual diagnóstico y estadístico de los trastornos mentales (DSM-5). Es tan genérico el contenido del mismo, que ni tan siquiera en el enunciado de los síntomas de este trastorno, se incardinan ninguno de ellos con el caso concreto de la reclamante. Este informe no ha sido ratificado.

En su supuesto de deficiencia en el consentimiento informado el TSJ Madrid (Contencioso), sec. 9ª, S 20-10-2009, nº 1462/2009, rec. 151/2006 indemniza en 6.000 euros expresando: *"Por este motivo el daño moral ocasionado se restringe al desconocimiento de la posibilidad de que se produjera una secuela tan grave y limitante como la que tuvo lugar. Pese a la dificultad que entraña la valoración de daños de esta naturaleza, y teniendo en cuenta las circunstancias personales de la actora, tales como su edad, el haber tenido un parto anterior donde fue empleada la misma técnica y el alcance de la información no ofrecida, procede fijar la cuantía indemnizatoria en la suma de 6.000 euros*."

Y recientemente el TS en sentencia por intereses casacional nº 140/2021 de 4 de febrero, con relación a deficiencia en el consentimiento informado, por daño moral, fija la cantidad en 2000 euros a favor de la esposa y 1000 euros a favor del hijo del paciente.

De conformidad a lo expuesto, si en el Dictamen se indemniza por entender que los documentos del consentimiento informado no proporcionan información suficiente, el único concepto indemnizable seria el del daño moral. Para indemnizar, un estrés postraumático, consideramos que debería de haberse estimado, en su caso, con relación a una a negligencia en la actuación técnica de los sanitarios que suponga una de la *lex artis*. Aunque la falta de consentimiento informado constituya una mala praxis no puede entenderse per se como supuesto de estrés postraumático, que genere la obligación de ser indemnizado además de por el daño moral

Por ende, lo que se indemniza en este caso es el daño moral que supone vulnerar el derecho básico del paciente que es reconocido por la ley, no condicionado a concretos perjuicios, como reiteradamente viene fijando la Jurisprudencia, la cual por otro lado tampoco es unánime en el sentido de que son muchas las sentencias que entienden que si la falta de consentimiento informado, no ha dado lugar a un resultado dañoso o perjudicial que tenga su causa en el acto médico o asistencia sanitaria, tampoco es indemnizable por daño moral.

IV.- Carga de la prueba.

Un elemento importante en la práctica probatoria es la carga de la prueba. Rige en esta materia lo dispuesto en el artículo 217 de la LEC, adaptado a la singularidad del proceso administrativo. En esencia, puede decirse que el "*onus probando*" recae sobre quien afirma el hecho, sin olvidar los principios de disponibilidad y facilidad probatoria (numeral 7 del art. 217 de la LEC).

Debe recordarse en este punto la doctrina de este Consell Jurídic, en sintonía a la de otros Consejos Consultivos, sobre la carga de la prueba de la existencia de nexo causal, la prueba incumbe a quien reclama, a la vez que es imputable a la Administración la referente a la de fuerza mayor cuando se alegue como exoneración (Dictámenes 112/2012, 776/2017 y 90/2018, entre otros). Esta es también la doctrina y Jurisprudencia del Tribunal Supremo entre otra en su sentencia de 10 de noviembre del 2011, 27 de noviembre del 2011 y 21 de Diciembre de 2012 entre otras.

Como jurisprudencia reciente, la sentencia del Tribunal Constitucional nº 165/2020, de 16 de noviembre que se pronuncia en este sentido:

«*Quinto.- Guarda, también, una evidente importancia la identificación de los criterios de aplicación a estos supuestos de los principios generales de distribución de la carga de la prueba. Cabe recordar, a este efecto, que, en aplicación de la remisión normativa establecida en los arts. 74.4 y disposición adicional sexta de la Ley jurisdiccional de 1956 (art. 60.4 de la vigente Ley 29/1998, de 13 de julio), rige en el proceso contencioso-administrativo el principio general, inferido del art.1214 de Código Civil, que atribuye la carga de la prueba a aquel que sostiene el hecho (*semper necesitas probandi incumbit illi qui agit*) así como los principios consecuentes recogidos en los vocablos que atribuyen la carga de la prueba a la parte que afirma, no a la que niega (*ei incumbit probatio qui dicit non qui negat*) y que excluye de la necesidad de probar los hechos notorios (*notoria non egent probatione*) y los hechos negativos (*negativa no sunt probanda*)*».

La parte reclamante, no ha aportado ninguna documentación o informe pericial que desvirtúe los efectuados durante la instrucción, ni tampoco ha efectuado alegaciones, una vez que le fue puesto de manifiesto el expediente, no habiendo practicado prueba alguna, que acredite la necesaria relación de causalidad, y la deficiente actuación sanitaria demandada.

Por todo ello, discrepamos del dictamen emitido y consideramos que debe ser desestimada la reclamación, patrimonial formulada por Doña S. G. M., por no concurrir los requisitos exigidos por los artículos 32 y siguientes de la Ley 40/2015 de 1 de Octubre, Valencia a 11 de octubre del 2022.

CONSELLO CONSULTIVO DE GALICIA

Dictamen 159/2021

Reclamación de responsabilidad patrimonial a causa de los daños sufridos en relación con los estudios genéticos realizados a una Sra.

ANTECEDENTES

1.- Con fecha 11.6.2019 I., en nombre y representación de N. y B., quien actúan en su nombre y en el de su hija M., presentó una reclamación de responsabilidad patrimonial contra el Servicio Gallego de Salud.

[…]

CONSIDERACIONES

[…]

Cuarta.

Teniendo en cuenta los elementos técnicos que se vienen de describir, y pasando a examinar el fondo de la reclamación presentada, hay que señalar que de acuerdo con las previsiones del artículo 82.2 LPAC, es necesario determinar en este dictamen si existe, en el caso que se nos presenta a examen, relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio y la lesión aducida y, eventualmente, habrá de hacerse la oportuna valoración del perjuicio, y la cuantía de la indemnización y el modo de hacerla efectiva. En otras palabras, se trata de dilucidar si concurren los presupuestos para la imputación, en régimen objetivo, de esa responsabilidad por normal o anormal funcionamiento del servicio público.

Así, en el presente caso, los interesados reprochan que no se hubiera detectado en el estudio genético efectuado en el año 2015 a N. la mutación en los genes BRCA1 y BRCA2.

En la instrucción del procedimiento, se incorporó un informe emitido por el jefe de la Unidad de Genética del CHUAC - Instituto de Investigación Biomédica A Coruña (de fecha 28.1.2020), en el que de una manera descriptiva realiza un análisis del proceso asistencial a la Sra. N., y, por su importancia, se transcribe a continuación:

"Dña. N. fue remitida por la Unidad de Mama del CHUAC a la Unidad de Genética del CHUAC el 12/03/2015 para estudio genético por antecedentes familiares de cáncer de mama y ovario familiar. Estos antecedentes comprenden: abuela y madre fallecidas por cáncer de ovario, sin estudio genético; tía materna (C.) fallecida por cáncer de mama, con estudio de los genes BRCA1 y BRCA2, con resultado negativo (realizado en la Fundación Medicina Genómica, de Santiago; años 2009 y 2010-Se adjuntan informes); hermana (M.) afecta de cáncer de mama, con estudio genético realizado en un laboratorio de Dublín en 2014, del que se aporta informe, identificando

la mutación NM_007294 .3: c. 810delT en el gen BRCA1. La presencia (condición de portadora) de la mutación, no determina categóricamente, pero puede incrementar el riesgo de padecer cáncer de mama y ovario a lo largo de la vida.

Se extrajo sangre periférica de la paciente en el área correspondiente de Laboratorio General y se remitió a la Unidad de Genética. Allí se realizó la extracción de ADN y el estudio de portadores de la mutación conocida, la cual no se evidenció, en la muestra estudiada (Se adjunta informe, año 2015). Puesto que la consultante era asintomática y una tía afecta (y fallecida) no había sido encontrada portadora de dicha mutación, según el informe del laboratorio externo, no se sospechó de una posibilidad de error. La facultativa de la Unidad de Genética informó de este resultado negativo a la paciente, lo cual implicaba un riesgo de cáncer de mama y ovario similar al de la población general.

Dicha paciente fue remitida de nuevo por la Unidad de Mama a la Unidad de Genética el 16/09/2016, ya que había sido diagnosticada de un cáncer de mama el 17/08/2016, siendo en ese momento gestante de 37 semanas. Tras haber dado a luz una hija, fue tratada por dicho cáncer. Para ampliar el estudio previo, sobre la muestra extraída en 2015, se realizó la secuenciación completa de los genes BRCA1, BRCA2 (Unidad de Genética del CHUAC) y TP53 (Fundación Medicina Genómica, de Santiago), con resultados negativos (se adjuntan informes).

Teniendo todo esto en cuenta, se consideró la posibilidad de que fuese portadora de una mutación predisponente en otro gen causal diferente, por lo que la facultativa de la Unidad solicitó a un centro externo un estudio genético ampliado, de un panel de 128 genes asociados a cáncer familiar, que incluía también el gen BRCA1. Sorprendentemente, en el ADN extraído de sangre periférica, ahora sí se evidenció la mutación previamente descrita en la familia: NM_007294.3: c. 810delT en el gen BRCA1 (Se adjunta informe, año 2018). Se informó a la paciente y se realizó consejo genético.

Ante esta discordancia en los resultados, se reevaluó en la Unidad de Genética la muestra de ADN asignada a la paciente en el año 2015 así como la obtenida en 2018. El resultado fue de nuevo negativo para la mutación en la muestra de 2015 y positivo en la del año 2018. Esto demostró que la ejecución técnica fue correcta, descartando un fallo a este nivel. Sin embargo, se comprobó que otra muestra obtenida el mismo día (12/03/2015), de otra persona, sí era positiva para esa mutación concreta. Estudiando otros marcadores genéticos, se confirmó que hubo un intercambio entre las muestras de dos individuos. Este problema pudo tener lugar en el momento de la extracción de la muestra de sangre o en el momento del etiquetado de la misma (Laboratorio General), o en el momento de la extracción del ADN o en su etiquetado (Unidad de Genética). En este momento no es posible discernir el paso específico donde tuvo lugar la confusión. Este hecho fue explicado a la paciente por la facultativa de la Unidad de Genética.

Las pruebas genéticas conllevan un singular impacto para los pacientes y sus familiares. Por ello, los profesionales están particularmente concienciados con su trabajo y dedican especial cuidado y meticulosidad. A pesar de ello, ha sucedido este hecho que todos lamentamos"

Según consta en la historia clínica, la Sra. N. ingresó en el Servicio de Ginecología del CHUAC el día 13.3.2019 para intervención de "*doble anexectomía*

profiláctica", y el día 7.5.2019 se sometió a la práctica de *"mastectomía bilateral + reconstrucción*", siendo dada de alta el día 10 de mayo.

Centrados en estos términos la asistencia sanitaria recibida por la Sra. N., es necesario analizar los reproches formulados por la parte interesada. Así, en el escrito inicial, denuncian que en el análisis genético realizado a la paciente en el año 2015 no se había detectado la mutación genética, en concreto BRCA1 y BRCA2.

Este error no presenta duda alguna, ya que es admitido por la Administración sanitaria, y así consta expresamente en el informe emitido por la Unidad de Genética, antes transcrito, que refiere expresamente que "*se confirmó que hubo un intercambio entre las muestras de dos individuos".*

En este punto, es preciso hacer las siguientes valoraciones. Así es preciso recordar la importancia de la documentación clínica generada en centros asistenciales que se reconoce como una prestación sanitaria que debe contar con los datos, valoraciones e información sobre la situación y evolución clínica de los enfermos a lo largo de su proceso asistencial. Su importancia es subrayada por la jurisprudencia. En este sentido el Tribunal Supremo ha puesto de relieve que el centro no puede limitarse al depósito de la historia en sentido material, sino que tiene que observar una conducta de custodia, guardia y cuidado que exigen una posición activa, que de ser inobservada, puede generar responsabilidad si se producen perjuicios para el paciente (sentencia Tribunal Supremo del 27.1.1997, recurso de casación 1949/1993).

Este órgano consultivo ha puesto de manifiesto –vid, CCG 46/2010– que esta consideración se hace extensible al deber de custodia y guardia de las muestras biológicas y de tejidos que provengan de extracciones efectuadas a los pacientes. La importancia de esta cuestión se refleja en la Ley 8/2008, de 10 de julio, de salud de Galicia (en adelante, LSG), que reconoce en su artículo 8.6 el derecho del paciente a disponer de los tejidos y muestras biológicas que provienen de biopsias y extracciones en su proceso asistencial.

En este caso el intercambio entre las muestras de dos pacientes – reconocido en el informe de la Unidad de Genética– impidió evaluar adecuada y correctamente la situación de la Sra. N. al darle el resultado del análisis de otra paciente, y supuso un contundente y claro supuesto de deficiente funcionamiento del servicio público.

Es preciso poner de manifiesto que el artículo 12.4 de la LSG regula los derechos relacionados con la prestación de servicios sanitarios por parte del sistema público de salud de Galicia, y reconoce en su apartado 4, el "*derecho a la utilización de las ventajas de las nuevas tecnologías genómicas dentro del marco legal vigente*", lo que implica que las actuaciones y las pruebas se van a realizar con todas las garantías en su ejecución, y por supuesto en su identificación y custodia. Debe insistirse en la importancia, y trascendencia, de estas pruebas genéticas con un importante valor clínico por lo que se debe extremar el cuidado y rigor en la manipulación de las muestras, además en la realización.

Pues bien, en este caso la errónea información que recibió la Sra. N. sobre los resultados de las pruebas genéticas que se le realizaron en marzo del año 2015 le privó de la posibilidad de adoptar importantes decisiones que afectaron a su ámbito personal y familiar. Este error a la hora de proporcionar la información a la reclamante es un dato incontrovertido e indiscutido, que ha ocasionado de manera directa una lesión en el

poder de la reclamante a la autodeterminación, por lo que resulta un ejercicio dialéctico innecesario entrar a realizar valoraciones especulativas sobre cuáles habrían sido las decisiones adoptadas por la paciente si hubiera tenido conocimiento exacto y correcto de los resultados de las pruebas en ese año 2015.

Ahora bien, en este punto del dictamen, es necesario destacar las valoraciones que hace el informe del Servicio Oncología Médica (sin fechar), que a la pregunta formulada en la instrucción del procedimiento sobre qué porcentaje de mujeres portadoras de la mutación BRCA1 optan por la cirugía reductora del riesgo, señala:

"El porcentaje de mujeres que optan por la realización de cirugía reductoras de riesgos es muy variable y está condicionado tanto por aspectos personales y culturales como sociales y sobretodo de recursos que permitan el acceso a estas complexas técnicas.

En las series publicadas, la tasa de aceptación entre portadoras de mutación BRCA1/2 es en general superior al 50% para la salpingooforectomía bilateral reductora de riesgo y oscila entre un 20-30% para la mastectomía bilateral".

Quinta.

Así el error en la identificación de las pruebas genéticas supuso que la Sra. N. se vio privada en ese año 2015 de una información trascendente para ejercer sus libres decisiones, lesionando su facultad de autodeterminación derivada del libre desarrollo de la personalidad, por lo que la existencia de daño moral resulta innegable. Por lo que se refiere a su cuantificación, el Tribunal Supremo ha declarado reiteradamente que el reconocimiento del daño moral, por su carácter afectivo y de *pretium doloris*, carece de parámetros o módulos objetivos, lo que conduce a valorarlo en una cifra razonable que siempre tendrá un cierto componente subjetivo.

Así, en diversas sentencias (3.10.2000, recurso de casación 3905/1996; de 29.3.2006, recurso de casación 271/2002; de 30.6.2006, recurso de casación 217/2005; de 29.6.2011, recurso de casación 3561/2007; etc.) afirma que *"el concepto de daño evaluable a efectos de determinar la responsabilidad patrimonial de la Administración incluye el daño moral. Sin embargo, por tal no podemos entender una mera situación de malestar o incertidumbre, salvo cando la misma ha tenido una repercusión psicofísica grave"*.

Además, el Tribunal Supremo manifestó, en la última de las sentencias citadas, que *"sin embargo, si podría existir un daño moral, si concurriesen los requisitos necesarios, en el caso de que se hubiese lesionado el poder de la persona de autodeterminarse, lo que a su vez podría constituír una lesión de la dignidad de la misma"*.

Esta dignidad es un valor jurídicamente protegido, pues, como dice el Tribunal Constitucional –sentencia 53/1985, de 11 abril, (FJ 8 EDJ 1985/53)– "*nuestra Constitución ha elevado también a valor jurídico fundamental la dignidad de la persona, que, sin perjuicio de los derechos que le son inherentes, se halla íntimamente vinculada con el libre desarrollo de la personalidad (art. 10)*". Añadiendo: "*la dignidad es un valor espiritual y moral inherente a la persona, que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida* […]".

Al mismo tiempo, de manera más reciente, en la STC 37/2011, de 28 de marzo , (FJ 7, recurso 3574/2008), también se alude a que *"la privación de información equivale a una privación o limitación del derecho a consentir o rechazar una actuación médica determinada, inherente al derecho fundamental a la integridad física y moral".*

Pues bien, este órgano consultivo teniendo en cuenta la realidad reflejada en el expediente, y siendo ciertamente compleja la cuantificación del daño moral en supuestos como el que se analiza, considera idónea la cuantía reconocida por la Administración en la propuesta remitida y toda vez que el daño ocasionado por el error en la información proporcionada afecta en exclusiva a los progenitores reclamantes a los que se les ocasionó un daño moral al verse privados de la información necesaria para tomar de forma idónea sus decisiones (en este sentido STS 23.11.2007, recurso núm. 4469/2000), por lo que procede indemnizar a los progenitores en un total de setenta mil euros (70.000,00 €).

CONCLUSIÓN

Por todo lo anteriormente expuesto, la Sección de Dictámenes del Consejo Consultivo de Galicia, por unanimidad de sus miembros, dictamina:

"Que informa favorablemente la propuesta de resolución estimatoria parcial a la que el presente expediente se refiere, procediendo indemnizar a los reclamantes en la cuantía de setenta mil euros".

COMISION JURÍDICA ASESORA DE LA COMUNIDAD DE MADRID

Dictamen 60/2021

Procedimiento de responsabilidad patrimonial por los daños y perjuicios sufridos que se atribuyen a una caída en el aseo del box de Urgencias.

ANTECEDENTES DE HECHO

[…]

SEGUNDO.- Del estudio del expediente resultan los siguientes hechos, de interés para la emisión del presente Dictamen:

La reclamante, de 68 años de edad, con antecedentes de osteoporosis tratada con biofosfonatos desde 2008 hasta 2013, acudió al Servicio de Urgencias del Hospital General Universitario Gregorio Marañón por dolor abdominal. Refería dolor en mesogastrio de dos meses de evolución, no irradiado, intermitente, EVA 9/10 que mejoraba parcialmente con paracetamol. Presentaba episodio de diarrea y vómitos desde el día anterior. Realizado TAC abdomino-pélvico con contraste, se le diagnosticó carcinomatosis peritoneal diseminada sin signos radiológicos de complicación aguda. Informado el diagnóstico a la paciente y su hija, se decidió su ingreso para estudio, quedando en el Servicio de Urgencias pendiente de cama, según refleja la historia clínica, el día 12 de febrero de 2020.

El día 13 de febrero de 2020 consta anotado en la historia clínica el accidente: *"Paciente autónoma e independiente para las actividades básicas de la vida diaria (IABVD) va al baño para ducharse, cuando sale de la ducha se resbala a causa de tener el suelo mojado. Se acude inmediatamente a la atención de la paciente y se avisa a médico responsable para valoración".*

Según el comentario de evolución anotado a las 10:22 horas del día 13 de febrero de 2020, *"me comenta enfermería que al ir la paciente al servicio se ha caído al suelo golpeándose en mano derecha. A la exploración física, posible fractura de colles en muñeca derecha. Solicito radiografías. Luego COT".*

Tras diagnosticarse fractura de extremidad distal de radio derecho, se procedió a la reducción cerrada bajo anestesia local y colocación de yeso antebraquial cerrado.

Al día siguiente, 14 de febrero, quedó ingresada en el Servicio de Medicina Interna.

Tras la realización del estudio para el que se efectuó el ingreso, la paciente fue dada de alta el día 22 de febrero de 2020. Fue valorada ese mismo día por el Servicio de Cirugía Ortopédica y Traumatología. Según el informe de alta, *"escayola bien tolerada, no edema, paresia, adecuada evolución de su fractura".*

Según el informe de Enfermería de 27 de marzo de 2020, fue remitida para la retirada del yeso. Consta como comentario de evolución en la historia clínica que en la exploración no presentaba deformidad significativa, que por su situación y ser paciente de riesgo se decidió no hacer radiografía de control y que se le enseñó a hacer ejercicios de muñeca.

TERCERO.- Presentada la reclamación, se acordó la instrucción del expediente, conforme a lo previsto en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC).

En cumplimiento de lo dispuesto en el art. 81 LPAC, ha emitido informe el jefe de Enfermería del Servicio de Urgencias del Hospital General Universitario Gregorio Marañón, que con fecha 19 de febrero de 2020 expone que la paciente, al ser autónoma, acudió sola a la ducha. Tras la caída fue valorada de forma inmediata por su médico y trasladada a la zona de Traumatología, siguiéndose el protocolo de actuación ante una caída.

En relación con el aseo, el informe señala que *"este dispone en la zona de ducha de suelo antideslizante, pero resto del baño es un suelo normal. Tiene situado también una zona para limpieza de cuñas y botellas, ya que en esta unidad no se dispone de otra zona para dicha función por falta de espacio. Tras este incidente nos hemos puesto en contacto con el responsable de mantenimiento para valore la zona y se aumenten las medidas de seguridad".*

Consta, igualmente, informe de la jefa de la Sección de Obras y Servicios del Hospital General Universitario Gregorio Marañón que, en relación con la reclamación presentada, manifiesta su disconformidad con la alegación realizada de que el aseo no cumple la normativa vigente y dice:

"1. El aseo mencionado no es un aseo de discapacitados por lo que no es exigible que existan barras ni asideros de apoyo.

2. *En la reclamación, la mencionada paciente dice que el suelo no reúne las condiciones porque no es antideslizante. Esta afirmación no es del todo cierta pues la ducha a que hace referencia es una ducha realizada "*in situ*" en la que el solado está realizado con baldosa cerámica antideslizante y un sumidero central con las pendientes adecuadas para recoger el agua. que cumple todas las normativas al efecto.*

3. *La ducha está perfectamente mantenida y funciona correctamente, tanto a la hora de desaguar como en el propio chorro de agua, tanta agua caliente sanitaria como agua fría, con un grifo mezclador en perfecto uso.*

No obstante y tras recibir la queja, se ha comprobado que pueden existir mejoras tales como la sustitución de la puerta de acceso, que actualmente abre hacia adentro, por una puerta corredera que proporcionará más seguridad para los pacientes o alguna otra mejora como la colocación de asideros de apoyo, por lo que se va a proceder a su cambio. La dimensión del espacio hace inviable la ejecución de un aseo de discapacitados, pero mejorará en gran medida el uso por parte de los pacientes".

Se ha incorporado también un informe pericial, de 13 de junio de 2020, emitido a instancia de la aseguradora del SERMAS por una licenciada en Medicina y Cirugía, especialista en Medicina Familia y Comunitaria, en el que se realiza un estudio sobre el riesgo de caídas en el ámbito sanitario y la identificación del paciente con riesgo de

caídas atendiendo a los criterios de movilidad limitada; déficit sensorial; historia de caídas previas; medicación de riesgo y edad menor de 5 años y mayor de 65 años, según la escala JHDownton. El informe dice que:

"Teniendo en cuenta las consideraciones ya expuestas y el estado tanto previo como durante el ingreso no existía indicación de supervisar a la paciente para este tipo de actividades; de hecho, la intimidad del paciente se preserva en la medida de lo posible durante los ingresos hospitalarios.

- *No figuraba información ni histórico respecto a caídas previas.*
- *Toma de medicamentos: omeprazol y vitamina B12*
- *No déficits sensoriales*
- *Estado mental: orientado*
- *Deambulación: segura*

La caída sufrida supone un evento impredecible e inevitable que no podía preverse y que por tanto no supone mal praxis alguna por parte del personal asistencial que trató a la paciente".

El informe pericial concluye que la asistencia prestada por el Hospital General Universitario Gregorio Marañón durante el ingreso por abdominalgia con fecha 11 de febrero de 2020 se considera correcta y ajustada a la *lex artis ad hoc.*

Tras la incorporación al procedimiento de los anteriores informes y de la historia clínica, se ha evacuado el oportuno trámite de audiencia a la interesada, sin que conste en el expediente que haya formulado alegaciones.

Se ha formulado propuesta de resolución por el viceconsejero de Asistencia Sanitaria (folios 148 a 151) con fecha 10 de diciembre de 2020 desestimatoria de la reclamación al considerar que la actuación de la Administración no ha sido antijurídica ni el daño tiene su causa en ella.

CUARTO.- Por escrito del consejero de Sanidad con registro de entrada en la Comisión Jurídica Asesora el día 21 de diciembre de 2020 se formuló preceptiva consulta a este órgano.

Ha correspondido la solicitud de consulta del presente expediente, registrada en la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid con el nº 615/20, a la letrada vocal Dña. Rocío Guerrero Ankersmit que formuló y firmó la oportuna propuesta de dictamen, deliberada y aprobada, por el Pleno de esta Comisión Jurídica Asesora en su sesión de 9 de febrero de 2021.

El escrito de solicitud de dictamen preceptivo está acompañado de documentación, adecuadamente numerada y foliada, que se considera suficiente.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes

CONSIDERACIONES DE DERECHO

[…]

SEGUNDA.- La tramitación del procedimiento de responsabilidad patrimonial, iniciado a instancia de parte interesada según consta en los antecedentes, se regula en la LPAC de conformidad con su artículo 1.1, con las particularidades previstas para los procedimientos de responsabilidad patrimonial en los artículos 67, 81 y 91. Su regulación debe completarse con lo dispuesto en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (en lo sucesivo, LRJSP), cuyo capítulo IV del título preliminar se ocupa de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas.

La reclamante formula su pretensión indemnizatoria solicitando ser resarcida por los daños personales sufridos, que atribuye a un accidente ocurrido en el Hospital General Universitario Gregorio Marañón. Concurre en ella la condición de interesada para interponer la reclamación, de conformidad con el artículo 4 de la LPAC y artículo 32 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante, LRJSP).

Asimismo, se encuentra legitimada pasivamente la Comunidad de Madrid en cuanto titular del centro sanitario donde se produjo el daño.

En lo relativo al plazo de presentación de la reclamación, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 67.1 LPAC el derecho a reclamar responsabilidad patrimonial a la Administración prescribe al año de manifestarse el efecto lesivo y de que se haya determinado el alcance de las secuelas.

En el caso que nos ocupa, resulta de la documentación examinada que la reclamante sufrió una caída en el aseo del box del Servicio de Urgencias el día 13 de febrero de 2020 y que fue diagnosticada de fractura del radio derecho ese mismo día, por lo que la reclamación presentada dos días después, el 15 de febrero de 2020 por la interesada y reiterada, tras el requerimiento efectuado por la Administración, el día 8 de mayo de 2020, está formulada en plazo.

El procedimiento seguido no adolece de ningún defecto de anulabilidad o nulidad, por cuanto se han llevado a cabo todas las actuaciones necesarias para alcanzar adecuadamente la finalidad procedimental y, así, se ha solicitado el informe preceptivo previsto en el artículo 81 LPAC, esto es, al Servicio de Urgencias y al jefe de la Sección de Obras y Servicios del Hospital General Universitario Gregorio Marañón.

También se ha incorporado un informe pericial sobre una licenciada en Medicina y Cirugía.

Después de la incorporación al procedimiento de los anteriores informes se ha dado audiencia a la reclamante, que no ha efectuado alegaciones y se ha dictado propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación de responsabilidad patrimonial.

Se observa que, habiendo propuesto la reclamante en su escrito de 8 de mayo de 2020 como prueba la declaración de una testigo, el instructor del procedimiento de responsabilidad patrimonial no se ha pronunciado sobre ella en contra de lo dispuesto en el artículo 77.3 de la LPAC que dispone:

"El instructor del procedimiento sólo podrá rechazar las pruebas propuestas por los interesados cuando sean manifiestamente improcedentes o innecesarias, mediante resolución motivada".

Revista Española de la Función Consultiva
ISSN: 1698-6849, núm. 34, julio-diciembre (2020) págs. 147-153

Como es doctrina reiterada de esta Comisión, la inadmisión de la prueba propuesta por el interesado debe realizarse de forma expresa y motivadamente (Dictamen 352/18, de 26 de julio) y que la propuesta de resolución no es el momento procedimental oportuno para rechazarla (dictámenes 30/20, de 30 de enero y 23/21, de 26 de enero, entre otros).

Ante la falta de pronunciamiento expreso del instructor sobre la inadmisión de la prueba solicitada por el interesado, la doctrina de este órgano consultivo es retrotraer el procedimiento para la práctica de dicha prueba cuando pueda *"resultar relevante en orden al esclarecimiento de las circunstancias en las que se encontraba la zona donde ocurrió el accidente y las obras que se estaban acometiendo en la misma"* (Dictamen 475/20 de 8 de noviembre), salvo que la misma resulta claramente innecesaria y, por tanto, no genere indefensión al reclamante (Dictamen 488/18, de 4 de diciembre).

En el presente caso, la reclamante propone la declaración de una *"testigo presencial de los hechos ocurridos",* sin dar explicación de la razón de su presencia en el aseo mientras se duchaba. En cualquier caso, esta Comisión Jurídica Asesora no estima necesaria la retroacción del procedimiento para la práctica de la prueba solicitada porque si efectivamente la testigo estaba presente en el momento de la ducha, la reclamante estaba acompañada y carecería de fundamento la reclamación, pues podía haber ayudado a la paciente y evitado la caída. Si la testigo no estaba presente, no puede dar testimonio de la mecánica de la caída y se limitará a declarar lo que le hubiera contado la reclamante de cómo se produjo el accidente, no tratándose de una *"testigo presencial".* Por otro lado, ni las anotaciones realizadas en la historia clínica ni el primer escrito de reclamación presentado por la interesada sin asistencia de abogado, refieren la presencia de testigos en el momento de la caída.

[…]

CUARTA.- Aplicada la anterior doctrina al presente caso, resulta acreditado en el expediente, pues así consta en la historia clínica y reconoce el informe del jefe de Enfermería del Hospital General Universitario Gregorio Marañón, que la reclamante sufrió una caída el día 13 de febrero de 2020 en el aseo del box de Urgencias del citado centro hospitalario y que, como consecuencia de la misma, se fracturó el radio derecho. Resulta, asimismo, probado que la reclamante tuvo el brazo inmovilizado con yeso hasta el día 27 de marzo de 2020. No resulta probado, en cambio, que la interesada realizara 6 meses de rehabilitación ni tampoco las secuelas que, afirma, le han quedado en la movilidad de la muñeca, pues no aporta ningún informe de un especialista que valore dichas limitaciones que la interesada cuantifica en 8 puntos.

Acreditada parcialmente la realidad de los daños, pesa sobre la reclamante la carga de probar los demás requisitos de la responsabilidad patrimonial, que pasa por demostrar la realidad de los hechos en que se fundamenta su pretensión y en particular que las consecuencias dañosas derivan del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos. Es decir, le corresponde probar el nexo causal o relación causa efecto entre el resultado dañoso y el funcionamiento del servicio público que, para el caso que nos ocupa, supone que le incumbe probar la existencia del accidente y que los daños sufridos derivan del defectuoso estado del centro hospitalario.

La reclamante afirma en sus escritos que la caída fue consecuencia del estado deplorable de aseo, sin ningún tipo de agarre en la zona de baño, no adaptado para los pacientes, sin zona antideslizante, sin personal sanitario pendiente de que el paciente no

sufra caídas ni, por último, personal de limpieza pendiente de que las baldosas de la ducha queden limpias o al menos libres de jabones, eliminando el riesgo de resbalones y demás accidentes. Para probar esta relación de causalidad, la reclamante aporta los informes médicos, una fotografía y el escrito del jefe de Enfermería de Urgencias del Hospital General Universitario Gregorio Marañón.

En relación con los informes médicos, y como señalamos en el Dictamen 213/17, de 25 de mayo, en un supuesto similar al presente, es doctrina reiterada de este órgano consultivo que sirven para acreditar la realidad de los daños, pero no prueban la relación de causalidad entre éstos y el funcionamiento del servicio público porque los firmantes de los mismos no fueron testigos directos de la caída, limitándose a recoger lo manifestado por la paciente. Además, en el caso examinado, los informes aportados por la reclamante hacen referencia a la existencia de una *"caída casual"*.

Sí constan en la historia clínica unas anotaciones en el día en el que se produjo el accidente, de la realidad del mismo al recogerse en la hoja de evolución de Enfermería lo siguiente: *"Cuando sale de la ducha se resbala a causa de tener el suelo mojado"*.

Tampoco la fotografía aportada sirve para acreditar el nexo causal entre los daños sufridos y el funcionamiento de los servicios públicos como también es doctrina reiterada de esta Comisión Jurídica Asesora, estas pruebas no sirven para acreditar la mecánica de tal caída.

Así, del conjunto de la prueba practicada queda acreditado que se produjo un accidente en el aseo del box de Urgencias Hospital General Universitario Gregorio Marañón, pero no que éste hubiera ocurrido en la forma relatada por la reclamante en sus escritos y por la causa que invoca.

QUINTA.- En cualquier caso, aunque se admitiera a efectos dialécticos que la caída de la reclamante se produjo, tras ducharse, como consecuencia de haber resbalado con el suelo mojado, ello no supondría establecer automáticamente la responsabilidad de la Comunidad de Madrid por cuanto no puede calificarse el daño como antijurídico.

El sistema de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas no implica convertir a éstas en aseguradoras universales de todos los riesgos con el fin de prevenir cualquier eventualidad desfavorable o dañosa para los administrados que pueda producirse con independencia del actuar administrativo. El instituto de la responsabilidad patrimonial no puede convertirse en un instrumento para la socialización de los riesgos y, entender lo contrario, conllevaría exigir unos niveles de actuación a los servicios públicos completamente inasumibles, lo cual iría en contra de la necesaria adecuación de estos a los recursos públicos disponibles conforme exigen los principios de eficiencia, economía y estabilidad presupuestaria -artículos 31.2 y 135 de la Constitución-.

En cuanto a la antijuridicidad del daño en estos casos, el título de la imputación de responsabilidad patrimonial de la Administración lo constituye, el referido deber de mantenimiento y conservación de las instalaciones públicas en adecuado estado para el fin al que sirven, lo cual hace que el daño solo pueda ser calificado como antijurídico cuando el riesgo inherente a su utilización haya rebasado los límites impuestos por los estándares de seguridad exigibles conforme a la conciencia social (sentencia del Tribunal Supremo 5 de julio de 2006, recurso 1988/2002).

No cabe estimar, en definitiva, que exista responsabilidad cuando el daño se halla ligado a los riesgos normales de la vida, máxime cuando resulta del expediente que la reclamante es una persona independiente para todas las actividades de la vida diaria por lo que no precisaba de un aseo adaptado.

En este sentido, obra en el expediente un informe de la jefa de la Sección de Obras y Servicios del Hospital General Universitario Gregorio Marañón en el que manifiesta que el aseo donde ocurrió la caída *"no es un aseo de discapacitados por lo que no es exigible que existan barras ni asideros de apoyo"*. En relación con la superficie del suelo, el informe señala es una ducha realizada "*in situ*" en la que el solado está realizado con baldosa cerámica antideslizante y un sumidero central con las pendientes adecuadas para recoger el agua que cumple todas las normativas al efecto y que la ducha está mantenida y funciona correctamente, tanto a la hora de desaguar como en el propio chorro de agua.

Por otro lado, debe resaltarse que el accidente ocurrió en el aseo de un box del Servicio de Urgencias de un centro hospitalario donde no resulta exigible, pese a lo afirmado por la reclamante en su escrito, que haya *"personal sanitario pendiente de que el paciente no sufra caídas".* Así, resulta probado en el procedimiento que la paciente era autónoma e independiente para las actividades básicas de la vida diaria y sin factores de riesgo conocidos para sufrir caídas, como resulta del informe pericial elaborado a instancia de la compañía aseguradora del SERMAS, por lo que no precisaba de ayuda para ir al baño o ducharse.

En mérito a cuanto antecede, esta Comisión Jurídica Asesora formula la siguiente

CONCLUSIÓN

Procede desestimar la reclamación de responsabilidad patrimonial al no haberse acreditado relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y el daño, ni tener éste la condición de antijurídico.

A la vista de todo lo expuesto, el órgano consultante resolverá según su recto saber y entender, dando cuenta de lo actuado, en el plazo de quince días, a esta Comisión Jurídica Asesora de conformidad con lo establecido en el artículo 22.5 del ROFCJA.

JURISPRUDENCIA

SENTENCIA 202/2022 DE LA SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO (SECCION CUARTA) DEL TRIBUNAL SUPREMO, DE 17 DE FEBRERO DE 2022 [1]. RECURSO NÚM 5631/2019

Extracto: *El objeto del recurso es la resolución del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte (Secretaría de Estado de Cultura) que denegó permiso de exportación temporal con posibilidad de venta del cuadro denominado "Fin de jornada" de D. Raimundo.*

La sala aborda en esta sentencia si los informes de la Administración elaborados por funcionarios o técnicos de la Administración (aportados en sede judicial como pericial) deben ser tenidos como informes de parte y ser valorados como tales o, si por el hecho de proceder de funcionarios de los que se presume objetividad tienen un plus de fuerza probatoria frente a los informes de parte.

[…]

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La sentencia recurrida contiene parte dispositiva del siguiente tenor literal:

"[...] FALLAMOS.- DESESTIMAR el recurso contencioso-administrativo 1213/17, interpuesto por Procurador Dña. María Roció Sampere Meneses en nombre y representación de D. Nicolás contra la Resolución de 13-09-17 del MINISTERIO DE EDUCACIÓN, CULTURA Y DEPORTE (Secretaría de Estado de Cultura -expediente NUM000), que desestima recurso de alzada contra Resolución de 26-10-16 de la DG de Bellas Artes y Bienes Culturales y de Archivos y Bibliotecas, por la que se deniega permiso de exportación temporal con posibilidad de venta del cuadro denominado "Fin de jornada" de D. Raimundo , actuación administrativa que en consecuencia se confirma en cuanto ajustada a Derecho.

2.- Imponer a la parte actora las costas del presente recurso, en los términos del Fº Jº 13º de esta sentencia. [...]".

SEGUNDO.- Notificada la anterior sentencia, la representación procesal de don Nicolás presentó escrito preparando el recurso de casación, que la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid tuvo por preparado, ordenando el emplazamiento de las partes y la remisión de las actuaciones a esta Sala del Tribunal Supremo.

TERCERO.- Recibidas las actuaciones ante este Tribunal, por diligencia de ordenación de la Sala de lo Contencioso Administrativo de fecha 28 de enero de 2020,

[1] Ponente: Exmo. Sr. D. Luis María Díez-Picazo Giménez.

se tuvo por personado y parte a don Nicolás , como parte recurrente y al Abogado del Estado, como parte recurrida.

CUARTO.- Por auto de 3 de junio de 2020, la Sección Primera de esta Sala acordó:

"[...] SEGUNDO. Precisar que las cuestiones en las que, en principio, se entienden que existe interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia son:

1º) Naturaleza y valor probatorio de los informes de la Administración obrantes en el expediente administrativo mas los aportados en sede judicial como pericial, todos elaborados por funcionarios o técnicos de la Administración, y, en particular, si deben ser tenidos como informes de parte y ser valorados como tales o, si por el hecho de proceder de funcionarios de los que se presume objetividad tienen un plus de fuerza probatoria frente a los informes de parte.

2º) La determinación del carácter reglado o discrecional de las decisiones de la administración en materia de concesión o denegación de permisos de exportación de obras del patrimonio histórico artístico y, en su caso, los elementos que deben tomarse en consideración.

TERCERO. Identificar como normas jurídicas que, en principio, habrán de ser objeto de interpretación las contenidas en los artículos 335.1, 336 y 348 LEC, sin perjuicio de que la sentencia pueda extenderse a otras cuestiones y normas jurídicas si así lo exigiere el debate finalmente trabado en el recurso, ex artículo 90.4 de la LJCA.

CUARTO. Publicar este auto en la página web del Tribunal Supremo. [...]".

QUINTO.- Teniendo por admitido el recurso de casación por esta Sala, se emplazó a la parte recurrente para que, en treinta días, formalizara escrito de interposición, lo que realizó, suplicando a la Sala:

"[...] dictar sentencia por la que, previo planteamiento de la cuestión prejudicial ante el TJUE que se solicita en el cuerpo del presente escrito, se estime el presente recurso de casación, se case y anule la sentencia recurrida, y:

1º) Fije la interpretación de las normas estatales y de la jurisprudencia sobre las que se ha considerado necesario el pronunciamiento del TS en el auto de admisión a trámite, realizando las declaraciones propuestas en la alegación Tercera, punto 3º, del cuerpo del presente escrito; y

2º) Resuelva las cuestiones y pretensiones deducidas en el proceso:

(i) estimando el recurso contencioso-administrativo en los términos del Suplico de la demanda por considerar que esta parte actora ha probado la inexistencia del "valor más relevante" o "valor excepcional" que justifica la denegación del permiso o licencia de exportación solicitado;

(ii) subsidiariamente, acordando que se requiera a institución cultural independiente que ese Alto Tribunal considere oportuna, para que emita informe sobre el valor histórico, artístico y/o cultural del cuadro "Fin de jornada", de Raimundo, a los efectos de la concesión o denegación del permiso de exportación solicitado, dictando el TS, previa audiencia de las partes, la sentencia que proceda conforme a Derecho a la vista de esta nueva prueba pericial de carácter independiente y dirimente;

(iii) subsidiariamente respecto a lo anterior, ordenando la retroacción de actuaciones al momento previo al dictado de la sentencia por el TSJ de Madrid para que se dicte nueva sentencia ajustada a Derecho previa valoración de las pruebas periciales propuestas y admitidas en pie de igualdad y conforme a las reglas de la sana crítica o a través de nueva prueba pericial dirimente consistente en informe de la institución o entidad cultural independiente que se entienda oportuna, que deberá ser valorada conjuntamente con los informes periciales de la parte actora y de la Administración demandada, en condiciones de igualdad y objetividad y previa audiencia de las partes, de acuerdo con las reglas de la sana critica.

3º) disponga que cada parte abone las costas causadas en el presente recurso de casación a su instancia y las comunes por mitad (art. 93.4 LJCA). [...]".

SEXTO. - Por providencia de fecha 22 de septiembre de 2020, se emplazó a la parte recurrida para que, en treinta días, formalizara escrito de oposición.

El Abogado del Estado, en la representación y defensa que por Ley le corresponde presentó escrito de oposición, oponiéndose al recurso de casación suplicando a la Sala: "[...] tenga por formulado escrito de oposición de este recurso de casación y, en su día, dicte sentencia desestimatoria del mismo con los demás pronunciamientos legales. [...]".

SÉPTIMO.- Por providencia de 25 de noviembre de 2020 se acordó la celebración de vista pública, al considerarla necesaria atendiendo a la índole del asunto.

Posteriormente mediante providencia de fecha 21 de diciembre de 2021 y modificando lo dispuesto en la anterior providencia de fecha 25 de noviembre de 2020, se designó Magistrado Ponente al Excmo. Sr. D. Luis María Diez-Picazo Giménez y se acordó la votación y fallo de este recurso, señalándose para ello el día 8 de febrero de 2022, sin señalamiento de vista atendiendo las circunstancias existentes.

La representación procesal de don Nicolás , interpuso recurso de reposición contra dicha resolución de 21 de diciembre de 2021, dándose traslado del mismo al Abogado del Estado, quien evacuó dicho trámite mediante escrito solicitando se desestime el recurso reposición interpuesto contra la providencia de 21 de diciembre. Con fecha 22 de enero de 2022, se dictó auto desestimando dicho recurso.

La deliberación, votación y fallo tuvo lugar el día 8 de febrero de 2022 habiéndose observado las formalidades legales referentes al procedimiento.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El presente recurso de casación es interpuesto por la representación procesal de don Nicolás contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 12 de junio de 2019.

Los antecedentes del asunto son como sigue. El recurrente, en nombre propio y como mandatario de su madre y de sus hermanos, solicitó autorización para la exportación del cuadro de Raimundo titulado "Fin de jornada". La Junta de Calificación, Valoración y Exportación de Bienes del Patrimonio Histórico Español informó negativamente dicha solicitud. Ésta fue denegada mediante resolución de la Dirección General de Bellas Artes de 26 de octubre de 2016, por considerar que el cuadro posee un valor excepcional a los efectos de la legislación sobre el patrimonio histórico español y que, por consiguiente, debe permanecer en territorio nacional. Interpuesto recurso de

alzada, fue desestimado por resolución del Secretario de Estado de Cultura de 13 de septiembre de 2017.

Consta que en el expediente administrativo se hallaban dos informes emitidos en 2007 por el Director del Museo Sorolla y por el Jefe del Departamento de Pintura del Siglo XIX del Museo Nacional del Prado, con ocasión de una anterior solicitud de exportación temporal con posibilidad de venta referida al mismo cuadro, que fue concedida. Tales informes fueron tenidos en cuenta por la Administración.

Disconforme con la denegación de la solicitud de exportación del cuadro, el recurrente acudió a la vía jurisdiccional. Con su escrito de demanda, por lo que ahora importa, aportó dos dictámenes periciales de sendas expertas en la obra de Raimundo: doña Encarna y doña Eugenia. Ambos dictámenes concluyen que los méritos del cuadro son innegables, más no excepcionales en el contexto de la obra del artista. Conviene también señalar que, entre otros argumentos, el escrito de demanda cuestionó la objetividad de los arriba mencionados dictámenes periciales de 2007, por provenir de expertos que ocupan puestos cuya designación corresponde a la Administración del Estado; es decir, que son directa o indirectamente dependientes de ésta.

Ciñéndose de nuevo a lo que ahora específicamente importa, el Abogado del Estado con el escrito de contestación a la demanda aportó una nota interior del Subdirector General de Museos Estatales de 7 de diciembre de 2016, por la que se remitían a la Junta de Calificación, Valoración y Exportación de Bienes del Patrimonio Histórico Español dos informes relativos al cuadro titulado "Fin de jornada": uno de la Jefa del Área de Colecciones de la Subdirección General de Museos Estatales, y otro de la Subdirectora General de Promoción de las Bellas Artes. Ambos informes afirman que, por sus características, el cuadro posee un valor que justifica su permanencia en España. Es conveniente observar que la referida nota interior es posterior al acto administrativo denegatorio de la solicitud de exportación, si bien anterior a su confirmación en alzada.

La sentencia ahora impugnada desestima el recurso contencioso-administrativo, debiendo destacarse que a la hora de valorar todo el material probatorio otorga mayor peso al que procede de la Administración. Ello lo justifica por la "mayor objetividad e imparcialidad" de los expertos de ésta, sin llegar a hacer un análisis detallado de los argumentos recogidos en todos y cada uno de los informes y dictámenes recogidos en las actuaciones. A este respecto el razonamiento de la sentencia impugnada queda bien reflejado en el siguiente pasaje de la misma:

"[...] En esta tesitura, dados todos los informes y criterios aportados, y existiendo una cierta discrecionalidad técnica no evitable, parece, en la apreciación de la autorización de exportación, aun limitada o muy limitada por la normativa trascrita (potestad reglada), no podemos por menos de inclinarnos en este aspecto del litigio (valoración probatoria del cuadro a efectos de su eventual exportabilidad en los términos legales existentes) por la tesis oficial, profusamente documentada además en autos, cual hemos reseñado, frente a la que, en nuestra apreciación, no tienen virtualidad decisoria las periciales de carácter privado aportadas por la recurrente por más énfasis que haga en ellas la actora y más critique la entidad de los pareceres de expertos de la parte demandada (que también son expertos en la materia, véanse también su currículum y circunstancias), parte esta última que ciertamente también minusvalora los dictámenes de adverso, incluso poniendo de relieve las circunstancias personales y profesionales no favorables en términos de imparcialidad incluso que concurren en ellas. [...]".

Y más adelante:

"[...] En este sentido y con las salvedades ya conocidas a tenor de la jurisprudencia post LEC 2000 en cuanto a la valoración de la prueba pericial en general (por las reglas de la sana crítica ex artº 348 LEC), no deja de tener, a nuestro entender en estos casos al menos, una cierta preeminencia, en función siempre de las circunstancias concurrentes, la pericia de expertos oficiales por razón de su en principio mayor objetividad e imparcialidad, lo que aquí resultaría apreciable, dadas además las circunstancias de los peritos de la actora y de la propia Administración. [...]".

SEGUNDO.- Preparado recurso de casación, fue admitido por la Sección 1ª de esta Sala mediante auto de 3 de junio de 2020. Las cuestiones declaradas de interés casacional objetivo son:

"[...] SEGUNDO. Precisar que las cuestiones en las que, en principio, se entienden que existe interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia son:

1º) Naturaleza y valor probatorio de los informes de la Administración obrantes en el expediente administrativo mas los aportados en sede judicial como pericial, todos elaborados por funcionarios o técnicos de la Administración, y, en particular, si deben ser tenidos como informes de parte y ser valorados como tales o, si por el hecho de proceder de funcionarios de los que se presume objetividad tienen un plus de fuerza probatoria frente a los informes de parte.

2º) La determinación del carácter reglado o discrecional de las decisiones de la administración en materia de concesión o denegación de permisos de exportación de obras del patrimonio histórico artístico y, en su caso, los elementos que deben tomarse en consideración.

TERCERO. Identificar como normas jurídicas que, en principio, habrán de ser objeto de interpretación las contenidas en los artículos 335.1, 336 y 348 LEC, sin perjuicio de que la sentencia pueda extenderse a otras cuestiones y normas jurídicas si así lo exigiere el debate finalmente trabado en el recurso, ex artículo 90.4 de la LJCA. [...]".

TERCERO.- En el escrito de interposición del recurso de casación se sostiene que la sentencia impugnada, aparte de infringir la jurisprudencia relativa a la discrecionalidad técnica, parte de un presupuesto equivocado, a saber: que los informes y dictámenes emitidos por expertos de la Administración gozan, por esa sola razón, de un valor probatorio mayor que el de las pericias de parte. En este orden de ideas, insiste en que los expertos de la Administración no son independientes y, contrariamente a lo dicho por la sentencia impugnada, niega que el criterio jurisprudencial sobre el valor de los informes municipales en materia urbanística sea aplicable a un caso como el presente. Observa que dicho criterio jurisprudencial está pensado para supuestos en que el informe municipal no se hace valer en un litigio en que el ayuntamiento es parte, sino entre terceros; circunstancia en que, a diferencia de lo que aquí sucede, puede tener justificación atribuir imparcialidad a los expertos de la Administración. Por lo demás, el recurrente reitera la petición ya formulada en la instancia de que se plantee cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, acerca de la compatibilidad con la libertad de circulación de mercancías de las normas nacionales que dan cobertura a la prohibición de exportación de obras de arte de especial calidad.

CUARTO.- En cuanto al escrito de oposición al recurso de casación, el Abogado del Estado afirma que la referencia de la sentencia impugnada a la mayor objetividad e imparcialidad de los expertos de la Administración es un mero obiter dictum, que no debería dar pie a una cuestión de interés casacional objetivo. Y a este respecto añade que la sentencia impugnada realiza una valoración de conjunto de todas las pruebas, que en cuanto tal no es susceptible de ser controlada en casación. En fin, sobre si la autorización de exportación de obras de arte es reglada o discrecional, afirma que es un tema ya resuelto por la jurisprudencia en el primer sentido, citando la sentencia de esta Sala de 4 de diciembre de 2015.

QUINTO.- Abordando ya las cuestiones de interés casacional objetivo, conviene comenzar rechazando el planteamiento de cuestión prejudicial pedido por el recurrente. Es claro y pacífico que el art. 36 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea permite a los Estados miembros imponer limitaciones a la salida de su territorio de obras de arte que poseen un alto valor, siempre que tales limitaciones sean proporcionadas y no discriminatorias.

SEXTO.- Dicho lo anterior, la cuestión relativa al carácter reglado o discrecional de la autorización para la exportación de obras de arte no presenta particular dificultad. Como atinadamente observa el Abogado del Estado, se está en presencia de una potestad reglada: sólo si en el caso concreto concurre una causa que legalmente justifique la permanencia de la obra de arte en España, con arreglo al art. 5 de la Ley del Patrimonio Histórico Español y a su desarrollo reglamentario, puede la Administración denegar la solicitud de exportación. Naturalmente, la apreciación de si tal causa concurre puede comportar cierto margen de discrecionalidad técnica; pero, como es sabido, la discrecionalidad técnica no equivale a la discrecionalidad en sentido propio ni, por consiguiente, implica que la Administración pueda adoptar su decisión según criterios de pura oportunidad o conveniencia. La cita de la sentencia de 4 de diciembre de 2015 es así totalmente pertinente.

SÉPTIMO.- Más compleja es la otra cuestión de interés casacional objetivo, relativa a la "naturaleza y valor probatorio de los informes de la Administración obrantes en el expediente administrativo más los aportados en sede judicial como pericial, todos elaborados por funcionarios o técnicos de la Administración".

A este respecto hay que comenzar recordando que en el Derecho Administrativo no hay normas específicas sobre los medios de prueba, ni sobre su valoración. Así, en el art. 77 de la Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas se dice que "los hechos relevantes para la decisión de un procedimiento podrán acreditarse por cualquier medio de prueba admisible en Derecho, cuya valoración se realizará de acuerdo con los criterios establecidos en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil". Y con respecto a la prueba en el proceso, el art. 60 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa contiene reglas sobre el momento y el modo de pedir el recibimiento a prueba, e incluso sobre algunos aspectos de su práctica; pero sobre los medios de prueba y su valoración se limita a remitirse a la Ley de Enjuiciamiento Civil. El apartado cuarto del citado art. 60, en efecto, dispone que "la prueba se desarrollará con arreglo a las normas generales establecidas para el proceso civil". Más adelante, por lo que específicamente hace a la prueba pericial, el apartado sexto añade que las partes pueden "solicitar aclaraciones al dictamen emitido".

Todo ello significa que, para determinar la naturaleza y la fuerza probatoria de los informes y dictámenes elaborados por expertos de la Administración, hay que estar a la legislación procesal civil. Pues bien, tales informes y dictámenes serán subsumibles dentro del medio de prueba oficialmente denominado "dictamen de peritos" en tanto en cuanto reúnan las características que al mismo atribuye el art. 335 de la Ley de Enjuiciamiento Civil: que "sean necesarios conocimientos científicos, artísticos, técnicos o prácticos para valorar hechos o circunstancias relevantes en el asunto o adquirir certeza sobre ellos" y que las personas llamadas como peritos "posean los conocimientos correspondientes". En pocas palabras, se trata de que la acreditación de un hecho requiera de conocimientos especializados.

Ninguna duda cabe de que ciertos funcionarios y técnicos al servicio de la Administración, por su formación y selección, pueden tener conocimientos especializados relevantes para probar hechos que sólo por medio de una pericia pueden ser acreditados. Más aún, una parte relevante de los empleados públicos desempeñan precisamente funciones de naturaleza técnica o científica. Ello es, por supuesto, predicable de quienes están al servicio de la Administración como expertos en materias artísticas; expertos que pueden, en principio, actuar como peritos cuando se trate de determinar la mayor o menor calidad de una obra de arte.

Tampoco es dudoso que, en el ámbito del Derecho Administrativo, tanto en vía administrativa como en vía jurisdiccional, los dictámenes periciales deben valorarse tal como ordena el art. 348 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, es decir, "según las reglas de la sana crítica". Ello no implica que el dictamen pericial sea una prueba tasada o legal, cuya fuerza está predeterminada por la ley y no puede ser destruida por otros medios. En la tradición jurídica española, es generalmente admitido que esa idea de reglas de la sana crítica -ya presente en el art. 632 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, e incluso en el hoy derogado art. 1243 del Código Civil no trae consigo un sistema de valoración de la prueba diferenciado. Antes, al contrario, la valoración según las reglas de la sana crítica no deja de ser una manifestación de libre valoración de la prueba o valoración en conciencia. Ante una prueba pericial puede el juzgador formar su convicción sobre los hechos con libertad, dando a aquélla el peso que -habida cuenta de las circunstancias y del resto del material probatorio- considere adecuado. Pero debe hacerlo exponiendo las razones que le conducen, siguiendo el modo de razonar de una persona sensata, a aceptar o rechazar lo afirmado por el perito. La valoración de la prueba pericial según las reglas de la sana crítica es, así, una valoración libre debidamente motivada; algo que, como es obvio, exige realizar un análisis racional de todos los elementos del dictamen pericial, sopesando sus pros y sus contras. Seguramente, más allá del respeto a la tradición, no era imprescindible que el legislador hiciera esa mención a las reglas de la sana crítica, ya que la exigencia de motivación de las sentencias, impuesta con alcance general por el art. 120.3 de la Constitución, alcanza al establecimiento de los hechos por el juzgador.

Una vez sentado que los expertos al servicio de la Administración pueden actuar como peritos y que sus dictámenes -al igual que cualquier otro dictamen pericial- han de ser valorados de manera libre y motivada, es preciso hacer tres consideraciones adicionales a fin de dar cumplida respuesta a la cuestión de interés casacional objetivo. En primer lugar, tal como señala el recurrente, no es lo mismo que un informe o dictamen emanado de la Administración se haga valer como medio de prueba en un litigio entre terceros o en un litigio en que esa misma Administración es parte. En este

último supuesto, no tiene sentido decir que el informe o dictamen goza de imparcialidad y, por ello, merece un plus de credibilidad: quien es parte no es imparcial. Además, cuando esto ocurre, el dato es relevante, pues exige no eludir la proveniencia puramente administrativa del informe o dictamen, examinando hasta qué punto ello ha podido influir en las conclusiones periciales.

En segundo lugar, en conexión con lo que se acaba de decir, no todos los expertos al servicio de la Administración se encuentran en una misma situación de dependencia con respecto al órgano administrativo llamado a decidir. Por mucha que sea la capacitación técnica o científica de la concreta persona, no es lo mismo un funcionario inserto en la estructura jerárquica de la Administración activa que alguien que -aun habiendo sido designado para el cargo por una autoridad administrativa- trabaja en entidades u organismos dotados de cierta autonomía con respecto a la Administración activa. A este respecto hay que recordar que, entre las causas de tacha de peritos no designados judicialmente, el art. 343 de la Ley de Enjuiciamiento Civil incluye "estar o haber estado en situación de dependencia o de comunidad o contraposición de intereses con alguna de las partes o con sus abogados o procuradores". Y el art. 344 del propio cuerpo legal dispone que la tacha debe ser tenida en cuenta al valorar la prueba pericial. Pues bien, mientras que el funcionario inserto en la estructura jerárquica de la Administración activa está manifiestamente en situación de dependencia, el lazo es menos acusado en el otro supuesto. Precisar y ponderar, en cada caso concreto, el mayor o menor grado de dependencia del experto con respecto al órgano administrativo llamado a decidir es algo que, sin duda, debe hacer el juzgador.

En tercer y último lugar, seguramente hay supuestos en que los informes de origen funcionarial, aun habiendo sido elaborados por auténticos técnicos, no pueden ser considerados como prueba pericial. Ello ocurre destacadamente cuando las partes no tienen ocasión de pedir explicaciones o aclaraciones (arts. 346 y 347 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y art. 60 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa). Dichos informes no tendrán más valor que el que tengan como documentos administrativos, y como tales habrán de ser valorados.

Queda asírespondida la cuestión de interés casacional objetivo relativa a la naturaleza y el valor de los informes y dictámenes provenientes del interior de la Administración.

OCTAVO.- Aplicando cuanto se ha expuesto, el presente recurso de casación debe ser acogido, pues la sentencia impugnada no ha observado la exigencia establecida en el art. 348 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de valorar los dictámenes periciales según las reglas de la sana crítica.

Tal como se indicó al exponer los antecedentes del asunto, la sentencia impugnada no hace ningún análisis comparativo de los argumentos desarrollados en los distintos informes y dictámenes recogidos en las actuaciones. Sin cuestionar la capacitación técnica de sus autores, basa su decisión fundamentalmente en una pretendida "mayor objetividad e imparcialidad" de los expertos al servicio de la Administración. Y esto, como se ha visto, no es lo que la ley requiere. La sentencia impugnada habría debido examinar la mayor o menor solidez de cada uno de los dictámenes periciales, teniendo en cuenta sus fuentes, su desarrollo expositivo, e incluso el prestigio profesional su autor. Limitándose a decir que cuando concurren un experto privado y uno de la Administración debe darse mayor credibilidad a éste último, la

sentencia impugnada no sólo no aporta una motivación suficiente del modo en que se ha formado su convicción sobre los hechos, sino -lo que es peor- termina por otorgar implícitamente el carácter de prueba tasada o legal a los dictámenes e informes provenientes de la Administración.

Esta conclusión no se ve desvirtuada por las alegaciones del Abogado del Estado. No es exacto afirmar, como hace, que la referencia a la mayor objetividad e imparcialidad sea un mero obiter dictum: de la simple lectura de la sentencia impugnada, especialmente de los pasajes arriba transcritos, se desprende claramente lo contrario.

Tampoco cabe ampararse en que la sentencia impugnada realiza una valoración de conjunto del material probatorio; y ello porque, si bien los dictámenes periciales no son prueba legal y pueden ser contrarrestados o neutralizados por otras pruebas, es necesario examinarlos críticamente, sin otorgar automáticamente mayor fuerza a algunos de ellos por el solo hecho de provenir de la Administración.

En fin, no cabe argüir que por esta vía se lleva a cabo, de manera subrepticia, un control de la valoración de la prueba realizada por el órgano judicial de instancia; algo que, como es sabido, queda fuera del ámbito casacional. Al admitir en su momento el recurso de casación y ahora al resolverlo, esta Sala no ha entrado en absoluto a examinar si la valoración de la prueba es acertada. Tan es así que nada de lo dicho en esta sentencia permite inferir si esta Sala considera que el cuadro "Fin de jornada" reúne o no reúne las características que legalmente justifican una denegación de la solicitud de la autorización de exportación. Esta Sala se ha limitado a constatar que la sentencia impugnada se basa en una visión errónea de las normas reguladoras de la valoración de la prueba, especialmente en lo que atañe a los informes y dictámenes provenientes de la Administración.

Por ello, el presente recurso de casación debe prosperar, con la consiguiente anulación de la sentencia impugnada.

NOVENO.- Dado que, como se ha visto, el defecto de la sentencia impugnada y ahora casada tiene que ver con las normas en materia probatoria y dado que la determinación de los hechos es función típica de la Sala de instancia, deben devolverse a ésta las actuaciones a fin de que -con práctica de diligencias finales si lo estima pertinente- dicte nueva sentencia, ajustándose en la valoración de la prueba a cuanto ha quedado anteriormente expuesto.

DÉCIMO.- Con arreglo al art. 93 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, en el recurso de casación debe cada parte soportar sus propias costas.

FALLO

[…]

Dar lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de don Nicolás contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 12 de junio de 2019, y anularla.

[…]

ASUNTO REYES JIMÉNEZ C. ESPAÑA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS (SECCIÓN TERCERA), DE 08 DE MARZO DE 2022. DEMANDA NÚM. 57020/18

Extracto: *La sentencia trae causa de la demanda contra el Reino de España presentada el 23 de noviembre de 2018 ante el Tribunal, referente a la validez del consentimiento verbal para la realización de una intervención quirúrgica, dado que la legislación española establece que el paciente deberá aceptar por escrito cualquier intervención quirúrgica.*

El Tribunal declara admisible la demanda afirmando que ha habido una violación del artículo 8 del Convenio.

[…]

HECHOS

2.- El demandante nació en 2002 y reside en Los Dolores, Cartagena, provincia de Murcia. La demanda fue interpuesta por su padre, Francisco Reyes Sánchez, en su nombre. Estuvo representado por F. Martínez Romero, Abogado en ejercicio en Cartagena.

3.- El Gobierno estuvo representado por H. E. Nicolás Martínez, Co- agente del Reino de España ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

4.- Los hechos del caso, tal y como se expusieron por las partes, pueden resumirse como sigue.

5.- El demandante, que entonces tenía seis años, fue examinado en numerosas ocasiones en el Hospital Universitario Virgen de la Arrixaca de Murcia, por presentar varios síntomas, entre ellos una ligera pérdida de motricidad, vómitos y cefaleas. Fue sometido a una exploración craneal que reveló un tumor cerebral (astrocitoma en el cerebelo, no invasivo, bien definido). El 18 de enero de 2009 ingresó en urgencias del hospital público en estado muy grave. Tras su ingreso, se realizaron sendas intervenciones quirúrgicas el 20 de enero y el 24 de febrero de 2009. Una tercera intervención quirúrgica tuvo lugar el mismo día que la segunda. El estado de salud físico y neuronal del demandante se ha deteriorado de forma intensa e irremediable. Se encuentra en un estado de total dependencia e incapacidad: sufre una parálisis general que le impide moverse, comunicarse, hablar, ver, masticar o deglutir. Está postrado en la cama, sin poder levantarse ni sentarse.

6.- La primera intervención quirúrgica tuvo por objeto extirpar el tumor. Los padres dieron su consentimiento por escrito a dicha intervención. El mismo médico-jefe del servicio de neurología del hospital público en cuestión llevó a cabo una segunda intervención para extirpar el resto tumoral aún presente en el cerebelo del demandante. En esta ocasión, los padres del menor prestaron su consentimiento verbalmente. La entrada de aire en la cavidad craneal durante la segunda intervención provocó un neumoencéfalo a tensión, por lo que hubo que realizar una tercera intervención de

urgencia, para la que se obtuvo el consentimiento de los padres por escrito y se llevó a cabo por médicos de guardia distintos del anterior.

7.- El 24 de febrero de 2010 los padres del demandante interpusieron una reclamación de responsabilidad patrimonial del Estado ante la Consejería de Sanidad y Política Social de la Región de Murcia por mal funcionamiento de los servicios médicos prestados por la Administración Pública, al considerar que en este caso se había producido una mala praxis por parte del personal médico, así como la falta de consentimiento informado en particular respecto a la segunda intervención. Reclamaron la cantidad de 2.350.000 euros.

8.- Ante la falta de respuesta al recurso interpuesto, el 28 de octubre de 2011 los padres del demandante recurrieron ante la jurisdicción contencioso-administrativa. La Consejería de Sanidad y Política Social de la Región de Murcia desestimó mediante Orden de 5 de octubre de 2012 desestimó la reclamación patrimonial interpuesta por los padres del demandante (párrafo 7 supra). Posteriormente, ampliaron el recurso contencioso-administrativo también a dicha Orden, señalando que la segunda intervención, que tuvo lugar en febrero de 2009 y que empeoró el estado postoperatorio inicial del menor, se realizó sin informar a los padres de las alternativas de tratamiento, de los riesgos y de su pronóstico. Los padres del demandante denunciaron en su recurso la negligencia médica, la falta de consentimiento informado prestado por escrito en el momento de la segunda intervención y la insuficiente información desde el inicio del tratamiento.

9.- El recurso fue desestimado mediante sentencia de 20 de marzo de 2015 del Tribunal Superior de Justicia de Murcia. En dicha sentencia, se tuvo especialmente en cuenta el expediente administrativo y el testimonio detallado del médico que realizó la operación, cuya versión de los hechos difería de la ofrecida por los padres del menor. Dicho facultativo consideró que "no existe ninguna duda sobre la información de la primera operación. Existe un impreso firmado en el que, además de explicar los riesgos generales de una intervención neuroquirúrgica, se especifica la posibilidad de otros riesgos relacionados". Este mismo facultativo afirmó haber informado verbalmente a los padres del demandante sobre la segunda operación y que los riesgos de esta eran los mismos que los de la primera, así como de su necesidad. La sentencia también tuvo en cuenta el informe de la Inspección Médica, que dio la razón al hospital y a los médicos, afirmando que la intervención quirúrgica realizada era la más adecuada e implicaba una alta morbilidad. Observó que la familia había sido informada y que se había firmado el consentimiento informado para la primera operación. El informe de la Inspección encargado por el hospital, reiteró los comentarios del médico sobre el carácter de "reintervención" de la segunda operación y confirmó los argumentos del cirujano sobre la anotación manuscrita "familia informada" en el historial médico, ya que los riesgos de la segunda intervención eran los mismos que los de la primera. La compañía de seguros Zurich presentó dos informes periciales de cuatro médicos especialistas en cirugía y pediatría que confirmaron que las secuelas en este tipo de operación eran inevitables en más del 50% de los casos y que la actuación médica fue correcta. Solo un informe pericial elaborado a petición de los padres del menor señaló que la resección de un tumor benigno (astrocitoma) en el cerebelo, no infiltrante y bien definido como en este caso, no debería causar secuelas, presentando una alta probabilidad de recuperación total en el 90% de los casos. Este último informe señalaba el inexplicable e inconcebible retraso de un año en el diagnóstico y añadía que el mal resultado obtenido,

desproporcionado respecto a lo que cabía esperar en estos casos, era consecuencia de una actuación injustificada y contraria a la práctica habitual

10.- La sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Murcia consideró que no hubo retraso en el diagnóstico del demandante, ya que los médicos actuaron de forma correcta y oportuna. Respecto al consentimiento informado de los padres a las intervenciones, concluyó que a pesar de la ausencia de documento escrito, los padres fueron debidamente informados y prestaron su consentimiento a la segunda intervención. A este respecto se expresó en los siguientes términos:

« 10. (...) Para la primera intervención consta el consentimiento por escrito de los padres. En cuanto a la segunda no es sino una reintervención como se ha dicho, necesaria y la única posibilidad para el caso; el médico informo de los beneficios y riesgos (que eran los mismos que los de la primera operación) verbalmente. En este punto se lee en el expediente "familia informada" (folio 207). El médico informó que, "dado que el niño continuaba ingresado desde la primera operación y que las visitas y la información por nuestra parte eran diarias, nos pareció suficiente proporcionar información y obtención del consentimiento sólo de forma verbal".

De manera que, aunque no hubiese documento formal, la familia estaba informada, siendo iguales los riesgos que para la primera, y siendo además una intervención necesaria, al ser la única posibilidad en el presente caso.

De manera que, en conclusión y por todo lo expuesto, consideramos que no se acredita en este caso mala praxis en la actuación de los facultativos intervinientes, por lo que no se dan las circunstancias que permitan estimar el recurso, que por tanto se desestima".

11.- Los padres del demandante recurrieron en casación ante el Tribunal Supremo. Alegaron que la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Murcia incurría en incongruencia omisiva y falta de motivación. En su opinión, la sentencia se limitó a recoger las declaraciones y los informes periciales favorables a la administración demandada, concluyendo en pocas líneas que se había dado el consentimiento informado sin haber respondido a los motivos de su recurso, en particular respecto a la falta de consentimiento escrito.

12.- Refiriéndose a varias disposiciones de la Ley 41/2002 de 14 de noviembre, en lo que respecta a la segunda intervención programada con antelación, señalaron que el tribunal no había respondido a sus alegaciones ni había explicado por qué no se obtuvo el consentimiento informado por escrito en este caso, a pesar de que no se trataba de una intervención de urgencia si no programada con antelación (véanse los artículos 8,9.2 y10.2 de la Ley 41/2002 en el apartado 15 infra).

13.- Mediante sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2017, se declaró no haber lugar al recurso interpuesto por los padres del demandante. El Tribunal Supremo declaró que la sentencia de primera instancia estaba ampliamente motivada y se basaba en numerosos medios de prueba, incluyendo los informes médicos de varios expertos. Consideró que el relato de hechos probados y la motivación de la sentencia en primera instancia no podían considerarse arbitrarios, irrazonables o inverosímiles. En primer lugar, afirmó que el consentimiento informado de la primera intervención, al que no se había puesto objeción alguna, se prestó por escrito. Respecto a la segunda intervención, teniendo en cuenta las anotaciones en la historia clínica del demandante y

el hecho de que la relación entre el médico y los padres fue continua, consideró que se había valorado correctamente la existencia de un consentimiento efectivamente prestado. Por último, añadió que la segunda operación fue consecuencia necesaria de la primera, ya que en la mayoría de las operaciones de este tipo el tumor no se extirpa completamente en la primera operación, por lo que resulta necesaria una segunda intervención. Afirmó que el consentimiento verbal es válido siempre que aparezca acreditado, como en el presente caso

14.- Los padres del demandante recurrieron en amparo, recurso inadmitido por el Tribunal Constitucional mediante resolución de fecha 29 mayo de 2018, notificado el 4 de junio de 2019, por falta de relevancia constitucional. En apoyo de la falta de consentimiento escrito para la segunda intervención quirúrgica, invasiva y de graves consecuencias, derivada de la primera intervención, los padres del demandante se remitieron a la jurisprudencia constitucional sobre el consentimiento informado (véase, por ejemplo, la cita en el párrafo 16 infra). En su recurso de amparo argumentaron asimismo que el Tribunal Supremo no respondió motivadamente a todas las cuestiones relacionadas con el consentimiento informado alegadas en su recurso de casación.

MARCO JURÍDICA NACIONAL E INTERNACIONAL PERTINENTE

15.- Las disposiciones pertinentes de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, establecían lo siguiente en el momento de los hechos:

Artículo 4. Derecho a la información asistencial

"1. Los pacientes tienen derecho a conocer, con motivo de cualquier actuación en el ámbito de su salud, toda la información disponible sobre la misma, salvando los supuestos exceptuados por la Ley. Además, toda persona tiene derecho a que se respete su voluntad de no ser informada. La información, que como regla general se proporcionará verbalmente dejando constancia en la historia clínica, comprende, como mínimo, la finalidad y la naturaleza de cada intervención, sus riesgos y sus consecuencias.

La información clínica forma parte de todas las actuaciones asistenciales, será verdadera, se comunicará al paciente de forma comprensible y adecuada a sus necesidades y le ayudará a tomar decisiones de acuerdo con su propia y libre voluntad.

El médico responsable del paciente le garantiza el cumplimiento de su derecho a la información. Los profesionales que le atiendan durante el proceso asistencial o le apliquen una técnica o un procedimiento concreto también serán responsables de informarle".

Artículo 8. Consentimiento informado

"1. Toda actuación en el ámbito de la salud de un paciente necesita el consentimiento libre y voluntario del afectado, una vez que, recibida la información prevista en el artículo 4, haya valorado las opciones propias del caso.

El consentimiento será verbal por regla general.

Sin embargo, se prestará por escrito en los casos siguientes: 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.

El consentimiento escrito del paciente será necesario para cada una de las actuaciones especificadas en el punto anterior de este artículo, dejando a salvo la posibilidad de incorporar anejos y otros datos de carácter general, y tendrá información suficiente sobre el procedimiento de aplicación y sobre sus riesgos

(...) ».

Artículo 9. Límites del consentimiento informado y consentimiento por representación

"(...)

2. Los facultativos podrán llevar a cabo las intervenciones clínicas indispensables en favor de la salud del paciente, sin necesidad de contar con su consentimiento, en los siguientes casos:

(...)

b) Cuando existe 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 o a las personas vinculadas de hecho a él

(...)".

Artículo 10. Condiciones de la información y consentimiento por escrito

"1. El facultativo proporcionará al paciente, antes de recabar su consentimiento escrito, la información básica siguiente:

a) Las consecuencias relevantes o de importancia que la intervención origina con seguridad.
b) Los riesgos relacionados con las circunstancias personales o profesionales del paciente.
c) Los riesgos probables en condiciones normales, conforme a la experiencia y al estado de la ciencia o directamente relacionados con el tipo de intervención.
d) Las contraindicaciones.

2. El médico responsable deberá ponderar en cada caso que cuanto más dudoso sea el resultado de una intervención más necesario resulta el previo consentimiento por escrito del paciente".

16.- Las partes pertinentes de la sentencia 37/2011 del Tribunal Constitucional, de 28 de marzo de 2011, establecen lo siguiente:

"5. La información previa, que ha dado lugar a lo que se ha venido en llamar consentimiento informado, puede ser considerada, pues, como un procedimiento o mecanismo de garantía para la efectividad del principio de autonomía de la voluntad del paciente y, por tanto, de los preceptos constitucionales que reconocen derechos fundamentales que pueden resultar concernidos por las actuaciones médicas, y,

señaladamente, una consecuencia implícita y obligada de la garantía del derecho a la integridad física y moral, alcanzando así una relevancia constitucional que determina que su omisión o defectuosa realización puedan suponer una lesión del propio derecho fundamental".

17.- El Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano, respecto de las aplicaciones de la Biología y Medicina (Convenio relativo a los derechos humanos y la biomedicina (Convenio de Oviedo) se suscribió el 4 de abril de 1997, entrando en vigor en España el 1 de enero de 2000. En sus partes relevantes, dice lo siguiente:

Artículo 5. Regla general.

"Una intervención en el ámbito de la sanidad sólo podrá efectuarse después de que la persona afectada haya dado su libre e informado consentimiento.

Dicha persona deberá recibir previamente una información adecuada acerca de la finalidad y la naturaleza de la intervención, así como sobre sus riesgos y consecuencias.

En cualquier momento la persona afectada podrá retirar libremente su consentimiento".

Artículo 6. Protección de las personas que no tengan capacidad para expresar su consentimiento

« (...) sólo podrá efectuarse una intervención a una persona que no tenga capacidad para expresar su consentimiento cuando redunde en su beneficio directo.

2. Cuando, según la ley, un menor no tenga capacidad para expresar su consentimiento para una intervención, ésta sólo podrá efectuarse con autorización de su representante, de una autoridad o de una persona o institución designada por la ley

(...) »

LEGISLACIÓN

I- OBSERVACIONES PRELIMINARES

18.- Con carácter previo, el Tribunal considera necesario aclarar un extremo relativo al alcance de la reclamación del demandante. En el marco del procedimiento interno, los padres del demandante denunciaron varias actuaciones de mala praxis así como la falta de consentimiento para las intervenciones quirúrgicas. Ante el Tribunal, la queja del demandante, representado por su padre, se refería a la falta de consentimiento informado y por escrito de sus progenitores, en particular en el contexto de la segunda intervención. Los padres del demandante se quejaron de dicha falta de consentimiento desde el principio del procedimiento interno y ante el Tribunal. No obstante, las alegaciones sobre la pretendida mala praxis no se incluyeron en el formulario de demanda, a pesar de haberse planteado ante los tribunales nacionales y en las alegaciones del demandante ante este Tribunal, y sobre la que no se invitó al Gobierno a presentar sus observaciones. Por tanto, no se examinarán en la presente sentencia (Mándli y otros c. Hungría, nº 63164/16, §§ 15-18, de 26 de mayo de 2020, Markus c. Letonia, nº 17483/10, § 63,

de 11 de junio de 2020, y Radomilja y otros c. Croacia [GC], nº 37685/10 y 22768/12, § 108, de 20 de marzo de 2018).

II- RESPECTO A LA PRESUNTA VULNERACIÓN DEL ARTÍCULO 8 DEL CONVENIO

18.- Los padres del demandante alegan no haber recibido información completa y adecuada sobre las intervenciones quirúrgicas realizadas a su hijo y que, por tanto, no pudieron dar su consentimiento libre e informado por escrito. El demandante invoca el artículo 8 del Convenio que dice lo siguiente:

"1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.

2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás".

A. Admisibilidad

20. -Teniendo en cuenta que esta demanda no carece manifiestamente de fundamento en virtud del artículo 35 del Convenio y que no plantea ninguna otra causa de inadmisión, debe ser admitida.

B. Fondo 1. Alegaciones de las partes

21.- El demandante, representado por su padre, alega que aunque sus padres otorgaron su consentimiento por escrito para la primera operación, "que indicaba [una serie] de posibles complicaciones y secuelas", dicho consentimiento "no es suficiente para considerar que fueron informados para la segunda operación", ya que cada operación es única. Señala que "el hecho de que la segunda operación fuese consecuencia de la primera no puede justificar la ausencia de dicho consentimiento informado". Considera "imprescindible que el paciente cuente con la información médica adecuada, con la necesaria información no solo sobre las medidas terapéuticas sino sobre complicaciones y secuelas derivadas de la misma, más aún si tenemos en cuenta el mayor riesgo de una segunda intervención de los que suponía la intervención anterior". Teniendo en cuenta que cada operación había provocado importantes secuelas en el demandante y por tanto su estado de salud era diferente en cada ocasión, los riesgos asociados a la segunda operación habrían sido mayores. En este sentido, los padres no recibieron información precisa por escrito, y por tanto no tuvieron la oportunidad de tomar una decisión plenamente libre e informada (véanse los motivos expuestos en casación en los párrafos 11-12 supra).

22.- En concreto, el padre del demandante señaló que en su expediente médico el facultativo que le trató incluyó una nota específica ("¡Cuidado con la información!"), que parecía confirmar que sus padres no habían sido informados de manera adecuada.

Por otro lado, impugnó la afirmación de que no había alternativa a su tratamiento médico. Además, también se habría podido informar a los padres sobre la posibilidad de obtener una segunda opinión de otro facultativo o en otro centro médico.

23.-El Gobierno consideró que, en la medida en que por la parte demandante sólo se invocó la vulneración del artículo 8 y no del artículo 6, el Tribunal no debería poder cuestionar el relato fáctico expuesto por los tribunales internos. Afirmó que estos últimos alcanzaron sus conclusiones fácticas sobre la base de las pruebas practicadas a lo largo todo el procedimiento judicial, y que no se había planteado que el Tribunal volviese a efectuar un nuevo examen y valoración de dichos elementos de prueba. En concreto, subrayó que todos los testigos propuestos por las partes en el procedimiento fueron aceptados y oídos, y que cada parte pudo defender sus derechos.

24.- En particular, el Gobierno observó que los tribunales internos llegaron a la conclusión de que la segunda operación del menor había sido una reintervención como consecuencia de la primera intervención. Sostuvo que, como el tumor no se había extirpado por completo, había sido necesario realizar una segunda operación que había tenido los mismos riesgos y beneficios que la primera. Al respecto, hay que tener en cuenta que la validez del consentimiento informado para la primera operación no fue cuestionada por los padres del demandante ante el Tribunal. El Gobierno señaló que los tribunales internos también habían concluido que la reintervención del demandante había sido el único tratamiento posible dada su situación, y que los padres habían sido informados verbalmente por el facultativo responsable de los riesgos y beneficios de la segunda intervención. Señaló que la única alternativa posible era la ausencia de tratamiento, tal y como se había demostrado en el proceso judicial y confirmado por todos los peritos, incluso el designado por los padres del demandante. En cuanto a la tercera operación, explicó que había sido una reintervención de urgencia realizada inmediatamente después de la segunda, como resultado de las complicaciones surgidas durante esta y que, en este sentido, tal y como reconocieron los padres del demandante, habían prestado su consentimiento por escrito. Subrayó que el demandante no alegó deficiencia alguna en relación con esta tercera intervención.

25.- El Gobierno consideró que no se había impedido en modo alguno a los padres del demandante ejercer su derecho a decidir, de manera libre y voluntaria, sobre la segunda operación de su hijo. A pesar de que el consentimiento informado de los padres no quedó registrado por escrito, como en el caso de la primera intervención, el médico que les asistía les había informado adecuadamente sobre los riesgos y beneficios. En concreto, según el Gobierno, la jurisdicción interna tuvo en cuenta el contenido del expediente médico del demandante así como diversos informes técnicos y pruebas periciales.

26.- Por último, el Gobierno afirmó que las circunstancias del caso eran manifiestamente diferentes a la de los asuntos Glass c. Reino Unido, nº 61827/00, CEDH 2004 II, y M.A.K. y R.K. c. Reino Unido, nº 45901/05 y 40146/06, de 23 de marzo de 2010, en los que los padres del menor se habían opuesto expresamente al tratamiento o no habían prestado su consentimiento. Sostuvo que, por el contrario, en el presente caso los padres habían prestado su consentimiento. Además señaló que las disposiciones del Convenio sobre derechos humanos y biomedicina (Convenio de Oviedo) no exigen que el consentimiento informado se preste por escrito.

2. Valoración del Tribunal

a) Principios generales

27.- El Tribunal recuerda que, si bien la finalidad del artículo 8 es esencialmente proteger al individuo contra la injerencia arbitraria de las autoridades públicas en su vida privada, no solo exige que el Estado se abstenga injerencias similares: a este compromiso negativo pueden añadirse obligaciones positivas en el marco del respeto efectivo de la vida privada. Dichas obligaciones pueden conllevar la adopción de medidas destinadas a respetar la vida privada incluso en las relaciones entre particulares. Además, el concepto de "privacidad" es amplio y no se presta a una definición exhaustiva. Engloba asimismo la integridad física y psicológica de una persona, cuyo cuerpo representa un aspecto íntimo de la vida privada (Nicolae Virgiliu Tănase v. Rumanía [GC], nº 41720/13, §§ 125-126, de 25 de junio de 2019).

28.- El Tribunal recuerda que, según su jurisprudencia consolidada, aunque el derecho a la salud no se incluye entre los derechos garantizados por el Convenio y sus Protocolos, las Altas Partes contratantes, paralelamente a sus obligaciones positivas derivadas del artículo 2 del Convenio, tienen una obligación positiva derivada del artículo 8. A este respecto, subraya que en el contexto de las alegaciones de negligencia médica, las obligaciones positivas sustantivas de los Estados en materia de tratamiento médico se limitan al deber de establecer normas, es decir, crear un marco jurídico eficaz que obligue a los establecimientos hospitalarios, ya sean públicos o privados, a adoptar medidas adecuadas para proteger la vida de los pacientes. El mero hecho de que el marco jurídico pueda ser deficiente en algunos aspectos no es suficiente en sí mismo para plantear una cuestión en virtud del artículo 2 del Convenio. Queda por demostrar que el paciente se ha visto perjudicado por dicha deficiencia (Lopes de Sousa Fernandes c. Portugal [GS], nº 56080/13, §§ 183-188, de 19 de diciembre de 2017).

29.- El Tribunal ya ha puesto de relieve no sólo la importancia del consentimiento de los pacientes, destacando en particular en la sentencia Pretty c. Reino Unido (nº 2346/02, § 63, CEDH 2002 III) que "la imposición de un tratamiento médico sin el consentimiento del paciente (…) supondría una violación de la integridad física de la persona afectada que podría poner en tela de juicio los derechos protegidos por el artículo 8.1", sino también que las personas expuestas a un riesgo para su salud deben poder acceder a aquella información que les permita evaluar dicho riesgo (véase, en particular, la sentencia Guerra y otros c. Italia, § 60, de 19 de febrero de 1998, Recopilación de sentencias y decisiones 1998 I, y Codarcea c. Rumanía, nº 31675/04, § 104, de 2 de junio de 2009).

30.- El Tribunal ha sostenido que, en virtud de dicha obligación, los Estados Parte están obligados a tomar las medidas reglamentarias necesarias para que los facultativos se pregunten sobre las consecuencias previsibles que la intervención propuesta pueda tener en la integridad física de sus pacientes, informándoles informen previamente para que puedan dar su consentimiento informado. Como conclusión, si un riesgo previsible de esta naturaleza se produce sin que el paciente haya sido debidamente informado de antemano por sus médicos, el Estado Parte implicado puede ser directamente responsable de dicha omisión de información con arreglo al artículo 8 (Trocellier c. Francia (déc.), no 75725/01, § 4, TEDH 2006-XIV, Codarcea, citado anteriormente, § 105, y Csoma c. Rumanía, no 8759/05, § 42, de 15 de enero de 2013).

Con el fin de determinar la forma de dicho consentimiento informado, se podrán tener en cuenta los requisitos del derecho interno (M.A.K. y R.K. c. Reino Unido, citada anteriormente, § 80, y G.H. c. Hungría (dec.), nº 54041/14, de 9 de junio de 2015

31.- El Tribunal recuerda que para que se respeten las obligaciones positivas, los mecanismos de protección previstos en el derecho interno deben existir no sólo en teoría sino también funcionar efectivamente en la práctica (Lopes de Sousa Fernandes, § 216, y Csoma, § 43, citadas anteriormente).

b) Aplicación de dichos principios al presente caso

32.- De entrada, el Tribunal señala que la cuestión planteada no se refiere a una supuesta negligencia médica (párrafo 18 supra). Además, constata que el marco normativo interno prevé expresamente el consentimiento libre e informado del paciente, o de los padres en el caso de un menor, en el caso de que una intervención médica pueda afectar a la integridad física del paciente. De hecho, las disposiciones del ordenamiento jurídico español relativas a la autonomía del paciente y los derechos y obligaciones en materia informativa, respaldadas por la práctica internas, obligan en términos explícitos a los médicos a proporcionar a los pacientes información previa suficiente y relevante para prestar el consentimiento informado a dicha intervención, que deberá incluir información suficiente sobre sus riesgos (párrafos 15 y 16 supra). Todo ello se ajusta al Convenio sobre los derechos humanos y la biomedicina (Convenio de Oviedo) (párrafo 17 supra). Además, la normativa interna dispone que para que cada acción indicada por la ley ("intervención quirúrgica (…) y, en general, aplicación de procedimientos que suponen riesgos o inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud del paciente") dicho consentimiento deberá otorgarse necesariamente por escrito, con excepciones muy bien definidas, en particular en lo que se refiere a la existencia de un peligro inmediato y grave para la vida de la persona y cuando el paciente o sus familiares no estén en condiciones de prestar dicho consentimiento. Este requisito es todavía más necesario cuando el médico responsable considera incierto el resultado de la intervención (artículos 8, 9 y 10 § 2 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, párrafos 15 y 16 supra).

33.- En el presente caso, los padres del demandante reclamaron ante los tribunales internos insistiendo, entre otros aspectos, en que no se había obtenido un consentimiento válido antes de la segunda intervención. Recordaron las disposiciones internas que exigen que dicho consentimiento se preste por escrito, lo que les colocó, en su opinión, en una situación en la que no pudieron ejercer plenamente su derecho a prestar el consentimiento informado a una intervención quirúrgica planificada, que finalmente tuvo graves consecuencias para la salud del demandante. Por tanto, tuvieron acceso a la tutela judicial efectiva de jueces y tribunales, que normalmente es un recurso suficiente para ese tipo de quejas. El Tribunal debe evaluar si la forma en que se trataron las reclamaciones de los padres del demandante puede considerarse suficiente en el presente caso, para satisfacer la obligación positiva del Estado en virtud del artículo 8 del Convenio (párrafos 30 y 31 supra)

34.- Los tribunales nacionales formularon una serie de argumentos en el sentido de que la segunda intervención estaba estrechamente relacionada con la primera y que los padres estuvieron en contacto con los médicos entre ambas intervenciones. El Tribunal observa, además, que los tribunales nacionales no han respondido a motivos

fundamentales planteados por los padres del demandante en sus recursos y en particular, en su recurso de casación. En particular, señala que los tribunales nacionales no explicaron por qué la prestación del consentimiento para la segunda intervención no satisfacía el requisito establecido por la normativa española de que todo acto quirúrgico requiere un consentimiento por escrito, especialmente teniendo en cuenta que el pronóstico no estaba claro (artículo 10.2 de la Ley 41/2002, párrafo 15 supra).

35.- Es cierto que ambas intervenciones tenían el mismo objetivo de extirpar el tumor. Sin embargo, hay que señalar que la segunda intervención tuvo lugar en una fecha posterior, cuando ya se había extirpado parte del tumor y cuando el estado de salud del menor ya no era el mismo. En estas circunstancias, los tribunales nacionales concluyeron que el consentimiento que se habría dado verbalmente para la segunda intervención (extirpación del resto del tumor cerebral) era suficiente, sin tener en cuenta las consecuencias de la primera intervención y sin haber especificado por qué no se trataba de una operación distinta, que habría requerido un nuevo consentimiento por escrito tal y como exige la normativa española. El Tribunal señala que la segunda intervención no fue precipitada y tuvo lugar casi un mes después de la primera. El hecho de que los tribunales nacionales considerasen que los padres estaban en contacto continuo con los médicos, basándose en una simple nota del médico responsable en el expediente médico del demandante ("familia informada") (párrafo 9 supra) y la indicación "¡Cuidado con la información!", no puede bastar para concluir de manera inequívoca que los padres del demandante fueron debidamente informados y consintieron la intervención, de acuerdo con la normativa interna. Hay que tener en cuenta asimismo que la tercera intervención del menor fue necesaria por motivos de urgencia, tras las complicaciones surgidas en la segunda intervención. Incluso en estas circunstancias, se obtuvo por escrito el consentimiento de los padres, lo que contrasta con la ausencia de consentimiento escrito respecto a la segunda intervención (párrafos 5 y 6 supra).

36.- El Tribunal ya ha subrayado la importancia del consentimiento de los pacientes y en que su omisión puede suponer una lesión de la integridad física de la persona afectada (párrafos 29-30 supra). Cualquier incumplimiento por parte del personal médico del derecho del paciente a ser debidamente informado puede hacer que el Estado sea responsable a este respecto (Csoma, anteriormente citado, § 48). El Tribunal subraya que, aunque el propio Convenio no establece ninguna forma específica para dicho consentimiento, cuando el derecho interno establece ciertos requisitos explícitos, éstos deben cumplirse para que la injerencia se considere prevista por la ley (compárese con G.H. c. Hungría, decisión ya citada, § 22).

37.- En opinión del Tribunal, las cuestiones planteadas por los padres del demandante se referían a cuestiones importantes sobre la existencia de consentimiento y a la posible responsabilidad de los profesionales sanitarios implicados, lo que requería un análisis adecuado (véanse, mutatis mutandis, las sentencias Lopes de Sousa Fernandes, §§ 172 y 216, y Csoma, §§ 52-54, antes citadas). No obstante, dichas cuestiones no se abordaron adecuadamente en el procedimiento interno, lo que conduce al Tribunal a concluir que dicho procedimiento no fue suficientemente eficaz (Lopes de Sousa Fernandes, citada anteriormente, § 226). El Tribunal sólo puede concluir, tras analizar la documentación obrante en el expediente, que los pronunciamientos internos, desde el Tribunal Superior de Justicia de Murcia hasta el Tribunal Supremo (párrafos 10 y 13 supra), no dieron respuesta a las alegaciones específicas sobre la exigencia de

la legislación española de obtener un consentimiento por escrito en dichas circunstancias. La conclusión de que un consentimiento verbal era válido en las circunstancias del presente caso no es suficiente a la vista de las disposiciones específicas de la normativa española, que exigen el consentimiento informado por escrito. A pesar de que el Convenio no exige en absoluto que el consentimiento informado se preste por escrito siempre que sea inequívoco, la normativa española exige dicho consentimiento escrito y los tribunales no explicaron suficientemente porque consideraron que la ausencia de dicho consentimiento escrito no lesionaba el derecho del demandante.

38.- Cuanto antecede es suficiente para que el Tribunal concluya que el régimen interno no respondió de forma adecuada a la cuestión de si los padres del demandante prestaron de hecho su consentimiento informado a cada una de las intervenciones quirúrgicas, de acuerdo con el ordenamiento jurídico interno. En consecuencia, se ha producido una violación del artículo 8 del Convenio en razón de la injerencia en la vida privada del demandante.

III- RESPECTO A LA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 41 DEL CONVENIO

39.- El artículo 41 del Convenio establece que:

"Si el Tribunal declara que ha habido violación del Convenio o de sus Protocolos y si el derecho interno de la Alta Parte Contratante sólo permite de manera imperfecta reparar las consecuencias de dicha violación, el Tribunal concederá a la parte perjudicada, si así procede, una satisfacción equitativa".

A. Daños

40.- El padre del demandante reclamó 3.000.000 de euros en concepto de daños materiales y morales que, en su opinión, había sufrido su hijo.

41.- El Gobierno afirmó que no había motivo para conceder dicha indemnización ya que, en caso es que se constatara una violación, los padres del demandante podían interponer un recurso de revisión y obtener un nuevo pronunciamiento ajustado al Convenio, así como una indemnización por responsabilidad patrimonial. Añadió que el padre del demandante no había especificado la base sobre la que se solicitaba dicha cantidad y que la indemnización no podía basarse en las secuelas sufridas por el demandante, ya que en el presente caso los padres reclamaron la falta de consentimiento informado y no la mala praxis denunciada inicialmente en el procedimiento interno.

42.- El Tribunal no advierte relación alguna de causalidad entre la violación constatada y el daño material alegado. Por tanto, rechaza la reclamación a este respecto. No obstante, concede al demandante 24.000 euros en concepto de daños morales, más cualquier impuesto exigible.

[…]

POR CUANTO ANTECEDE, ESTE TRIBUNAL POR UNANIMIDAD,

1. *Declara* admisible la demanda;

2. *Afirma* que ha habido una violación del artículo 8 del Convenio;

3. *Afirma*

a) Que el Estado demandado deberá abonar al demandante, en un plazo de tres meses desde la firmeza de la presente sentencia, de conformidad con el artículo 44.2 del Convenio, el importe de 24.000 euros (veinticuatro mil euros), más cualquier impuesto exigible, en concepto de daños morales;

b) Que desde el vencimiento de los citados tres meses hasta su liquidación, se abonará un interés simple sobre las cantidades anteriores igual al tipo de interés de la facilidad marginal de crédito del Banco Central Europeo durante el periodo de mora, incrementado en un tres por ciento;

4. *Desestima* el resto de la demanda de satisfacción equitativa.

[…]

NORMATIVA DE INTERÉS

NORMATIVA DE INTERÉS

En este ejemplar de la *Revista Española de la Función Consultiva* se da cuenta de la modificación de las leyes reguladoras del Consejo de Garantías Estatutarias de Cataluña, y del Decreto de 12 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de organización y funcionamiento de la Abogacía General de la Junta de Extremadura, de su cuerpo de letrados y de la Comisión Jurídica de Extremadura, que afectan a la configuración de estos órganos consultivos.

Por otro lado, también se da noticia, de algunas normas que regulan la intervención de los respectivos órganos consultivos en procedimientos que allí se regulan, es el caso de la Ley 4/2022, de 28 de junio, de Consejos Insulares de las Illes Balears, y del Decreto 550/2022, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley 7/2021, de 1 de diciembre, de Impulso para la sostenibilidad del territorio de Andalucía, y la Ley 10/2022, de 16 de noviembre, de Defensa de la autonomía financiera de la Comunidad de Madrid.

Asimismo, se publica la Ley 6/2022 del Parlamento Vasco, de 30 de junio, del Procedimiento de elaboración de las disposiciones de carácter general, de indudable interés para la actividad consultiva.

CONSEJO DE GARANTÍAS ESTATUTARIAS DE CATALUÑA

LEY 3/2022, DE 6 DE ABRIL, DE MODIFICACIÓN DE LA LEY 2/2009, DEL CONSEJO DE GARANTÍAS ESTATUTARIAS

(Publicada en el *Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya*, núm. 8643, de 7 de abril de 2022 y en el *Boletín Oficial del Estado* núm. 93, de 19 de abril de 2022)

PREÁMBULO

El artículo 76 del Estatuto de autonomía de Cataluña crea el Consejo de Garantías Estatutarias y el artículo 77 determina que una ley del Parlamento regula, entre otras cuestiones, su composición y el estatuto de sus miembros.

La ley que, de acuerdo con el Estatuto de autonomía, regula el Consejo de Garantías Estatutarias es la Ley 2/2009, de 12 de febrero, la cual establece que los miembros del Consejo son nombrados por un período de nueve años y que se renuevan por tercios cada tres años.

La renovación parcial y periódica de los miembros del máximo órgano jurídico consultivo de la Generalidad es un elemento esencial para su independencia y su funcionamiento regular, ya que garantiza su continuidad sin cambios abruptos en la composición, evita el reflejo exorbitante de la mayoría parlamentaria de una

determinada coyuntura y permite ajustar la institución a la evolución social, política y de la cultura jurídica.

El hecho de que, en el pasado más reciente, el Parlamento de Cataluña no haya realizado las propuestas de designación de miembros del Consejo de Garantías Estatutarias en los plazos legalmente establecidos ha provocado una notable disfunción, en el sentido de contravenir la voluntad expresada por el legislador al alargar los mandatos por las prórrogas producidas y por descompasar la renovación entre los nombramientos que corresponden al Parlamento y los que corresponden al Gobierno.

Para posibilitar el restablecimiento de la dinámica de renovación de los miembros del Consejo de Garantías Estatutarias, la presente ley reduce el mandato de los consejeros de nueve a seis años, y establece un régimen transitorio para los consejeros designados por el Parlamento y un sistema transitorio de renovación de los consejeros designados por el Gobierno, para acabar asentando la periodicidad en las renovaciones de los consejeros regulada por la nueva redacción del artículo 3.

Artículo 1. ***Modificación del artículo 3 de la Ley 2/2009.***

Se modifican los apartados 4 y 5 del artículo 3 de la Ley 2/2009, de 12 de febrero, del Consejo de Garantías Estatutarias, que quedan redactados del siguiente modo:

«4. Los miembros del Consejo de Garantías Estatutarias son nombrados por un período de seis años, y no pueden ser reelegidos.

5. Los miembros del Consejo de Garantías Estatutarias designados por el Parlamento se renuevan por mitades, cada tres años, y los miembros designados por el Gobierno se renuevan, uno a uno, cada dos años.»

Artículo 2. ***Adición de una disposición transitoria a la Ley 2/2009.***

Se añade una disposición transitoria, la quinta, a la Ley 2/2009, de 12 de febrero, del Consejo de Garantías Estatutarias, con el siguiente texto:

«Disposición transitoria quinta. Designación y renovaciones de los miembros del Consejo de Garantías Estatutarias.

1 El Parlamento y el Gobierno, dentro del período de dos meses desde la entrada en vigor de la tercera ley de modificación de la presente ley, deben designar a los miembros del Consejo de Garantías Estatutarias que corresponden de conformidad con el artículo 3, y proponer su nombramiento al presidente de la Generalidad.

2. Antes de que finalice el mandato de seis años desde la toma de posesión de los miembros del Consejo de Garantías Estatutarias designados por el Parlamento, debe realizarse un sorteo para determinar los tres miembros a los que se prolongará el mandato, excepcionalmente, durante tres años para ajustar la renovación del Consejo a lo dispuesto por el artículo 3.

3. La renovación parcial de los miembros del Consejo de Garantías Estatutarias designados a propuesta del Gobierno, a efectos de lo dispuesto por el artículo 3.5, debe ajustarse a los siguientes criterios:

a) El Gobierno no debe realizar ninguna designación en el año 2024.

b) El Gobierno debe designar en el año 2026 a un miembro del Consejo de Garantías Estatutarias para cubrir la vacante del que finaliza su mandato.

c) El Gobierno debe designar en el año 2028 a dos miembros del Consejo de Garantías Estatutarias para cubrir las vacantes de los que finalizan sus mandatos iniciados, en un caso, en 2019 y, en el otro, en 2022.

d) En la primera reunión del Consejo de Garantías Estatutarias posterior a la renovación de los miembros de acuerdo con la letra c, debe realizarse un sorteo entre los dos miembros del Consejo nombrados a propuesta del Gobierno para determinar el que finalizará su mandato a los dos años de haber sido nombrado. Este miembro podrá ser reelegido, excepcionalmente, para un segundo mandato, con la duración ordinaria establecida por el artículo 3.»

Disposición final. ***Entrada en vigor.***

La presente ley entra en vigor el mismo día de su publicación en el «*Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya*».

CONSEJO CONSULTIVO DE LAS ILLES BALEARS

LEY 4/2022, DE 28 DE JUNIO, DE CONSEJOS INSULARES

–EXTRACTO–

(Publicada en el *Butlletí Oficial de les Illes Balears*, núm. 88, de 7 de julio de 2022, y en el *Boletín Oficial del Estado* núm. 197, de 17 de agosto de 2022)

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

[…]

TÍTULO PRELIMINAR

Artículo 1. ***Objeto de la ley.***

1. Esta ley tiene por objeto establecer el marco jurídico fundamental de la organización, el funcionamiento y el régimen jurídico de los consejos insulares y de las entidades que dependen de ellos, de acuerdo con la Constitución, el Estatuto de Autonomía de las Illes Balears y la legislación básica del Estado.

2. El régimen electoral y la financiación de los consejos insulares se regulan por su legislación específica.

3. Las singularidades del régimen jurídico y de la organización del Consejo Insular de Formentera, que integra el Ayuntamiento de Formentera, según el Estatuto de Autonomía, son las que establecen en el título IX esta ley.

Artículo 2. ***Naturaleza de los consejos insulares.***

1. Los consejos insulares son las instituciones de gobierno de cada una de las islas y ejercen el gobierno, la administración y la representación de las islas de Mallorca, Menorca, Ibiza y Formentera, así como de las islas menores adyacentes.

2. Los consejos insulares son también instituciones de la comunidad autónoma de las Illes Balears y, como tales, participan en las potestades normativa y ejecutiva de esta, en los términos previstos en el Estatuto de Autonomía y en esta ley.

3. Las islas, como entidades locales dotadas de personalidad jurídica propia y de autonomía para la gestión de sus intereses, disponen de las potestades administrativas propias de las administraciones públicas territoriales. Asimismo, pueden plantear conflictos en defensa de su autonomía en los términos de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

[…]

TÍTULO II

Organización de los consejos insulares

CAPÍTULO I

Disposiciones generales

Artículo 13. ***Reglas generales.***

1. Los consejos insulares, mediante los reglamentos orgánicos respectivos y otras normas que los desarrollen o completen, establecen su organización de acuerdo con el Estatuto de Autonomía de las Illes Balears y esta ley, en el marco de lo que dispone la legislación básica de régimen jurídico de las administraciones públicas.

2. Los consejos insulares se estructuran en órganos de gobierno y órganos de administración.

3. Cada consejo insular, de acuerdo con su reglamento orgánico, puede crear otros órganos complementarios, regular su estructura y su funcionamiento, y desconcentrar en ellos las competencias atribuidas a los órganos de gobierno y a los órganos superiores de administración, excepto al pleno, con los límites previstos legalmente.

4. Las particularidades de la organización del Consejo Insular de Formentera son las previstas en el título IX de esta ley.

[…]

CAPÍTULO II

Órganos de gobierno

Sección 1.ª El pleno del consejo insular

[…]

Artículo 21. ***Atribuciones*.**

1. Corresponde al presidente:

[…]

l) Solicitar el dictamen del Consejo Consultivo de las Illes Balears.

[…]

TÍTULO V
Funcionamiento y régimen jurídico

[…]

CAPÍTULO III
Régimen jurídico

Artículo 64. ***Régimen jurídico de la actividad de los consejos.***

Revista Española de la Función Consultiva
ISSN: 1698-6849, núm. 34, julio-diciembre (2020) págs. 187-199

1. Los consejos insulares ejercen sus competencias de acuerdo con esta ley, aplicando, en cada sector material de la acción pública, la legislación estatal y autonómica que corresponda.

2. Con carácter general, y sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 54 y 55 de esta ley, los órganos de los consejos insulares aplican la legislación de régimen jurídico de la administración de la comunidad autónoma en todo aquello no previsto en este capítulo.

3. El ejercicio de la potestad reglamentaria se ajusta a lo previsto en el título VI de esta ley.

Artículo 65. ***Forma de los actos.***

Los actos de los órganos insulares adoptan la siguiente forma:

a) Los dictados por el pleno, acuerdo plenario.

b) Los dictados por el presidente, decretos de la presidencia.

c) Los dictados por el consejo ejecutivo, acuerdos del consejo ejecutivo.

d) Los dictados por los consejeros ejecutivos y por los órganos directivos, resoluciones del órgano correspondiente.

e) Los dictados por otros órganos colegiados, acuerdos del órgano correspondiente.

Artículo 66. ***Régimen de recursos.***

1. Ponen fin a la vía administrativa los siguientes actos:

a) Los del pleno y de las comisiones reguladas en el artículo 18 de esta ley.

b) Los del presidente.

c) Los que resuelvan recursos de alzada.

d) Los así previstos en los estatutos de los entes del sector público instrumental.

2. Contra los actos dictados por el consejo ejecutivo se puede interponer recurso de alzada ante el pleno.

3. Contra los actos dictados por los órganos colegiados creados para el ejercicio de competencias desconcentradas de los órganos de gobierno del consejo insular, se puede interponer recurso de alzada ante el consejo ejecutivo, salvo los que pongan fin a la vía administrativa de acuerdo con el apartado 1.d) de este artículo.

4. Contra los actos dictados por los consejeros ejecutivos y los actos de los órganos directivos del consejo insular y de los entes del sector público instrumental se puede interponer recurso de alzada ante el consejo ejecutivo, salvo los que pongan fin a la vía administrativa de acuerdo con el apartado 1.d) de este artículo.

Artículo 67. ***Revisión de oficio y declaración de lesividad.***

1. El reglamento orgánico de cada consejo insular establece los órganos competentes para iniciar e instruir los procedimientos de revisión de oficio de disposiciones y actos.

2. Son competentes para resolver los procedimientos a los cuales hace referencia el apartado anterior:

a) El pleno, respecto de sus propias disposiciones y actos y de los actos dictados por los órganos colegiados creados para el ejercicio de las competencias insulares.

b) El presidente respecto de sus actos y disposiciones, así como de los actos dictados por el consejo ejecutivo y por el resto de órganos de la administración insular y de los entes que integran el sector público instrumental.

3. La declaración de lesividad de los actos de los consejos insulares y de los entes que integran el sector público instrumental corresponde a los mismos órganos que, de acuerdo con el apartado anterior, son competentes para resolver los procedimientos de revisión de oficio.

4. Corresponde al pleno resolver los procedimientos de revisión de oficio en materia tributaria.

Artículo 68. ***Responsabilidad patrimonial.***

1. Con independencia del órgano al que se impute la actuación generadora del daño, los procedimientos de responsabilidad patrimonial de la administración insular los resuelve el pleno si se trata de reclamaciones por un importe igual o superior al que fije el reglamento orgánico de cada consejo, y el consejo ejecutivo en el resto de casos. Supletoriamente, este importe será de 500.000 euros.

2. La competencia para resolver los procedimientos de responsabilidad patrimonial que tramiten los entes del sector público instrumental corresponde al pleno en los mismos casos que en el apartado anterior y a los órganos del ente que determinen sus estatutos en los demás casos.

Artículo 69. ***Potestad sancionadora.***

1. El ejercicio de la potestad sancionadora corresponde a los órganos insulares determinados legal o reglamentariamente por razón de la materia o, en su defecto, al consejero ejecutivo competente.

2. Salvo que por una ley o por el reglamento orgánico o los estatutos de los entes del sector público instrumental se determine otra cosa, corresponde al consejo ejecutivo imponer las sanciones por infracciones muy graves.

TÍTULO VI

Potestad reglamentaria

CAPÍTULO I

Reglas generales

Artículo 70. ***Marco normativo.***

1. Los consejos insulares ejercen la potestad reglamentaria de acuerdo con el Estatuto de Autonomía, la legislación básica del Estado y esta ley.

Revista Española de la Función Consultiva
ISSN: 1698-6849, núm. 34, julio-diciembre (2020) págs. 187-199

2. En todo lo no previsto en este título serán aplicables, en aquello que sea procedente y de acuerdo con el reglamento orgánico, las normas que regulan la potestad reglamentaria del Gobierno de la comunidad autónoma.

Artículo 71. ***Titulares de la potestad reglamentaria.***

1. La potestad reglamentaria se ejerce mediante las disposiciones generales aprobadas por el pleno.

2. No obstante, el presidente del consejo insular puede dictar disposiciones generales en los siguientes casos:

a) Creación y extinción de departamentos en el marco de lo dispuesto en el reglamento orgánico, incluida la modificación de la denominación y de las competencias que les corresponden, así como la fijación del ámbito funcional de los diferentes órganos de cada departamento.

b) Determinación del régimen de suplencias de los consejeros ejecutivos.

3. El procedimiento de elaboración de las disposiciones generales dictadas por el presidente se rige por el reglamento orgánico.

Artículo 72. ***Tipología de las disposiciones generales.***

1. Las disposiciones generales del pleno responden a la siguiente tipología:

a) Reglamento orgánico.

b) Reglamento ejecutivo.

c) Ordenanza fiscal.

d) Otros reglamentos.

2. Las disposiciones generales mencionadas en el apartado anterior se caracterizan en los siguientes términos:

a) El reglamento orgánico contiene la ordenación fundamental de la organización y el funcionamiento de la administración insular.

b) Los reglamentos ejecutivos son disposiciones generales dictadas para el desarrollo y la ejecución de las leyes.

c) Las ordenanzas fiscales son disposiciones generales que regulan los tributos insulares, de acuerdo con la legislación de haciendas locales.

d) El resto de disposiciones generales, bajo la denominación de reglamentos, está constituida por aquellas que no están comprendidas en ninguna de las letras anteriores.

3. Las disposiciones generales del presidente adoptan la forma de decreto de la presidencia.

Artículo 73. ***Supuestos especiales.***

1. Los presupuestos generales y los instrumentos de planificación general y sectorial y de ordenación territorial y urbanística tienen rango de disposición reglamentaria, de acuerdo con su legislación específica.

2. La elaboración, el contenido y la aprobación de los presupuestos generales y de las ordenanzas fiscales de los consejos insulares se deben ajustar a la legislación de haciendas locales, con las especialidades organizativas derivadas de esta ley.

3. La elaboración, el contenido y la aprobación de los instrumentos de planificación sectorial y de ordenación territorial y urbanística se deben realizar en conformidad con su legislación específica, sin que les sea aplicable lo previsto en el capítulo II de este título.

Artículo 74. ***Potestad reglamentaria y principios generales normativos.***

1. La potestad reglamentaria en las materias del artículo 70 del Estatuto de Autonomía corresponde a los consejos insulares, sin perjuicio de la facultad del Gobierno de establecer los principios generales en la materia que le otorga el artículo 58.3 del Estatuto de Autonomía.

2. Los principios generales tienen carácter normativo, se deben fijar mediante un decreto aprobado en el Consejo de Gobierno, deben estar justificados en la necesidad de una regulación común basada en los intereses generales de la comunidad autónoma y deben permitir el desarrollo reglamentario suficiente y diferenciado, en su caso, por parte de los consejos insulares.

3. En el procedimiento de elaboración de decretos que contengan principios generales se justificará expresamente la necesidad de una regulación común en la materia y se identificarán los intereses de carácter suprainsular que fundamentan dicha regulación.

Artículo 75. ***Principios de buena regulación.***

1. En el ejercicio de la potestad reglamentaria, los consejos insulares actuarán de acuerdo con los principios de necesidad, eficacia, proporcionalidad, seguridad jurídica, transparencia y eficiencia.

2. Las disposiciones generales emanadas del pleno deben incluir un preámbulo que tiene que expresar la finalidad de las medidas adoptadas y el marco normativo que las habilita, así como el cumplimiento de los principios legales de buena regulación.

Artículo 76. ***Portal web y participación ciudadana.***

En el portal web de cada consejo insular se tienen que poder consultar las iniciativas normativas y su estado de tramitación, con objeto de garantizar la información a los ciudadanos y de facilitar su participación en los procedimientos correspondientes.

Artículo 77. ***Relaciones entre reglamentos.***

1. Las relaciones entre los reglamentos de cada consejo insular se rigen por los principios de competencia y especialidad.

2. Las disposiciones generales relativas a la organización se deben ajustar a la siguiente jerarquía normativa:

1.º Reglamento orgánico.

2.º Reglamentos de carácter organizativo.

Revista Española de la Función Consultiva
ISSN: 1698-6849, núm. 34, julio-diciembre (2020) págs. 187-199

3.º Decretos de la presidencia relativos a la creación y la organización de los departamentos.

Artículo 78. ***Publicidad y eficacia.***

1. Los reglamentos se publicarán íntegramente en el «*Butlletí Oficial de les Illes Balear*s» para que entren en vigor y produzcan efectos jurídicos.

2. Los reglamentos se publicarán en el portal web del consejo insular en un apartado específico fácilmente accesible en la página principal y se mantendrán mientras sean vigentes. Con carácter facultativo se pueden establecer otros medios de publicidad.

3. Los reglamentos ejecutivos de los consejos insulares entran en vigor a los veinte días de su publicación oficial, salvo que establezcan otra fecha. La entrada en vigor del resto de disposiciones generales se produce de acuerdo con la legislación básica del Estado.

CAPÍTULO II

Procedimiento de elaboración

Artículo 79. ***Expediente.***

Todos los trámites previstos en este capítulo quedarán documentados en el correspondiente expediente electrónico.

Sección 1.ª Actuaciones preparatorias

Artículo 80. ***Consulta previa.***

1. Antes del inicio del procedimiento de elaboración de disposiciones reglamentarias y en los supuestos previstos en la normativa básica estatal, el consejero ejecutivo competente ordenará la realización de una consulta pública a través del sitio web correspondiente, con el fin de que los destinatarios potenciales de la norma tengan la posibilidad de emitir su opinión sobre las características generales de la regulación propuesta.

2. La consulta no es preceptiva cuando se trate de iniciativas:

a) De normas presupuestarias.

b) De reglamentos técnicos y de organización.

c) En las que concurran razones graves de interés público.

d) Relativas a regulaciones que no deban tener un impacto significativo sobre la actividad económica, jurídica o social.

e) En que no se impongan obligaciones relevantes a los destinatarios.

f) Que supongan la regulación de aspectos parciales de una materia.

g) En que el contenido de la regulación venga sustancialmente determinado por una norma de rango superior.

h) Que impliquen la tramitación urgente del procedimiento normativo.

3. La consulta tendrá una duración adecuada a la naturaleza de la materia y, en todo caso, no inferior a quince días.

Sección 2.ª Procedimiento de elaboración de los reglamentos ejecutivos

Artículo 81. ***Inicio*.**

1. La elaboración de los reglamentos ejecutivos es iniciada por el consejero ejecutivo competente por razón de la materia, quien designa al órgano responsable del procedimiento.

2. La resolución de inicio irá acompañada de los estudios, de las consultas y de la redacción de borradores que se hayan realizado para garantizar la oportunidad y la legalidad de la norma.

3. El proyecto de reglamento será adoptado por el consejo ejecutivo, que lo someterá al pleno para su aprobación inicial.

4. En los mismos supuestos y en las mismas condiciones que la Ley 1/2019, de 31 de enero, del Gobierno de las Illes Balears, prevé para el procedimiento de elaboración de los proyectos de disposición reglamentaria, el consejo ejecutivo puede adoptar motivadamente las medidas provisionales que considere adecuadas y necesarias para asegurar la eficacia de la regulación que se pretenda establecer.

Artículo 82. ***Audiencia e información pública.***

1. Una vez aprobados inicialmente, los proyectos de reglamento se someterán a los siguientes trámites:

a) Audiencia de los interesados, directamente o por medio de las entidades reconocidas por la ley que los agrupen o los representen.

b) Consulta a la administración de la comunidad autónoma, a través de la consejería competente por razón de la materia.

c) Consulta a los municipios de la isla, directamente o a través de las organizaciones representativas de estas entidades, cuando la iniciativa les afecte.

d) Consulta a otras administraciones públicas, cuando proceda.

e) Información pública.

f) Informe del Consejo Económico y Social, cuando corresponda.

2. Se puede prescindir de los trámites de audiencia e información públicas en el caso de normas presupuestarias y organizativas, o cuando concurran razones graves de interés público que lo justifiquen.

3. El plazo de los trámites de audiencia, de consultas y de información pública, que se pueden impulsar de forma simultánea, será adecuado a la naturaleza de la disposición, y, en todo caso, no inferior a treinta días.

Revista Española de la Función Consultiva
ISSN: 1698-6849, núm. 34, julio-diciembre (2020) págs. 187-199

Artículo 83. ***Informes y otros dictámenes preceptivos.***

1. Realizados los trámites previstos en el artículo anterior, el proyecto de reglamento se someterá preceptivamente a los siguientes informes y dictámenes, que se pueden impulsar de forma simultánea:

a) Informe de evaluación de impacto de género, en los términos previstos en la normativa sobre igualdad.

b) Cuando se establezcan limitaciones para el acceso a actividades económicas y servicios, o medidas que restrinjan la libertad de establecimiento, informe justificativo de que concurren razones imperiosas de interés general y de que se respetan los principios de necesidad y proporcionalidad, en el marco de lo dispuesto en la legislación básica estatal. No será necesario este informe cuando estas circunstancias ya estén justificadas en la memoria regulada en el artículo 84 de esta ley.

c) Informe del secretario general de la corporación, cuando sea exigible de acuerdo con el ordenamiento jurídico.

d) Otros informes o dictámenes que resulten preceptivos en conformidad con la normativa sectorial de aplicación.

2. Una vez emitidos los informes precedentes, la última versión del proyecto se someterá al dictamen del Consejo Consultivo de las Illes Balears cuando así lo prevea la normativa reguladora de esta institución.

Artículo 84. ***Memoria del análisis de impacto normativo.***

El órgano responsable de la tramitación del procedimiento elaborará a lo largo del procedimiento una memoria del análisis de impacto normativo, que consiste en un documento dinámico al que se irán incorporando los siguientes contenidos:

a) Oportunidad y justificación de la propuesta normativa y alternativas a la regulación.

b) Análisis y valoración resumida de las alegaciones presentadas en los trámites de audiencia e información pública, así como de los informes emitidos.

c) Análisis jurídico que debe incluir el examen de legalidad, la referencia a la adecuación a la orden de competencias y la relación de normas que se derogan.

d) Impacto económico, que evaluará las consecuencias de su aplicación sobre los sectores, colectivos o agentes afectados por la norma, incluido el efecto sobre la competencia, la unidad de mercado y la competitividad.

e) Impacto sobre el presupuesto del consejo insular y sobre la estabilidad presupuestaria y la sostenibilidad financiera.

f) Identificación de las cargas administrativas que comporta para los ciudadanos.

g) Cualquier otro aspecto relacionado con la calidad normativa o que resulte relevante a criterio de la secretaría técnica o del órgano que tramita el procedimiento.

Artículo 85. ***Aprobación definitiva.***

Corresponde al pleno la aprobación definitiva de los reglamentos ejecutivos. La propuesta previa irá acompañada de la última versión del proyecto y de la memoria de análisis de impacto normativo y del dictamen del Consejo Consultivo.

Artículo 86. ***Tramitación de urgencia.***

1. Corresponde al pleno, en el momento de la aprobación inicial, acordar la tramitación urgente del procedimiento de elaboración de disposiciones reglamentarias cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias:

a) Cuando sea necesaria la tramitación urgente porque la disposición tenga que entrar en vigor en el plazo exigido en normas de la Unión Europea, del Estado o de la comunidad autónoma.

b) Cuando concurran otras circunstancias excepcionales o de interés público, debidamente acreditadas, que requieran la aprobación y la entrada en vigor urgente de la disposición.

2. La tramitación por vía de urgencia implica que se reducen a la mitad los plazos previstos para la realización de los trámites del procedimiento.

Sección 3.ª Procedimiento de elaboración del reglamento orgánico y otros reglamentos

Artículo 87. ***Reglamento orgánico*****.**

Para la elaboración del reglamento orgánico se seguirán los siguientes trámites: aprobación inicial por el pleno, información pública por un plazo no inferior a un mes, informe sobre alegaciones, informe de los servicios jurídicos, dictamen del Consejo Consultivo y aprobación definitiva por el pleno.

Artículo 88. ***Otros reglamentos.***

El procedimiento para la elaboración de otros reglamentos es, sin perjuicio de lo previsto en la legislación básica del Estado, el que determina el reglamento orgánico e incluye, como trámites preceptivos, la aprobación inicial por el pleno, la audiencia a las personas y a las entidades interesadas por un plazo no inferior a treinta días, la información pública por el mismo plazo, los informes exigidos por la normativa sectorial cuando corresponda, el informe sobre alegaciones y la aprobación definitiva por el pleno. No obstante, el texto del reglamento aprobado inicialmente pasará a ser definitivo si en la fecha de finalización del plazo de información pública no se ha presentado ninguna alegación y no es necesario ningún informe exigido por la legislación sectorial.

Sección 4.ª Textos consolidados

Artículo 89. ***Procedimiento simplificado de elaboración de textos consolidados.***

1. Los textos consolidados de los reglamentos se aprobarán siguiendo los trámites del procedimiento simplificado que regula este artículo.

2. A los efectos de este artículo, se entiende por texto consolidado de un reglamento el que se limita a reunir en una única versión el texto inicial del reglamento, sustituyendo las disposiciones modificadas, eliminando las derogadas expresamente e incorporando las adicionadas.

3. El procedimiento se inicia por el consejero ejecutivo competente por razón de la materia, quien debe designar al órgano responsable de la tramitación del procedimiento y debe justificar la necesidad de realizar la consolidación.

4. Los proyectos de textos consolidados únicamente se someterán a los siguientes trámites:

a) Informe de la secretaría técnica competente, que se referirá a la adecuación del procedimiento seguido, de acuerdo con las limitaciones sustantivas y los trámites procedimentales que establece este artículo.

b) Informe de impacto de género, en los casos en que las normas objeto de consolidación no hayan sido objeto de este informe en el momento en el que se tramitaron. Este informe se emitirá en el plazo de diez días.

c) Aprobación por el pleno.

5. Cuando los proyectos de textos consolidados de reglamentos ejecutivos incluyan la armonización, la aclaración o la regularización de las disposiciones correspondientes, será preceptivo el dictamen del Consejo Consultivo.

6. Los reglamentos que se aprueben a través de este procedimiento incluirán la denominación «texto consolidado» en el título de la disposición y se publicarán en el «*Butlletí Oficial de les Illes Balears*».

TÍTULO VII

Competencias

CAPÍTULO I

Funciones institucionales

Artículo 90. *Iniciativa legislativa.*

1. El pleno ejerce la iniciativa legislativa prevista en el Estatuto de Autonomía mediante la elaboración, la aprobación y la posterior remisión de proposiciones de ley al Parlamento.

2. Cada consejo insular puede designar una delegación de hasta tres miembros de la corporación para defender sus proposiciones de ley ante el Parlamento.

3. De acuerdo con el procedimiento que se establezca en el reglamento orgánico, las proposiciones de ley se aprobarán por mayoría absoluta del pleno y contendrán un texto articulado y una exposición de motivos en que se deje constancia de la aplicación de los principios de buena regulación.

4. Con carácter previo a la elaboración de la proposición se realizará la consulta ciudadana a la que hace referencia el artículo 80 de esta ley.

5. Los consejos insulares, mediante acuerdo del pleno, también pueden solicitar al Gobierno la adopción de un proyecto de ley. El acuerdo correspondiente se aprobará por mayoría absoluta del pleno.

6. Las propuestas normativas a las que hace referencia este artículo irán acompañadas de una memoria sobre la oportunidad de la regulación.

7. Los consejos insulares pueden solicitar al Parlamento de las Illes Balears la presentación de proposiciones de ley ante el Congreso de los Diputados, así como la interposición del recurso de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional en relación con leyes del Estado que puedan afectar su régimen jurídico o sus competencias.

Artículo 91. ***Consulta institucional.***

1. Cuando un anteproyecto de ley, un proyecto de decreto, un plan sectorial o cualquier otro instrumento de planificación o de ordenación de la comunidad autónoma afecte a ámbitos materiales en los que los consejos insulares tengan competencias, el Gobierno adoptará las medidas necesarias para que en el procedimiento correspondiente los consejos insulares cuenten con la información adecuada para pronunciarse y sean oídos en un plazo adecuado y suficiente.

2. El Gobierno actuará del mismo modo cuando esté prevista su participación en las sesiones de órganos del Estado o de la Unión Europea y los asuntos que se deban tratar afecten a las competencias de los consejos insulares.

[…]

Disposición adicional undécima. ***Decretos de principios generales.***

1. Sin perjuicio de lo previsto en el artículo 74 de esta ley, se autoriza al Gobierno de las Illes Balears para que en el plazo de tres años desde su entrada en vigor modifique expresamente los decretos autonómicos vigentes dictados en materias de competencia propia de los consejos insulares a fin de limitar su contenido a los principios generales que, en su caso, se consideren adecuados, en el marco del artículo 58.3 del Estatuto de Autonomía.

2. Por ello, el Gobierno de las Illes Balears puede hacer uso del procedimiento simplificado que prevén los apartados 2 y 3 del artículo 62 de la Ley 1/2019, de 31 de enero, de Gobierno de las Illes Balears, con la audiencia asimismo de los consejos insulares, y con la exigencia del dictamen preceptivo del Consejo Consultivo de las Illes Balears.

[…]

Disposición final cuarta. ***Modificación de la Ley 5/2010, de 16 de junio, reguladora del Consejo Consultivo de las Illes Balears.***

Revista Española de la Función Consultiva
ISSN: 1698-6849, núm. 34, julio-diciembre (2020) págs. 187-199

Se modifica el artículo 18.8 de la Ley 5/2010, de 16 de junio, reguladora del Consejo Consultivo de las Illes Balears, que queda redactado de la manera siguiente:

> «8. Proyectos de reglamento orgánico, de reglamento ejecutivo y de textos consolidados de reglamentos ejecutivos que deban ser aprobados por los consejos insulares.»

[…]

Disposición final séptima. ***Entrada en vigor.***

Esta ley entra en vigor al cabo de un mes de su publicación en el «*Butlletí Oficial de les Illes Balears*».

CONSEJO CONSULTIVO DE ANDALUCÍA

DECRETO 550/2022, DE 29 DE NOVIEMBRE, POR EL QUE SE APRUEBA EL REGLAMENTO GENERAL DE LA LEY 7/2021, DE 1 DE DICIEMBRE, DE IMPULSO PARA LA SOSTENIBILIDAD DEL TERRITORIO DE ANDALUCÍA

–EXTRACTO–

(Publicado en el *Boletín Oficial de la Junta de Andalucía*, núm. 232, de 2 de diciembre de 2022)

El Estatuto de Autonomía para Andalucía establece, en el artículo 56.3, 5 y 6, que corresponde a la Comunidad Autónoma la competencia exclusiva en materia de urbanismo y de ordenación del territorio y del litoral. En ejercicio de esta atribución fue promulgada la Ley 7/2021, de 1 de diciembre, de impulso para la sostenibilidad del territorio de Andalucía.

Uno de los objetivos de la Ley es configurar un marco normativo sencillo y actualizado en materia de ordenación del territorio y urbanismo compuesto por una sola norma legal, con el contenido propio de su rango normativo, y un desarrollo reglamentario posterior que complete la regulación en el marco de los fines y objetivos que la Ley establece.

La disposición final primera de la Ley habilita al Consejo de Gobierno para que, en el plazo de seis meses desde su aprobación, dicte por decreto el reglamento para su desarrollo y ejecución, dejando a su criterio que el mismo pueda abordarse en una o varias disposiciones. Hasta la aprobación del desarrollo reglamentario, la disposición transitoria séptima de la Ley establece que el Decreto 60/2010, de 16 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de Disciplina Urbanística de la Comunidad Autónoma de Andalucía seguirá aplicándose en lo que sea compatible con ésta, así como la aplicación supletoria del Real Decreto 2159/1978, de 23 de junio, y del Real Decreto 3288/1978, de 25 de agosto, por los que se aprueban, respectivamente, los reglamentos de planeamiento y gestión urbanística de la Ley sobre Régimen de Suelo y Ordenación Urbana.

El objeto de este Reglamento General, cuya necesidad y conveniencia se justifica en el mandato legal referido, es desarrollar la Ley 7/2021, de 1 de diciembre, evitando con ello los desajustes entre la norma de rango legal y las disposiciones reglamentarias de aplicación supletoria que quedan desplazadas. No obstante, no agota la capacidad de regulación normativa en materia de ordenación del territorio y urbanismo que podrá completarse por la Comunidad Autónoma y por los municipios en el marco de sus respectivas competencias.

[…]

DISPONGO

Artículo único. ***Aprobación del Reglamento General de la Ley 7/2021, de 1 de diciembre, de impulso para la sostenibilidad del territorio de Andalucía*.**

Se aprueba el Reglamento General de la Ley 7/2021, de 1 de diciembre, de impulso para la sostenibilidad del territorio de Andalucía, que se inserta a continuación de este decreto.

Disposición derogatoria única. ***Derogación normativa*.**

1. Quedan derogadas todas las normas de igual o inferior rango que contradigan o se opongan a lo dispuesto en el presente decreto.

2. Quedan derogadas expresamente las siguientes normas:

a) Reglamento de Disciplina Urbanística de la Comunidad Autónoma de Andalucía, aprobado por el Decreto 60/2010, de 16 de marzo.

b) Orden de 29 de septiembre de 2008, por la que se regula el coeficiente aplicable para el cálculo de crecimiento poblacional derivado de las viviendas previstas en los instrumentos de planeamiento urbanístico.

3. A los efectos del apartado 4 de la disposición transitoria séptima de la citada Ley, el Reglamento que se aprueba por el presente decreto desarrolla el Título VIII de la misma, por lo que desde su entrada en vigor no será de aplicación el Decreto-ley 3/2019, de 24 de septiembre, de medidas urgentes para la adecuación ambiental y territorial de las edificaciones irregulares en la Comunidad Autónoma de Andalucía.

[…]

Artículo 121. ***Modificación de los instrumentos de ordenación urbanística*.**

1. Toda innovación de la ordenación establecida por los instrumentos de ordenación urbanística no contemplada en el artículo 120 se entenderá como modificación.

2. La modificación podrá tener lugar en cualquier momento, siempre motivada y justificadamente, y se tramitará conforme a las siguientes reglas particulares de documentación y procedimiento:

a) El contenido documental de las modificaciones deberá contemplar, en función de su alcance, los documentos refundidos, parciales o íntegros, sustitutivos de los correspondientes del instrumento de ordenación urbanística en vigor en los que se contengan las determinaciones que resultan de aplicación.

b) Las modificaciones que prevean una diferente localización de dotaciones públicas de espacios libres y zonas verdes, que afecten a su funcionalidad o disminuyan su superficie requerirán el dictamen favorable del Consejo Consultivo de Andalucía antes de su aprobación definitiva.

c) En las modificaciones podrán omitirse los actos preparatorios del procedimiento de aprobación.

d) En la tramitación de las modificaciones de los planes de ordenación urbana que afecten a áreas de suelo urbano de ámbito reducido deberán arbitrarse

Revista Española de la Función Consultiva
ISSN: 1698-6849, núm. 34, julio-diciembre (2020) págs. 201-203

medios de difusión complementarios a la información pública, con la finalidad de que la población afectada reciba la información que pudiera afectarle.

e) Corresponderá a los municipios la tramitación y aprobación de las modificaciones de los instrumentos de ordenación urbanística aprobados por la Consejería competente en materia de ordenación del territorio y urbanismo que no tengan incidencia supralocal conforme al artículo 2 de la Ley.

[…]

COMISIÓN JURÍDICA ASESORA DE EUSKADI

LEY 6/2022, DE 30 DE JUNIO, DEL PROCEDIMIENTO DE ELABORACIÓN DE LAS DISPOSICIONES DE CARÁCTER GENERAL

(Publicada en el *Boletín Oficial del País Vasco*, núm. 137, de 15 de julio de 2022, y en el *Boletín Oficial del Estado* núm. 180, de 28 de julio de 2022)

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

Como viene haciendo la Ley 8/2003 desde su aprobación, la nueva ley tiene por objeto el procedimiento de tramitación de las disposiciones de carácter general impulsadas por iniciativa del Gobierno. Estas disposiciones de carácter general comprenden tanto las de rango legal como reglamentario que tienen por objeto la reforma de la normativa.

Los objetivos más genéricos perseguidos se orientan, obviamente, a actualizar y mejorar la ley, teniendo en cuenta que ya fue pionera en sus pretensiones de promover una mayor calidad de nuestros productos normativos, en sintonía con la corriente europea que busca esos mismos objetivos, entre otras herramientas, a través de la aplicación de principios de buena regulación y de la introducción de medidas en el sentido de promover los instrumentos de análisis previos de los efectos de las normas, la consulta previa y la participación ciudadana en la elaboración de las propuestas, o a través de la introducción de la evaluación como método generalizado de reflexión antes y después, a fin de llegar a obtener los indicadores más precisos sobre cómo afrontar con éxito la revisión periódica de la normativa vigente.

Se refuerza, de esa manera, el objetivo ya declarado de la Ley 8/2003, de 22 de diciembre, del Procedimiento de Elaboración de las Disposiciones de Carácter General, de procurar «que las futuras normas se asienten en un fundamento objetivo, se formulen con una técnica jurídica adecuada y obtengan una respuesta favorable de la sociedad», del mismo modo en que «el pensamiento liberal invirtió los términos del absolutismo regio y fundamentó la Ley en la razón y no en la desnuda voluntad incontrolada del monarca (n*ec voluntas sed ratio facit legem*)».

Hay, por otra parte, una variada gama de objetivos más concretos. Citaremos tanto la procedencia de revisar la determinación de los hitos que se suceden en el procedimiento de elaboración de las llamadas disposiciones de carácter general, fruto de los requerimientos que impone el tiempo transcurrido desde la aprobación de la ley que se pretende sustituir, como la exigencia de adaptar dicha regulación a los cambios que han introducido desde entonces diversas leyes y a la propia exigencia que nos impone el reto de modernizar los procedimientos.

Con esta ley se avanza, asimismo, en preservar el principio de seguridad jurídica, deteniéndonos al efecto en el análisis y en la respuesta inmediata que nos exigen los cambios legislativos que inciden con carácter básico desde las Leyes 39 y 40 de 2015, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas y del Régimen Jurídico del Sector Público, respectivamente, para adaptarlos e integrarlos en

la organización y funcionamiento de la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi, con un objetivo preciso de lograr la armonía con el resto de los trámites que regula la ley vasca.

En cuanto a las aportaciones que derivan de la propia legislación vasca, es preciso reconocer e integrar adecuadamente en el procedimiento que nos ocupa el nuevo y depurado sistema de garantía de la autonomía municipal que instaura la Ley 2/2016, de 7 de abril, de Instituciones Locales de Euskadi. A tal fin, se procura la inserción, en tiempo y forma idóneos, del mecanismo de alerta temprana, que supone la atribución a la Comisión de Gobiernos Locales que crea dicha ley de la emisión de un informe preceptivo en los procedimientos de elaboración de las disposiciones de carácter general que afecten a las competencias municipales y que se adopten en la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi.

Los fundamentos jurídicos habilitantes en que se apoya la presente ley son los mismos que respaldaron la ley ahora sustituida, con un doble soporte competencial principal, previsto en el Estatuto de Autonomía de Gernika, tanto en el artículo 10.2, sobre nuestra competencia exclusiva en materia de organización, régimen y funcionamiento de nuestras instituciones de autogobierno, como en el artículo 10.6, referido a nuestra capacidad para establecer las normas de procedimiento administrativo que deriven de las especialidades de nuestro derecho sustantivo y de la organización propia del País Vasco.

La incidencia previsible en la normativa en vigor tiene que ver con la caracterización de referente que tiene el procedimiento del que nos ocupamos –para elaborar las normas– respecto a diversas leyes sectoriales que regulan la actividad de control y supervisión de la producción normativa, pasando por las leyes que, como la Ley 4/2005, de 18 de febrero, para la Igualdad de Mujeres y Hombres, tienen en esta ley un instrumento valioso para profundizar en su acción. Es por ello por lo que se proponen modificaciones en dicha ley, con el ánimo de fijar y asegurar mandatos cuya redacción original ha dado lugar a diversas interpretaciones, de las cuales algunas podrían ir en contra del espíritu de la norma o de la realidad del tiempo al que han de aplicarse, o al resto de las regulaciones domésticas de la Administración, respecto a las que se busca una mayor factibilidad material, para mejor adaptar a los contextos que imponen los nuevos fenómenos de digitalización, transparencia, participación ciudadana o evaluación los procedimientos que ya tenemos en marcha y que es preciso consolidar y mejorar para ganar en eficacia.

Visto todo lo anterior y dado el caudal de cambios que se introducen sobre el texto de la hasta ahora vigente Ley 8/2003, se ha optado por someter a aprobación un nuevo texto articulado completo que incorpore e integre en esta única ley todas las normas concernientes a la materia del procedimiento de elaboración de las disposiciones de carácter general.

CAPÍTULO I

Disposiciones generales

Artículo 1. ***Objeto de la ley y alcance de la reserva legal*.**

1. La presente ley tiene por objeto el procedimiento de elaboración de las disposiciones de carácter general.

2. Solo mediante ley, cuando resulte eficaz, proporcionado y necesario para la consecución de los fines propios del procedimiento, y de manera motivada, podrán incluirse trámites preceptivos adicionales o distintos a los contemplados en esta ley.

3. Las leyes de carácter sectorial o que no tengan como objeto expreso la modificación del procedimiento de elaboración deberán proceder a la modificación expresa y directa de esta ley cuando pretendan introducir cualquier trámite que preceptivamente deba ser considerado con carácter general en todos los procedimientos de elaboración de disposiciones, o para advertir la existencia de un procedimiento especial por razón de la materia, cuando pretendan introducir algún nuevo trámite que solo deba ser exigible en dichos procedimientos.

4. No tendrán la consideración de procedimientos especiales aquellos que, siguiendo en todo lo demás los trámites dispuestos en esta ley, únicamente incluyan como peculiaridad la exigencia de algún informe preceptivo por razón de la materia.

5. Reglamentariamente podrán establecerse especialidades del procedimiento referidas al contenido, los requisitos formales o el modo de elaboración de los informes a recabar. También podrá introducirse reglamentariamente la posibilidad de llevar a cabo trámites complementarios o de carácter no preceptivo.

Artículo 2. ***Ámbito de aplicación y procedimientos especiales por razón de la materia*****.**

1. Esta ley se aplicará a las disposiciones de carácter general que elaboren el Gobierno Vasco y la Administración General de la Comunidad Autónoma del País Vasco. Aquellas otras disposiciones que tengan establecido en normas con rango de ley un procedimiento de elaboración específico se elaborarán conforme a este, sin perjuicio de la aplicación supletoria de lo establecido en esta ley.

2. El procedimiento de elaboración de las disposiciones de carácter general que tengan por objeto regular las siguientes materias se regirá por su normativa específica y, supletoriamente, por lo dispuesto en esta ley:

a) Las de materia tributaria y aduanera, así como las relativas a los procedimientos de aplicación de los tributos o su revisión en vía administrativa.

b) Las de desarrollo legislativo o ejecución de la legislación básica del Estado en materia de Seguridad Social o de gestión del régimen económico de la Seguridad Social.

c) Las que regulen actuaciones y procedimientos sancionadores en materia tributaria o aduanera, en el orden social, en materia de tráfico y seguridad vial o en materia de extranjería.

d) Las de materia medioambiental.

e) Las de materia presupuestaria.

Artículo 3. ***Concepto de disposición normativa de carácter general.***

1. A los efectos de esta ley, se entienden por disposiciones normativas de carácter general las que, cualquiera que sea la materia sobre la que versen, adoptan la forma de ley, decreto legislativo, decreto u orden, y contienen normas jurídicas que

innovan el ordenamiento jurídico, sirviendo de fundamento para una pluralidad de actos durante un lapso de tiempo determinado o indeterminado.

2. No tienen tal consideración, aunque emanen de los mismos órganos y revistan la misma forma que las disposiciones normativas de carácter general, ni las resoluciones administrativas o disposiciones de carácter particular ni aquellas disposiciones de carácter genérico que afecten a una pluralidad de destinatarios determinados o determinables, siempre y cuando unas u otras merezcan tan solo la consideración de acto administrativo, por cuanto no teniendo vocación de permanencia se agoten con una sola aplicación, incluso en el supuesto de que pretendan su aplicación a una pluralidad de casos o aunque den lugar a otros actos de ejecución cuyo contenido esté completamente predeterminado por aquellos actos administrativos.

3. Tampoco tienen consideración de disposiciones normativas de carácter general a las que debe aplicarse esta ley, aunque emanen de los mismos órganos y revistan la misma forma que las disposiciones normativas de carácter general, aquellas que no contienen normas prescriptivas o que no imponen mandatos obligatorios, limitándose a hacer declaraciones programáticas o a establecer criterios o principios de actuación no vinculantes o destinados a ser mero objeto de valoración y ponderación por la Administración dentro de la discrecionalidad que le es propia.

4. Quedan excluidas del procedimiento dispuesto en esta ley las instrucciones u órdenes de servicio que se dicten a fin de aclarar la interpretación o facilitar la aplicación de disposiciones de carácter general, si bien serán objeto del informe jurídico emitido por la asesoría del departamento correspondiente que las proponga o adopte.

5. Los reglamentos que aprueben los órganos colegiados para regular su funcionamiento interno serán objeto, asimismo, del informe jurídico del departamento de adscripción.

6. Las disposiciones de carácter general que requieran de complementos normativos o se remitan a otras disposiciones para su desarrollo supondrán el carácter normativo de estas últimas, especialmente en la medida en que se trate de remisiones en blanco o con escasa densidad normativa.

7. Las disposiciones de carácter general que se limiten a aprobar instrumentos técnicos no dejarán de tener carácter de norma en la medida en que dichos instrumentos técnicos vengan a suplir o a dar contenido a conceptos jurídicos indeterminados que puedan estar contenidos en la misma o en otra disposición de carácter general, constituyendo un desarrollo o complemento normativo necesario de aquellas.

Artículo 4. ***Principios de calidad normativa.***

En el ejercicio de la iniciativa legislativa y la potestad reglamentaria, las administraciones públicas actuarán de acuerdo con los siguientes principios de calidad normativa o de buena regulación:

a) Principios de necesidad y eficacia: la iniciativa normativa debe estar justificada por una razón de interés general, basarse en una identificación clara de los fines perseguidos y ser el instrumento más adecuado para garantizar su consecución.

b) Principio de proporcionalidad: la iniciativa deberá contener la regulación imprescindible para atender la necesidad a cubrir con la norma, tras constatar que no

existen otras medidas menos restrictivas de derechos o que impongan menos obligaciones.

c) Principio de seguridad jurídica: la iniciativa normativa se ejercerá de manera coherente con el resto del ordenamiento jurídico, para generar un marco normativo estable, predecible, integrado, claro y de certidumbre, que facilite su conocimiento y comprensión y, en consecuencia, la actuación y toma de decisiones por parte de las personas y empresas.

d) Principio de transparencia: se posibilitará el acceso sencillo, universal y actualizado a la normativa en vigor y los documentos propios de su proceso de elaboración, y se definirán claramente en la exposición de motivos los objetivos de las iniciativas normativas y su justificación. Además, se posibilitará que los potenciales destinatarios tengan una participación activa en la elaboración de las normas.

e) Principio de simplicidad y comprensibilidad: el contenido de las iniciativas normativas se publicará de forma clara, estructurada y fácilmente comprensible, en un lenguaje claro.

f) Principio de calidad de la información: la información publicada durante los trámites de información pública que se lleven a cabo en el curso de los procedimientos normativos deberá ser veraz, exacta, y habrá de proceder de documentos de acreditada autenticidad y fiabilidad. Asimismo, será útil, es decir, adecuada al cumplimiento de los objetivos que se persiguen con dicha información.

g) Principio de accesibilidad: la iniciativa normativa incluirá las medidas necesarias para que todas las personas, independientemente de cuáles sean sus capacidades técnicas, cognitivas o físicas, puedan ejercer sus derechos ante la Administración Pública y acceder de forma real y efectiva a sus servicios.

h) Principio de igualdad de mujeres y hombres: en el procedimiento de elaboración de disposiciones generales, los poderes públicos vascos deberán actuar con sujeción a los principios generales señalados en materia de igualdad de mujeres y hombres en la Ley para la Igualdad de Mujeres y Hombres, para garantizar la igualdad de trato y de oportunidades, para prevenir y erradicar la violencia machista contra las mujeres o para establecer medidas para garantizar que se trabaja desde perspectivas interseccionales. Deberá ir necesariamente acompañado de un informe de impacto de género.

i) Principio de participación: se establecerán medidas de escucha activa y colaboración ciudadana para garantizar su participación en el procedimiento de aprobación de normas, basadas en la gobernanza colaborativa. Se garantizará, entre otros medios, a través de audiencias, informaciones públicas y consultas, pero también mediante el resto de los instrumentos que posibilitan la participación y la deliberación (encuestas, foros, consultas públicas…).

j) Principio de igualdad lingüística: dado que el euskera y el castellano son lenguas oficiales, se garantizará la igualdad entre ellas en el procedimiento de elaboración normativa, promoviendo especialmente el uso del euskera en las relaciones con la ciudadanía y su tejido asociativo. Con el fin de fomentar el uso del euskera, por parte de las instituciones públicas se adoptarán medidas para elaborar con calidad la

norma en euskera, y se articulará un diálogo permanente entre ambos textos para asegurar la equivalencia entre las versiones en castellano y en euskera, adoptando las medidas oportunas al respecto.

k) Principio de sostenibilidad: el derecho de la sociedad actual a satisfacer sus necesidades sin comprometer la capacidad de las generaciones futuras para satisfacer las suyas, garantizando un equilibrio entre el desarrollo económico, el cuidado del medioambiente y el bienestar social.

Artículo 5. ***Igualdad lingüística y redacción bilingüe*****.**

1. Toda disposición normativa regulada por esta ley deberá estar redactada en las dos lenguas oficiales, euskera y castellano, a efectos de su publicidad oficial.

2. La igualdad lingüística será un principio de garantía de calidad del proceso de elaboración normativa. A través de la igualdad lingüística, se garantizará un diálogo estructurado entre ambas versiones en la elaboración del texto, asegurando el contraste entre ambas versiones y su equivalencia.

3. El procedimiento normativo será bilingüe a lo largo de todo el procedimiento de elaboración de las disposiciones de carácter general, garantizándose los derechos lingüísticos de quienes participan en la elaboración de la norma y sus destinatarios.

4. Reglamentariamente se establecerán el procedimiento y la organización de la redacción bilingüe en el procedimiento normativo.

Artículo 6. ***Urgencia*****.**

1. La declaración de urgencia en el procedimiento de elaboración de disposiciones de carácter general habilitará para:

a) Reducir los plazos de emisión de informes o alegaciones previstos en esta ley en la medida en que resulte necesario, siempre que ello no implique un término inferior a la mitad de los plazos previstos.

b) La posibilidad de prescindir de alguno de los trámites procedimentales previstos en las normas, salvo que vengan exigidos como preceptivos por normas con rango o fuerza de ley.

2. La motivación de dicha urgencia, con sucinta referencia de hechos y fundamentos de derecho, justificará en todo caso la posible limitación de derechos subjetivos o intereses legítimos, la eventual separación del criterio seguido en actuaciones precedentes o del dictamen de órganos consultivos, la no repetición de trámites ya efectuados y que no hayan perdido vigencia o el desistimiento en relación con trámites ya iniciados de oficio.

3. Se podrá acordar la tramitación urgente del procedimiento de elaboración cuando concurran razones graves de interés público o circunstancias extraordinarias que, no habiendo podido preverse con anterioridad, exijan la aprobación urgente.

Asimismo, se acordará la tramitación urgente si fuere necesario para que la norma entre en vigor en el plazo exigido para la trasposición de directivas o para la adaptación a la legislación básica estatal o a decisiones judiciales que anulen o declaren inconstitucional una determinada norma.

En todo caso, estas circunstancias serán expresamente justificadas y exteriorizadas por medio de la orden de inicio, memoria o impulso correspondiente en el curso del procedimiento.

4. Corresponderá realizar, en su caso, la declaración de urgencia al órgano competente para adoptar la orden de inicio prevista en esta ley.

Artículo 7. ***Nulidad en el procedimiento de elaboración de reglamentos.***

1. Serán nulas de pleno derecho por prescindir total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido aquellas disposiciones de rango inferior a la ley en cuyo procedimiento de elaboración concurra la ausencia completa de los trámites que vengan expresamente exigidos y definidos con el carácter de esenciales en la presente ley, y, en particular, cuando:

a) se haya seguido el procedimiento de urgencia prescindiendo de cualquiera de los trámites previstos, sin que exista motivación alguna de la urgencia;

b) se carezca de los informes preceptivos de carácter esencial en el momento de su aprobación;

c) no se cumplan las previsiones de esta ley en cuanto a las consultas, cuando la disposición afecte expresa y directamente a competencias de otra administración pública;

d) se incumplan las previsiones de esta ley relativas a la exigencia de audiencia, exposición pública y negociación colectiva;

e) se incumplan las previsiones legales aplicables a procedimientos especiales por razón de la materia, cuando dicho tipo de nulidad se prevea expresamente por ley;

f) se incumplan los trámites exigidos por disposiciones administrativas de rango superior a la orden o disposición de carácter general de que se trate.

2. No incurrirán en causa de nulidad por prescindir total y absolutamente del procedimiento las disposiciones reglamentarias de rango inferior a la ley en cuyo procedimiento de elaboración se incurra en cualesquiera otras infracciones de lo previsto en esta ley, aun y cuando estas no hubieran sido debidamente subsanadas o convalidadas sus consecuencias antes de la promulgación de la disposición.

3. Particularmente, de declararse afectadas la validez y eficacia de una disposición por infracción de lo previsto en esta ley sobre la tramitación bilingüe, se limitará la afección a aquella parte del texto escrita en el idioma que no haya sido objeto de tal tramitación, obligando a la Administración a tramitar de forma urgente y correcta un texto alternativo que sustituya a la parte anulada y que, en todo caso, habrá de respetar perfectamente el principio de equivalencia lingüística de ambos textos oficiales con respecto a la versión lingüística que siga en vigor.

4. Los informes y dictámenes únicamente serán vinculantes cuando dicho carácter les sea expresa y específicamente atribuido por ley. En tales casos, la transgresión del criterio determinado en el informe o dictamen producirá los efectos que expresamente se prevean en la ley.

CAPÍTULO II

Procedimiento

Sección primera. Preparación

Artículo 8. ***Planificación normativa.***

1. El Gobierno aprobará anualmente un plan normativo que contendrá las iniciativas legislativas o reglamentarias que vayan a ser elevadas para su aprobación en el Consejo de Gobierno en el año en curso.

2. El plan anual normativo del Gobierno Vasco se publicará en el plazo de los tres primeros meses de cada año en la sede electrónica de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de Euskadi y en el «*Boletín Oficial del País Vasco*», a efectos de garantizar la información y participación necesarias.

3. El plan anual normativo identificará, con arreglo a los criterios que se establezcan, las normas que habrán de someterse a un análisis sobre los resultados de su aplicación, atendiendo fundamentalmente al coste que suponen para la Administración o los destinatarios, y a las cargas administrativas impuestas a estos últimos.

4. Aquellas disposiciones de carácter general cuyos procedimientos de elaboración deban iniciarse sin haberse cumplimentado previamente su inclusión en el correspondiente plan anual normativo deberán justificar tal circunstancia en sus correspondientes memorias, sin que ello suponga efecto invalidante alguno.

5. Los departamentos de la Administración General elaborarán y comunicarán al Gobierno, antes de la aprobación de un nuevo plan anual normativo, una memoria de la ejecución de su respectiva planificación normativa.

Artículo 9. ***Labores de reflexión y preparación.***

Con anterioridad a la decisión de iniciar el procedimiento de elaboración de las disposiciones de carácter general, los departamentos de la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi deberán llevar a cabo labores preliminares de reflexión y preparación, entre las que se incluirán, en particular, las evaluaciones de resultados e impactos acumulados del conjunto de las políticas y normas existentes, y las evaluaciones previas de impacto de las alternativas normativas que pueden barajarse, incluidos análisis preliminares desde el punto de vista del género, que deberán servir para la elaboración de los trámites relativos al impacto de género de la disposición general proyectada por parte del órgano promotor, y que posteriormente hayan de ser sometidos a la consideración de Emakunde.

Asimismo, se sustanciarán las consultas públicas que sean exigidas por la ley de forma previa a la elaboración del proyecto de disposición.

Artículo 10. ***Evaluación normativa y adaptación de la normativa vigente a los principios de buena regulación.***

1. La Administración General de la Comunidad Autónoma revisará periódicamente su normativa vigente para adaptarla a los principios de buena regulación, y, en particular, en dicha revisión se realizará un seguimiento de su aplicación de acuerdo con el principio de igualdad de mujeres y hombres. Y, asimismo, mediante esta revisión se comprobará la medida en que las normas en vigor han

conseguido los objetivos previstos y si estaban justificados y correctamente cuantificados el coste y las cargas impuestas en ellas y su encaje con el resto del ordenamiento vigente en cada momento.

2. El resultado de la evaluación se plasmará en un informe que se hará público, con el detalle, periodicidad y por el órgano que determine la normativa reguladora de la evaluación pública en la Comunidad Autónoma de Euskadi. El informe se redactará en los dos idiomas oficiales.

3. Los departamentos de la Administración General promoverán la aplicación de los principios de buena regulación y cooperarán para promocionar el análisis económico en la elaboración de las normas y, en particular, para evitar la introducción de restricciones injustificadas o desproporcionadas a la actividad económica.

4. Los departamentos aplicarán la igualdad de las lenguas oficiales de acuerdo con el principio de buena regulación, velando y fomentando la inteligibilidad, corrección y equivalencia de las versiones lingüísticas de las disposiciones de carácter general, facilitando y planificando las adaptaciones necesarias.

Artículo 11. ***Consulta previa a la ciudadanía.***

1. El órgano o centro directivo promotor de la tramitación de la disposición de carácter general recabará en consulta pública, con un carácter previo a la redacción de las propuestas de textos jurídicos normativos, la opinión en la sociedad de la ciudadanía. Se adoptarán las medidas necesarias en el trámite de consulta previa a la ciudadanía para asegurar la representación equilibrada de mujeres y hombres y la participación de asociaciones que promuevan la igualdad en el ámbito o sector objeto de regulación. Asimismo, se respetarán los derechos lingüísticos de todas las personas, empleadas administrativas o ciudadanas, que participen en las consultas previas.

2. La consulta previa se integra en la fase de preparación que regula el presente capítulo, teniendo en cuenta que se trata de un trámite de interacción con la ciudadanía que se realizará de forma que todas las personas potenciales destinatarias de la disposición tengan la posibilidad de emitir su opinión, durante un plazo suficiente y no inferior a quince días, y con un carácter previo a la aprobación de un determinado texto jurídico.

3. La cumplimentación del trámite de consulta previa podrá realizarla el órgano o centro directivo promotor de la tramitación de la disposición de carácter general mediante anuncio en el tablón de anuncios de la sede electrónica de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de Euskadi, invitando expresamente a la ciudadanía a pronunciarse acerca de la información, que se extenderá sobre la necesidad y oportunidad de aprobar la norma, sus objetivos, los problemas que se pretenden solucionar y las posibles soluciones alternativas regulatorias y no regulatorias.

4. El trámite de audiencia e información públicas en la fase de instrucción del procedimiento normativo posterior a la aprobación con carácter previo de un texto jurídico normativo puede satisfacer, dejando constancia de ello en las memorias, la exigencia de participación ciudadana contemplada en el presente artículo.

Sección segunda. Iniciación

Artículo 12. ***Órgano competente.***

1. El procedimiento de elaboración de las disposiciones de carácter general se iniciará por orden del consejero o consejera titular del departamento competente por razón de la materia sobre la que versen. Cuando así se establezca mediante ley, o cuando se trate de materias en las que disponen de atribución competencial directa dos o más consejeros o consejeras, la orden será conjunta.

2. Si en el transcurso del procedimiento de elaboración se aprecia la necesidad de participación de otros departamentos, en virtud de la incidencia que pudieran tener en materias de su competencia, estos solicitarán su incorporación al procedimiento, conservándose, en la medida de lo posible, las actuaciones realizadas hasta ese momento.

Artículo 13. ***Orden de inicio.***

1. La orden de inicio expresará sucintamente el objeto y finalidad de la norma, prestando especial atención a la oportunidad de la propuesta y alternativas de regulación estudiadas, incluyendo una justificación de la necesidad de la nueva norma frente a la alternativa de no aprobar ninguna regulación, y, junto con aquellos otros contenidos a los que se refieran otros artículos de esta ley, contendrá los siguientes:

a) Una estimación sobre su viabilidad jurídica y material, con referencia al derecho vigente en Euskadi y al de la Unión Europea, incluido un análisis sobre la adecuación de la norma propuesta al orden de distribución de competencias para con el Estado y para con los órganos forales de los territorios históricos y las entidades locales, así como la adecuación a los principios de buena regulación.

b) Una previsión de sus repercusiones en el ordenamiento jurídico, con indicación de las normas vigentes sobre el mismo objeto que eventualmente vayan a resultar modificadas de forma explícita o implícita como consecuencia de la entrada en vigor de la norma.

c) Un dosier adjunto que contenga las evaluaciones de impacto, de resultado o de otro tipo de las que hayan sido objeto la norma proyectada o las disposiciones afectadas por ella conforme al punto anterior. Considerando los análisis preliminares de impacto en función del género, se incluirá una primera estimación motivada sobre la relevancia desde el punto de vista del género de la norma proyectada, para lo cual se contará con el asesoramiento de las unidades administrativas para la igualdad.

d) Una aproximación sobre la posible incidencia en los presupuestos de las administraciones públicas afectadas, en la materia concernida y, en su caso, en el sector de actividad de que se trate, así como sobre los beneficios y las cargas administrativas que pueda conllevar la propuesta para la ciudadanía, con especial referencia al impacto sobre las pequeñas y medianas empresas.

e) Una relación de los trámites e informes que se estiman procedentes en razón de la materia y el contenido de la regulación propuesta, indicando los motivos por los que cada trámite no preceptivo resulta eficaz, proporcionado y necesario atendiendo a la singularidad de la materia o a los fines perseguidos; también se especificará, en su caso, si la disposición ha de ser objeto de algún trámite ante la Unión Europea.

f) La identificación preliminar de los sujetos y las organizaciones más representativas potencialmente afectados por la disposición o, en su caso, la justificación de la omisión de los trámites relativos a la participación ciudadana o de las razones que justifiquen la tramitación urgente de iniciativas legislativas y la reducción del plazo de los trámites de audiencia y exposición pública.

g) La determinación de la técnica que se seguirá para la traducción o redacción bilingüe del texto articulado.

h) La designación del órgano administrativo al que se encomienda la instrucción.

i) Cuando se trate de una propuesta normativa que no figure en el plan anual normativo, será necesario justificar la oportunidad de su tramitación.

2. La orden de inicio será objeto de publicación en el tablón de anuncios de la sede electrónica de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de Euskadi. Dicha publicación supondrá la comunicación automática al conjunto de los departamentos, a fin de que, en su caso, puedan formular observaciones respecto al acierto y oportunidad de la iniciativa.

3. A fin de facilitar un mejor cumplimiento de los requisitos y trámites precisos, el Gobierno Vasco podrá aprobar cuestionarios o formularios de elaboración de las disposiciones de carácter general.

Sección tercera. Instrucción

Artículo 14. ***Reglas y criterios de elaboración de la redacción.***

1. La redacción de las disposiciones de carácter general se realizará atendiendo al contenido de la orden de inicio, teniendo en cuenta las opciones de regulación que mejor se acomoden a los objetivos perseguidos, de acuerdo con los principios de necesidad, eficacia, proporcionalidad, seguridad jurídica, transparencia y eficiencia, y al resultado de las consultas, además de la ciudadana, que se estimen convenientes para garantizar el acierto y legalidad de la regulación prevista.

2. Los textos jurídicos normativos deberán insertar una exposición adecuada de los motivos y fundamentos que justifican la determinación del correspondiente proyecto de ley o de reglamento.

3. En el proceso de elaboración de la redacción, se efectuarán los estudios e informes que sean precisos; en particular, los relativos a la factibilidad de las normas y a su coste en relación con el cumplimiento de los principios de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera. Se adoptarán medidas y se iniciarán procedimientos para garantizar la igualdad de las lenguas oficiales.

4. Sin perjuicio de las actuaciones que con antelación se deban realizar para conocer el impacto de la norma desde el punto de vista del género y para la integración de la perspectiva de género en ella, una vez redactado el texto del proyecto, se procederá a redactar un informe de impacto en función del género, donde se hará constar el impacto potencial de la propuesta en la situación de las mujeres y en los hombres como colectivo,

así como el impacto desde la perspectiva interseccional en los diferentes colectivos de mujeres, analizando para ello si la actividad proyectada en la norma puede tener repercusiones positivas o adversas en el objetivo global de eliminar las desigualdades entre mujeres y hombres y promover su igualdad, y, en su caso, las oportunas medidas correctoras que se hayan tenido en cuenta en la redacción del texto. El documento resultante se pondrá a disposición del órgano competente en la materia, Emakunde, acompañado de la documentación necesaria para poder perfeccionar lo recogido en la legislación.

5. El texto elaborado debe ser redactado de forma bilingüe, garantizando la igualdad entre las dos lenguas en la elaboración de las versiones lingüísticas a lo largo de todo el proceso de redacción de la norma. El texto deberá estar redactado de forma bilingüe, antes de someterse a su aprobación previa y ulterior tramitación en la fase de instrucción. Asimismo, el texto debe ser redactado haciendo un uso no sexista e inclusivo del lenguaje.

6. Al objeto de promover su mayor divulgación y seguimiento, en anexo a la presente ley se publicarán las directrices de técnica normativa para la elaboración de disposiciones de carácter general aprobadas por Acuerdo de Consejo de Gobierno de 23 de marzo de 1993 (Orden de 6 de abril, BOPV n.º 71, de 19 de abril), sin perjuicio de su actualización, a través de los cuestionarios o formularios, que apruebe cuando lo considere oportuno el Gobierno Vasco.

Artículo 15. ***Aprobación previa y expediente de tramitación.***

1. Una vez redactados los proyectos de disposición de carácter general, antes de evacuar los trámites de negociación, audiencia y consulta que procedan, el texto articulado correspondiente deberá contar con la aprobación previa acordada por el órgano que haya dictado la orden de inicio.

2. La orden de aprobación previa adjuntará el texto bilingüe así aprobado y el resto de los documentos referidos en este artículo, que conformarán el expediente con el que se seguirán los trámites subsiguientes, ordenando su evacuación inmediata.

3. El centro directivo competente para la instrucción del expediente elaborará con carácter preceptivo una memoria del análisis de impacto normativo, que deberá contener o reiterar respecto a la orden de inicio cualquier extremo que pueda ser relevante a criterio del órgano proponente y, en todo caso, los siguientes apartados:

a) Oportunidad de la propuesta y alternativas de regulación estudiadas, lo que deberá incluir una justificación de la necesidad de la nueva norma frente a la alternativa de no aprobar ninguna regulación.

b) Contenido y análisis jurídico, con referencia al derecho comparado y al de la Unión Europea, que incluirá el listado pormenorizado de las normas que quedarán derogadas como consecuencia de la entrada en vigor de la norma.

c) Análisis sobre la adecuación de la norma propuesta al orden de distribución de competencias.

d) Impacto económico y presupuestario, que evaluará las consecuencias de su aplicación sobre los sectores, colectivos o agentes afectados por la norma, incluido el efecto sobre la competencia y la competitividad y su encaje con la legislación vigente en cada momento sobre estas materias.

e) Las cargas administrativas que conlleva la propuesta y el coste de su cumplimiento para la Administración y para los obligados a soportarlas, con especial referencia al impacto sobre las pequeñas y medianas empresas.

f) Informe sobre el impacto en función del género, en el que se ha de hacer constar una explicación detallada de los trámites llevados a cabo, de sus resultados con relación al cumplimiento de los preceptos de la Ley 4/2005 y de las medidas incorporadas para promover la igualdad.

g) Informe que analice la perspectiva de normalización del uso del euskera en el procedimiento de elaboración de disposiciones de carácter general, en el que se emitirá un pronunciamiento respecto a la adecuación a la normativa vigente en materia lingüística, sin perjuicio de las funciones que puedan corresponder a otros órganos informantes, y se propondrán medidas dirigidas a la normalización del uso del euskera en el ámbito objetivo de la disposición que se tramite.

h) Evaluación de impacto sobre la infancia y la adolescencia, en la que se haga constar una explicación detallada de los trámites llevados a cabo y su impacto previsto sobre la infancia y la adolescencia, que permita medir y contrastar el cumplimiento del principio del interés superior de la infancia.

i) Una descripción de la tramitación, con referencia a los informes o dictámenes preceptivos o facultativos evacuados y a los resúmenes de las principales aportaciones recibidas en el trámite de consulta previa a la ciudadanía, con carácter previo a la elaboración del texto, y de las recibidas en los trámites de audiencia, información pública y negociación colectiva. En todo caso, dicha descripción contendrá el resultado y el reflejo de aquellos en el texto del proyecto, así como, en su caso, las razones por las que se prescindió de aquellos o la justificación de la reducción de los plazos mínimos previstos.

j) Evaluación de impacto sobre la juventud, en la que se haga constar una explicación detallada de los trámites llevados a cabo y su impacto previsto sobre la juventud, que permita medir y contrastar el cumplimiento del impulso y la transversalización de la política integral de juventud, en relación con proteger y facilitar el ejercicio por parte de las personas jóvenes de sus derechos, cualquiera que sea su naturaleza o condición; fomentar su participación activa en el desarrollo político, social, económico, sostenible y cultural de la sociedad; y generar las condiciones que posibiliten su autonomía y emancipación, como culminación de un proceso continuo iniciado en la infancia.

k) Un análisis de la accesibilidad tanto de los instrumentos técnicos que contemple la normativa como de la implementación de la propia norma en aquellos aspectos que tengan una especial incidencia sobre el derecho a la accesibilidad universal de la ciudadanía, tomando en especial consideración los elementos que plantea la Ley 20/1997, de 4 de diciembre, para la Promoción de la Accesibilidad, así como el resto de la normativa que emana de aquella.

I) Evaluación de otros impactos que pudieran ser relevantes, prestando especial atención al impacto de carácter ambiental y sus efectos para la mitigación del cambio climático y al impacto social, así como un análisis sobre el coste-beneficio, que recoja todos aquellos aspectos directos e indirectos que justifican la aprobación del proyecto.

m) Previsión de su evaluación ex post, indicando la sistemática que se va a utilizar en la evaluación de los resultados de la aplicación de la norma y la entidad u órgano que se considera idóneo para llevarla a cabo.

4. En los casos en que el departamento correspondiente lo estime conveniente, el contenido y análisis jurídico del expediente podrá sustanciarse mediante un informe jurídico específico, que será aludido en la memoria y emitido por el servicio jurídico del departamento que haya instruido el procedimiento y que tendrá como cometido el sostener, de cara a su posterior tramitación, la defensa jurídica de las bases del proyecto, la adecuación de su contenido a la ley y al derecho y la observancia de las directrices de técnica normativa que, en su caso, se establezcan.

5. Cuando el departamento así lo considere, en función de la intensidad del impacto económico, se podrá elaborar también una memoria económica específica, que será igualmente aludida en la memoria y que confirmará o expresará, a la vista de los cambios producidos en el texto objeto de aprobación previa, las posibles concreciones o desviaciones de la estimación de costes prevista en la orden de inicio, con la cuantificación de los gastos e ingresos y su repercusión en los presupuestos de la Administración Pública, las fuentes y modos de financiación y cuantos otros aspectos se determinen en la normativa que regule el ejercicio del control económico-normativo en la Administración de la Comunidad Autónoma de Euskadi.

Artículo 16. ***Concentración de trámites e impulso de su realización telemática.***

1. De acuerdo con el principio de simplificación administrativa, se producirá la evacuación conjunta y en un solo acto de todos los trámites que, por su naturaleza, admitan un impulso simultáneo y cuyo cumplimiento sucesivo no sea obligado.

2. En particular, se entenderán solicitados simultáneamente, en el mismo plazo y a través de medios telemáticos todos los informes introducidos por vía reglamentaria o que no tengan un carácter esencial, las consultas a órganos especializados o a los propios departamentos de la Administración General y los informes y consultas exigidos en los procedimientos especiales por razón de la materia y cuya norma procedimental específica no requiera expresamente su cumplimiento sucesivo o en un momento diferente.

3. Los trámites se cumplimentarán de oficio por quienes los tengan atribuidos, sin necesidad de su solicitud previa, y a la vista únicamente del expediente con sus informes, estudios y memoria. Se realizarán todos de un modo simultáneo y durante el mismo plazo común de un mes, contado a partir de la publicación en la sede electrónica de la Administración General de la Comunidad Autónoma del texto de la disposición que cuente con aprobación previa. El plazo común será de dos meses para la tramitación de aquellos anteproyectos de ley que a juicio del departamento promotor revistan cierta complejidad, lo que habrá de indicarse así expresamente en la orden de inicio.

4. Una vez transcurrido el plazo común citado, la falta de cumplimentación de trámites que no sean esenciales no supondrá la paralización del procedimiento, que se seguirá en su ausencia y por su orden, con la evacuación de los trámites subsiguientes. Los informes emitidos fuera de plazo podrán no ser tenidos en cuenta al adoptar la correspondiente resolución. No obstante, excepcionalmente, cuando el órgano informante lo haya solicitado expresamente y de forma motivada dentro del plazo

común, el órgano encargado de la instrucción podrá conceder a dicho órgano una prórroga de hasta la mitad de la duración del plazo común inicialmente conferido para la emisión de dicho concreto informe. La prórroga conferida no supondrá la paralización del procedimiento.

5. Cuando quien emita el correspondiente informe haya previamente informado que alguna de las normas relacionadas en la memoria de impacto normativo en el listado pormenorizado previsiblemente quedará derogada, el nuevo informe identificará e indicará la forma de acceso a dicho informe previo, a fin de posibilitar el contraste correspondiente.

Artículo 17. ***Audiencia e información pública y negociación colectiva.***

1. Los trámites de consulta previa, audiencia e información pública que contempla esta ley se deben realizar siempre que se afecte de manera directa a los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos y ciudadanas, y no concurra alguna de las causas de excepción previstas en este artículo. En todo caso, la participación pública regulada en este artículo deberá realizarse adoptando las medidas necesarias para garantizar una representación equilibrada de mujeres y hombres y la participación de las asociaciones que promueven la igualdad en el sector o ámbito de regulación.

2. La audiencia se realizará directamente o a través de las organizaciones y asociaciones reconocidas por la ley que agrupen o representen a los ciudadanos y ciudadanas afectadas y cuyos fines guarden relación directa con el objeto de la disposición. La opción por una u otra modalidad de cumplimiento del trámite será motivada. No será precisa la audiencia a las personas interesadas cuando las organizaciones y asociaciones mencionadas participen orgánicamente o por medio de informes o consultas específicas en el proceso de elaboración.

3. La audiencia, y, en su caso, la información pública, se efectuará simultáneamente con los demás trámites previstos en el artículo anterior, durante el mismo plazo común, contado a partir de la publicación en la sede electrónica de la Administración General de la Comunidad Autónoma del texto de la disposición que cuente con aprobación previa.

4. De acuerdo con la ley, únicamente se puede prescindir de este tipo de trámites en el caso de normas presupuestarias u organizativas, o cuando concurran razones graves de interés público que lo justifiquen, que deberán ser suficientemente motivadas.

5. En particular, quedan exceptuadas de este trámite las disposiciones que regulan los órganos, cargos y autoridades del Gobierno, así como las disposiciones orgánicas de la Administración de la Comunidad Autónoma o de las organizaciones dependientes o adscritas a ella, salvo que se refieran precisamente a la participación de la ciudadanía en las funciones de la Administración.

6. La participación pública regulada en este artículo deberá realizarse de forma tal que los potenciales destinatarios de la norma y quienes realicen aportaciones sobre ella tengan la posibilidad de emitir su opinión formada, para lo cual deberán respetarse las garantías previstas en la legislación de transparencia, participación ciudadana y buen gobierno.

7. Paralelamente a la audiencia pública, se negociarán o consultarán con la representación del personal, según los ámbitos materiales que establece la legislación correspondiente, los proyectos normativos sobre condiciones de trabajo y los que determine la legislación de función pública, que no tuvieran origen en los acuerdos alcanzados en una negociación previa. Se incorporarán al expediente las actas de las sesiones en que se haya dado cumplimiento a esta exigencia.

Artículo 18. ***Participación y consulta a otras administraciones.***

1. Dentro del mismo plazo común de un mes a contar desde la publicación de la aprobación previa del texto de la disposición, se dará participación en el procedimiento de elaboración de las disposiciones de carácter general a las administraciones de la Comunidad Autónoma que puedan resultar afectadas directamente por la regulación prevista.

2. La participación se graduará y se realizará en función de la incidencia en las competencias o en la actuación de las demás administraciones. Conllevará, en todo caso, la remisión del texto del proyecto, y podrá consistir en la apertura de un plazo para la formulación de alegaciones o en la emisión de informes.

3. La simple participación en órganos consultivos o de asesoramiento técnico en una determinada materia no sustituye al trámite de consulta, salvo que tal participación tenga como fundamento precisamente la salvaguarda de las competencias e intereses respectivos o se verifique materialmente con ocasión de la intervención de dichos órganos.

Artículo 19. ***Informes y dictámenes preceptivos de carácter esencial.***

1. Una vez completado el expediente de acuerdo con los trámites previstos en los artículos anteriores, deberán requerirse y cumplimentarse a través de medios electrónicos los trámites específicos de informes y dictámenes preceptivos de carácter esencial recogidos en los artículos 20, 21, 22, 23 y 25, en los supuestos y en la forma y plazo que determinan la presente ley y las disposiciones que los regulan.

2. Para su consecución, podrá redactarse un nuevo texto articulado de la disposición, que incorpore los cambios que se estimen pertinentes a la luz de los trámites de la instrucción ya cumplimentados y que deberá distinguirse del texto que integró la orden de aprobación previa, sin que puedan suprimirse del expediente todos los textos jurídicos articulados que se hayan emitido, debiendo constar en él junto con el resto de la documentación.

3. Los informes y dictámenes preceptivos de carácter esencial tendrán un plazo máximo e improrrogable para su emisión desde la fecha de requerimiento, pudiendo ser emitidos e incorporados al expediente fuera de plazo siempre que estén disponibles antes de la elevación del expediente al órgano competente para su aprobación, si bien esta circunstancia podrá justificar que dichos informes y dictámenes puedan no ser tenidos en cuenta al adoptar la correspondiente resolución de impulso del procedimiento o de aprobación final del proyecto de disposición.

Artículo 20. ***Informes preceptivos del Consejo de Relaciones Laborales y del Consejo Económico y Social Vasco*****.**

Los informes preceptivos del Consejo de Relaciones Laborales y del Consejo Económico y Social Vasco tienen carácter esencial cuando procedan conforme a las

disposiciones específicas que los regulan, y se emitirán dentro del mes siguiente a la conclusión del expediente de instrucción, una vez cumplido el plazo simultáneo de un mes para el cumplimiento de los trámites no esenciales.

Artículo 21. ***Informe preceptivo de la Comisión de Gobiernos Locales.***

1. El informe preceptivo de la Comisión de Gobiernos Locales tiene carácter esencial cuando procede en procedimientos de elaboración de disposiciones normativas de carácter general que afecten a las competencias propias de los municipios, de acuerdo con lo previsto en los artículos 90 y 91 de la Ley 2/2016, de 7 de abril, de Instituciones Locales de Euskadi.

2. Dicho informe no constituye un trámite de audiencia o de consulta a otras administraciones, sino que se solicitará por el órgano promotor de la disposición de carácter general en el momento posterior a la conclusión del expediente, acompañado de este y de la documentación sobre aspectos económicos y competenciales necesaria para poder perfeccionar el trámite, y se emitirá dentro del mes siguiente a la conclusión del expediente de instrucción, una vez cumplido el plazo simultáneo de un mes para el cumplimiento de los trámites no esenciales.

3. El informe de la Comisión de Gobiernos Locales recogerá el anexo específico con la dotación de recursos necesarios para asegurar la suficiencia financiera de los municipios, de acuerdo con lo previsto en el artículo 18 de la Ley 2/2016, de 7 de abril, de Instituciones Locales de Euskadi.

4. Se deberá incluir un informe del departamento competente en materia de hacienda del Gobierno Vasco o de la diputación foral correspondiente, si procede, conforme a lo señalado en el artículo 112 de la Ley de Instituciones Locales de Euskadi.

Los plazos relativos a la emisión de este informe y su operativa específica se ajustarán a lo previsto en la citada ley.

Artículo 22. ***Informe preceptivo de legalidad.***

Cuando no proceda la emisión de dictamen por la Comisión Jurídica Asesora de Euskadi, el informe preceptivo de legalidad que corresponde emitir al Servicio Jurídico Central del Gobierno Vasco se requerirá y materializará a través de medios electrónicos, de conformidad con lo previsto en la Ley 7/2016, de 2 de junio, de Ordenación del Servicio Jurídico del Gobierno Vasco, y una vez finalizados los trámites anteriores.

Artículo 23. ***Informe preceptivo de la Oficina de Control Económico.***

El control económico-normativo se requerirá y materializará a través de medios electrónicos, mediante la emisión del correspondiente informe de control preceptivo, que se ejercerá en el momento y en el modo previsto en el texto refundido de la Ley de Control Económico y Contabilidad de la Comunidad Autónoma de Euskadi, aprobado por Decreto Legislativo 2/2017, de 19 de octubre.

Sección cuarta. Finalización y aprobación

Artículo 24. ***Expediente y memoria.***

1. El expediente final se conformará con la orden de inicio, la orden de aprobación previa con el primer texto integrado del proyecto, la memoria de impacto normativo, los estudios y consultas evacuados y los informes y dictámenes preceptivos, a los que se acompañarán, identificados con claridad, cuantos textos articulados de la disposición se hayan redactado durante la tramitación, especificando el momento al que responde cada uno de ellos.

2. Se unirá, asimismo, una memoria sucinta de todo el procedimiento, en la que se reseñarán los antecedentes, los trámites practicados y su resultado y las modificaciones realizadas en el texto del proyecto para adecuarlo a las observaciones y sugerencias de los diferentes informes evacuados, y de manera especial a las contenidas en los de carácter preceptivo. Se justificarán con suficiente detalle las razones que motiven la no aceptación de las observaciones contenidas en tales informes, así como el ajuste al ordenamiento jurídico del texto que finalmente se adopte.

3. Dicha memoria sucinta analizará igualmente la congruencia de la iniciativa con el resto del ordenamiento jurídico, del vigente en Euskadi y de la Unión Europea, y con otras que se estén elaborando en los distintos departamentos del Gobierno Vasco o que vayan a elaborarse de acuerdo con el plan anual normativo, así como con las que se estén tramitando en el Parlamento Vasco, y la necesidad de incluir la derogación expresa de otras normas, así como de refundir en la nueva otras existentes en el mismo ámbito.

4. Los diversos trámites y la participación externa que recoja el expediente podrán estar documentados únicamente en la lengua oficial en que se hayan emitido. En tal sentido, no será precisa la reproducción bilingüe de toda la tramitación interna, ni para su elevación o remisión a cualquier órgano o institución pública radicada en el País Vasco u obligada de otra manera a aceptar sin necesidad de traducción documentos redactados en cualquiera de las lenguas oficiales ni para la publicación activa de los documentos originales a los efectos de transparencia, sin perjuicio de los derechos que en esta materia asistan a las representantes públicas y a los representantes públicos y a las ciudadanas y a los ciudadanos conforme a la legislación correspondiente en relación con el acceso a la información pública.

Artículo 25. ***Dictamen de la Comisión Jurídica Asesora de Euskadi y documentación a remitir al Parlamento Vasco.***

1. Solo tramitado completamente el expediente hasta este punto se recabará el dictamen de la Comisión Jurídica Asesora de Euskadi, de conformidad con lo que regule su propia ley. Si, solicitado el dictamen a la Comisión, esta apreciara cualquier defecto en la tramitación o la ausencia de algún trámite preceptivo, sería facultad suya, de conformidad con lo previsto en su propia ley y normativa de desarrollo, emitir el correspondiente dictamen o devolver el expediente para su correcta cumplimentación de forma previa a la emisión de su dictamen.

2. La misma documentación que se envíe a la Comisión Jurídica Asesora de Euskadi se remitirá, al mismo tiempo, al Parlamento Vasco, de acuerdo con lo exigido por la Ley 7/1981, de 30 de junio, sobre Ley de Gobierno.

Artículo 26. ***Archivo del procedimiento.***

Si, en cualquier fase de la instrucción y a resultas de cualquiera de los trámites practicados, se concluye la conveniencia de optar por la solución no regulatoria, por orden del consejero o consejera titular del departamento competente por razón de la

materia o, en su caso, por orden conjunta de los titulares de los departamentos concernidos, se archivará el expediente de manera motivada.

Artículo 27. ***Aprobación final.***

1. Una vez ultimado el procedimiento establecido, la disposición de carácter general se someterá a la aprobación del órgano competente, acompañada de la definitiva exposición de motivos o del preámbulo, según se trate, donde, sobre la base que proporciona el expediente de elaboración de la norma, se completará la expresión sucinta de aquellos que han dado origen a su elaboración y la finalidad perseguida.

2. En la exposición de motivos o preámbulo arriba referenciados habrán de ser singularmente motivados los preceptos de carácter sancionador, los que limiten derechos subjetivos o intereses legítimos, los que establezcan efectos retroactivos y los que se separen del criterio seguido en actuaciones precedentes o del dictamen de órganos consultivos, así como la adecuación a los principios de necesidad, eficacia, proporcionalidad, seguridad jurídica, transparencia y eficiencia.

3. A fin de garantizar la exactitud y equivalencia de la versión del texto articulado del proyecto en euskera respecto de la versión en castellano, y viceversa, de los textos que hayan de ser finalmente aprobados y que hayan de publicarse en el «Boletín Oficial del País Vasco», el documento remitido para su publicación deberá contar con la certificación de la exactitud y equivalencia de la versión en euskera respecto a la versión en castellano, y viceversa, emitida por el Servicio Oficial de Traductores del Instituto Vasco de Administración Pública.

Artículo 28. ***Disposiciones de entrada en vigor.***

Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 2.1 del Código Civil, las disposiciones de entrada en vigor de las leyes o reglamentos cuya aprobación o propuesta corresponda al Gobierno o a sus miembros y que impongan nuevas cargas u obligaciones a las personas físicas o jurídicas que desempeñen una actividad económica o profesional como consecuencia del ejercicio de esta preverán el comienzo de su vigencia el 2 de enero o el 1 de julio siguientes a su aprobación.

Artículo 29. ***Publicidad y publicación en el «*Boletín Oficial del País Vasco*».***

1. Las disposiciones normativas de carácter general habrán de publicarse en el «*Boletín Oficial del País Vasco*», en los dos idiomas oficiales, para entrar en vigor y producir efectos jurídicos. Dicha publicación tendrá carácter oficial y auténtico en las condiciones y con las garantías que determina el ordenamiento jurídico, derivándose de dicha publicación los efectos previstos en el título preliminar del Código Civil y en las restantes normas aplicables.

2. Sin perjuicio de la publicación cuando proceda en el «*Boletín Oficial del País Vasco*», la presente ley se refiere también a la publicación en la sede electrónica de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de Euskadi, que responderá a la funcionalidad del portal de transparencia, participación y colaboración ciudadana, y que constituirá un punto de acceso seguro a la información y a la tramitación, invitando expresamente a la ciudadanía a pronunciarse acerca de la información. Dicha publicación se realizará en los dos idiomas oficiales.

3. Adicionalmente, y de manera facultativa, se podrán establecer otros medios de publicidad complementarios, de conformidad con lo previsto en esta o en otras leyes,

incluyendo cualquier web de la Administración o de la plataforma de gobierno abierto que ofrece el Gobierno Vasco a la ciudadanía, en la que simultáneamente podrá realizarse la interacción con aquella. En todas estas publicaciones, los contenidos se publicarán en euskera y castellano, garantizando la igualdad lingüística y salvaguardando los derechos lingüísticos.

4. A fin de garantizar el mejor conocimiento y facilitar la correcta aplicación de las normas, el Gobierno Vasco, por medio del «*Boletín Oficial del País Vasco*» y en el plazo de tres meses desde que entre en vigor una disposición que modifique parcialmente otra en vigor, publicará textos actualizados y consolidados de las disposiciones vigentes, que incorporarán las modificaciones parciales de que hayan sido objeto hasta ese momento.

5. En dichos textos consolidados se señalarán las normas de las que traigan causa las modificaciones y derogaciones que se hayan incorporado y, en su versión online, el correspondiente enlace a la norma modificativa. Asimismo, se señalarán la fecha en la que se ha elaborado cada texto consolidado ofrecido en la web y hasta la que está actualizado.

6. Dicha publicación se realizará, necesariamente, en la medida en que los medios técnicos lo permitan, en soporte informático y a través de las redes telemáticas que procuren una mayor difusión en el ámbito espacial de aplicación de las normas.

Artículo 30. ***Aprobación de los anteproyectos de ley*****.**

1. Los anteproyectos de ley se someterán a la toma en consideración del Consejo de Gobierno, que en la misma sesión decidirá sobre su aprobación final y, en su caso, sobre la remisión al Parlamento como proyecto de ley, o bien establecerá los criterios que hayan de tenerse en cuenta en su redacción final y las actuaciones que, en su caso, hayan de seguirse en su tramitación ulterior hasta dicha aprobación.

2. En el supuesto de que el proyecto de ley en tramitación en el Parlamento Vasco haya caducado por disolución de este o expiración de su mandato, sea devuelto al Gobierno o retirado por este, la persona titular del departamento competente por razón de la materia podrá volver a someter a la consideración del Consejo de Gobierno el proyecto de ley sin necesidad de repetir los trámites ya realizados, siempre que su texto sea sustancialmente idéntico al que fue previamente tramitado y aprobado y no hayan cambiado sustancialmente las circunstancias de hecho o de derecho que acompañaron a la aprobación o el tiempo transcurrido sea tal que haga aconsejable su reiteración y la confirmación de sus efectos.

Disposición adicional.

Se integran en el procedimiento previsto en esta ley los trámites que deben realizarse ante o por órganos de la Unión Europea en virtud de lo dispuesto en el derecho de la Unión Europea. El momento, la forma y los efectos que de los trámites se deriven serán los establecidos en las normas que los regulan.

Disposición transitoria.

Los procedimientos iniciados con anterioridad a la entrada en vigor de la presente ley se tramitarán hasta su conclusión de acuerdo con la normativa anterior.

Disposición derogatoria.

Quedan derogadas la Ley 8/2003, de 22 de diciembre, del Procedimiento de Elaboración de las Disposiciones de Carácter General, y cuantas otras disposiciones se opongan a lo dispuesto en esta ley.

Disposición final primera. ***Modificación de la Ley 10/1982, de 24 de noviembre, básica de normalización del uso del Euskera*.**

De acuerdo con la contrastada necesidad de analizar la incidencia de los proyectos examinados en la normalización del uso del euskera y su adecuación a la normativa vigente en materia lingüística, se da nueva redacción al apartado 1 del artículo 8 de la Ley 10/1982, de 24 de noviembre, básica de normalización del uso del Euskera, que queda redactado de la siguiente manera:

> «1. Toda disposición normativa o resolución oficial que emane de los poderes públicos sitos en la Comunidad Autónoma del País Vasco deberá estar redactada en forma bilingüe a efectos de publicidad oficial. La incorporación de la perspectiva de normalización del uso del euskera en el procedimiento de elaboración de disposiciones de carácter general que se elaboren en el Gobierno Vasco se realizará mediante la emisión de un informe preceptivo de asesoramiento, en el que se propondrán medidas dirigidas a la normalización del uso del euskera en el ámbito objetivo de la disposición que se tramite. Asimismo, se emitirá un pronunciamiento respecto a la adecuación a la normativa vigente en materia lingüística, sin perjuicio de las funciones que puedan corresponder a otros órganos informantes.»

Disposición final segunda. ***Ley de bases y delegación legislativa al Gobierno para actualizar y armonizar la versión en euskera de determinadas leyes***.

1. Se delega al Gobierno para que, en un plazo no superior a un año desde la entrada en vigor de esta ley, y de conformidad con lo previsto en el artículo 52.3 de la Ley 7/1981, de 30 de junio, sobre Ley de Gobierno, apruebe normas con rango de ley que procedan a actualizar, clarificar, regularizar y armonizar la versión en euskera de las siguientes leyes:

– Ley 1/1980, de 23 de mayo, de Sede de las Instituciones de la Comunidad Autónoma del País Vasco.

– Ley 16/1983, de 27 de julio, sobre Régimen Jurídico del Instituto Vasco de Administración Pública.

– Ley 8/1983, de 14 de abril, sobre el Himno Oficial de Euskadi.

– Ley 1/1993, de 19 de febrero, de la Escuela Pública Vasca.

– Ley 2/1993, de 19 de febrero, de Cuerpos Docentes de la Enseñanza no Universitaria de la Comunidad Autónoma del País Vasco.

– Ley 4/1997, de 30 de mayo, de reconocimiento de la Universidad «Mondragon Unibertsitatea».

2. La labor de regularización y armonización se limitará, en este caso, a actualizar y homogeneizar la terminología y el lenguaje técnico empleados en la versión en euskara de dichas leyes, respetando íntegramente el contenido y la literalidad estricta de la versión en castellano, y de forma que el texto bilingüe se atenga estrictamente al

sentido original de la disposición, sin alterarlo ni modificarlo, en absoluto respeto de la más estricta equivalencia lingüística de ambas versiones.

3. La labor de regularización y armonización se llevará a cabo, de conformidad con los principios y criterios comúnmente empleados en materia de euskara técnico-jurídico y para garantizar la más estricta equivalencia, entre ambas versiones lingüísticas de los textos jurídicos, mediante el asesoramiento especializado correspondiente y recabando a tal efecto la opinión del Servicio Oficial de Traductores sobre el texto refundido.

4. El Parlamento y el Gobierno Vasco podrán establecer mediante convenio un espacio digital compartido para la publicación de leyes y textos consolidados, en el que se darán a conocer todas las versiones de las modificaciones de la ley en las dos lenguas oficiales, y se indicará si está derogada o no. Asimismo, se podrá indicar cualquier otra información jurídica que se considere oportuna.

Disposición final tercera. *Entrada en vigor.*

Esta ley entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el «*Boletín Oficial del País Vasco*».

Revista Española de la Función Consultiva
ISSN: 1698-6849, núm. 34, julio-diciembre (2020) págs. 205-226

COMISIÓN JURÍDICA DE EXTREMADURA

DECRETO 1/2022, DE 12 DE ENERO, POR EL QUE SE APRUEBA EL REGLAMENTO DE ORGANIZACIÓN Y FUNCIONAMIENTO DE LA ABOGACÍA GENERAL DE LA JUNTA DE EXTREMADURA, DE SU CUERPO DE LETRADOS Y DE LA COMISIÓN JURÍDICA DE EXTREMADURA

–EXTRACTO–

(Publicado en el *Diario Oficial de Extremadura*, núm. 11, de 18 de enero de 2022)

[…]

En cuanto a la Comisión Jurídica de Extremadura, la ley actualiza en su disposición adicional primera su ámbito de actuación a los recientes cambios legislativos estatales y modifica su configuración para integrarla orgánicamente en el sistema jurídico-administrativo autonómico a efectos de aumentar su eficacia y eficiencia, sin menoscabo de la independencia de su criterio jurídico. Tal disposición adicional realiza en su apartado 7, relativo a la composición de dicho órgano colegiado, varias llamadas a un necesario desarrollo reglamentario.

Por último, la disposición final primera de la reiterada Ley de defensa, asistencia jurídica y comparecencia en juicio autoriza al Consejo de Gobierno para llevar a cabo su desarrollo reglamentario y, en particular, determina que en el plazo de seis meses desde la entrada en vigor se deberá proceder a la aprobación del nuevo Reglamento de organización y funcionamiento de la Abogacía General de la Junta de Extremadura, resultando aplicable de manera supletoria la normativa relativa a los Servicios Jurídicos del Estado. Finalmente, en la disposición derogatoria se determina que, entretanto y en cuanto no se oponga a la misma, permanecerá en vigor el Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Abogacía General de la Junta de Extremadura y de la Comisión Jurídica de Extremadura, aprobado por el Decreto 99/2009, de 8 de mayo.

Habida cuenta el breve plazo que la ley impone para su aprobación, y sin menoscabo del debido y riguroso respeto al principio de participación social que el ordenamiento jurídico contempla para toda actuación normativa, se ha tramitado el procedimiento de elaboración normativa con la requerida urgencia a efectos de cumplir con ese mandato legal.

Así, se elaboraron con prontitud el proyecto de Decreto y los documentos preceptivos; se recabaron los informes precisos y se cumplimentaron escrupulosamente los trámites de participación ciudadana, audiencia e información pública, dándose incluso traslado del texto a los Colegios de Abogados de Badajoz y Cáceres, a las organizaciones sindicales U.G.T. Extremadura, CC.OO. Extremadura y C.S.I.F. Extremadura y a la Asociación Profesional de Letrados de la Comunidad Autónoma de Extremadura, así como a todos los trabajadores adscritos a la Abogacía General de la

Junta de Extremadura; y se sometió asimismo a negociación en el seno de la Mesa Sectorial de Administración General, incorporándose al texto buena parte de las aportaciones recibidas. Finalmente, se recabó el dictamen de la Comisión Jurídica de Extremadura.

Debido al elevado número de trámites que ha sido preciso efectuar, que son garantía de acierto de la norma, no ha sido posible, por muy poco, aprobar el decreto dentro del plazo de seis meses que establecía la Ley de defensa, asistencia jurídica y comparecencia en juicio, sin que este mínimo exceso temporal tenga mayor trascendencia ni consecuencia jurídica alguna sobre la normativa que finalmente se aprueba.

Es, pues, objeto del presente decreto, la aprobación del necesario desarrollo reglamentario de los diversos extremos de la Ley de defensa, asistencia jurídica y comparecencia en juicio de la administración de la Comunidad Autónoma de Extremadura que lo precisan, a través de la aprobación de un nuevo Reglamento de organización y funcionamiento de la Abogacía General de la Junta de Extremadura, de su Cuerpo de Letrados y de la Comisión Jurídica de Extremadura.

Conforme a las reglas usuales de técnica normativa, el decreto cuenta con un artículo único, que aprueba el Reglamento en cuestión que se adjunta al final de la norma, dos disposiciones adicionales, dos disposiciones transitorias, una disposición derogatoria y dos disposiciones finales.

Las disposiciones adicionales primera y segunda se dedican a recoger cuestiones retributivas relativas a las Jefaturas de Área de la Abogacía General y a los miembros de la Comisión Jurídica de Extremadura, en el mismo sentido que ya figuraban en la disposición adicional segunda del Decreto 99/2009, de 8 de mayo, y en el artículo 51 del Reglamento anterior, incorporando como única novedad el régimen de indemnizaciones, mencionadas en la disposición adicional primera de la Ley 2/2021, a la nueva secretaría-letrada de la Comisión por asistencias, estableciéndolas por referencia a las previstas para las ponencias de la Junta Económico-administrativa de la Comunidad Autónoma de Extremadura.

Se incorporan también sendas disposiciones transitorias, en línea con las dos disposiciones transitorias de la reiterada ley, dedicadas, la primera, a la permanencia temporal, mientras persista la causa de su nombramiento, en el desempeño de sus funciones, en las mismas condiciones que los funcionarios del Cuerpo de Letrados, del personal funcionario interino, adscrito o en cualquier otro régimen de provisión que ya estuviere nombrado a la entrada en vigor de la ley, y, la segunda, a la excepcionalidad en el régimen de la primera convocatoria de pruebas de acceso al Cuerpo Superior de Letrados, que habrá de llevarse a cabo bajo el sistema de concurso-oposición en lugar de mediante el sistema de oposición libre previsto en la ley y ahora también en el reglamento.

Aunque del apartado 3 de la disposición derogatoria de la ley ya se deduce una derogación tácita del Decreto 99/2009, de 8 de mayo, al establecerse que solo habría de permanecer en vigor, únicamente en aquello que no se opusiera a la nueva ley, hasta que se produjera el desarrollo reglamentario de la misma, en la disposición derogatoria del presente decreto se realiza, en aras de una mayor seguridad jurídica, una derogación expresa de aquel, sin perjuicio de lo dispuesto en las disposiciones adicionales primera y segunda del propio decreto, más arriba mencionadas.

Por último, en la disposición final primera se habilita a la persona titular de la Consejería a la que esté adscrita la Abogacía General para adoptar las medidas y dictar las disposiciones necesarias para el desarrollo y ejecución de lo dispuesto en el decreto, y en la segunda se determina la entrada en vigor de la disposición el día siguiente al de su publicación en el DOE.

En cuanto al Reglamento, se estructura en tres Títulos, dedicados, respectivamente, a la Abogacía General de la Junta de Extremadura, al Cuerpo Superior de Letrados de la Junta de Extremadura y a la Comisión Jurídica de Extremadura.

[…]

Por último, el Título III (artículos 57 a 88), se dedica a la Comisión Jurídica de Extremadura, recogiendo en esencia lo que ya figuraba en el Reglamento anterior, aunque adaptándolo a lo dispuesto para la misma en la disposición adicional primera de la Ley 2/2021, desarrollando el procedimiento para la solicitud y emisión de sus dictámenes, con la incorporación, como novedad y con carácter preferente, del empleo de los medios electrónicos y telemáticos, y realizando las adaptaciones necesarias a la normativa básica estatal en relación a los recursos especiales en materia de contratación de su competencia.

Finalmente, conviene aclarar que en los casos en que en el texto del Reglamento se utilizan sustantivos de género gramatical masculino para referirse a personas ocupantes de diversos puestos de trabajo o cargos, debe entenderse que se emplea para designar a las personas de ambos sexos y que se refiere de forma genérica a las dos opciones, englobando los supuestos en los que sus ocupantes sean hombres o mujeres, con estricta igualdad en cuanto a sus efectos jurídicos y sin que dicho uso comporte intención discriminatoria alguna. Y es que, si bien se ha tratado de emplear en lo largo de todo el texto un lenguaje no sexista y de adaptarlo a las restantes exigencias de la Ley 8/2011, de 23 de marzo, de Igualdad entre mujeres y hombres y contra la violencia de género en Extremadura, ha sido preciso mantener las referencias a los “Letrados” y al cargo de “Letrado General” así, en masculino, porque existen alrededor de 200 citas a esos términos y el empleo de la mención “Letrado/a”, de la alternativa “Letrados y Letradas” o de otros giros lingüísticos que permitieran hacer referencia a ambos sexos, que se ha intentado durante el proceso de elaboración, venía a hacer el Reglamento prácticamente ininteligible. Esas formas por las que se opta son, además, las que presentan ambos términos en la nueva Ley 2/2021, de 21 de mayo, e incluso la que recoge la propia denominación del nuevo “Cuerpo Superior de Letrados”.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 129 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, el presente decreto se ajusta a los principios de buena regulación. Así, de acuerdo con los principios de necesidad y eficacia, la norma obedece a la necesidad y finalidades expresadas más arriba y el decreto es el instrumento más adecuado para garantizar su consecución. La norma es acorde con el principio de proporcionalidad al contener la regulación imprescindible para lograr los objetivos perseguidos y no supone restricciones de derechos de las personas afectadas por la misma.

Igualmente, en virtud del principio de seguridad jurídica, la iniciativa resulta coherente con el marco normativo en el que se integra de forma tal que facilita su conocimiento y comprensión, procediéndose a la derogación expresa del vigente

Decreto 99/2009, sin perjuicio de lo establecido en las disposiciones adicionales primera y segunda del presente decreto.

En cuanto al principio de transparencia, se han llevado a cabo los trámites de consulta pública previa previsto en el artículo 133 de la Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, de presentación de sugerencias a que se refieren los artículos 7 y 40 de la Ley 4/2013, de 21 de mayo, de Gobierno Abierto de Extremadura, así como los de audiencia e información pública previstos en el artículo 66.3 de la Ley 1/2002, incluyendo un trámite específico de audiencia a las organizaciones sindicales más representativas (CC.OO, UGT y CSIF), a los Ilustre Colegios Profesionales de Abogados de Cáceres y de Badajoz y a la Asociación Profesional de Letrados de la Comunidad Autónoma de Extremadura. Igualmente, se ha dado traslado del texto del proyecto de decreto a todos los trabajadores adscritos a la Abogacía General de la Junta de Extremadura, y ha sido sometido a negociación en el seno de la Mesa Sectorial de Administración General.

Por último, en relación con el principio de eficiencia, este decreto no impone cargas administrativas nuevas.

Por todo ello, en el ejercicio de las competencias que a la Comunidad Autónoma reconocen los artículos 9.1.1 (competencia exclusiva en materia de organización, régimen jurídico y funcionamiento de sus instituciones, así como la organización de su propia Administración) y 10.1.1 (competencias de desarrollo normativo y ejecución en materia de régimen jurídico de sus Administraciones Públicas, de la contratación del sector público y del régimen estatutario de los empleados públicos) del Estatuto de Autonomía de Extremadura, y en uso de la facultad atribuida por la disposición final primera de la Ley 2/2021, de 21 de mayo, de defensa, asistencia jurídica y comparecencia en juicio de la administración de la Comunidad Autónoma de Extremadura, a propuesta de la titular de la Vicepresidencia Primera y Consejería de Hacienda y Administración Pública, de acuerdo con la Comisión Jurídica de Extremadura, y previa deliberación del Consejo de Gobierno, en su sesión de fecha 12 de enero de 2022,

DISPONGO:

Artículo único. ***Aprobación del Reglamento de organización y funcionamiento de la Abogacía General de la Junta de Extremadura, de su Cuerpo de Letrados y de la Comisión Jurídica de Extremadura*.**

Se aprueba el Reglamento de organización y funcionamiento de la Abogacía General de la Junta de Extremadura, de su Cuerpo de Letrados y de la Comisión Jurídica de Extremadura, cuyo texto se inserta al final de este decreto.

Disposición adicional primera. ***Componente singular del complemento específico de***

las Jefaturas de Área.

Se mantiene el componente singular, por una cuantía fija anual, adicionado al complemento específico de los puestos de trabajo de libre designación, destinado a retribuir la especial complejidad técnica de las funciones que se les asignan a las Jefaturas de Área de la Abogacía General, previsto en la disposición adicional segunda del Decreto 99/2009, de 8 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de

Organización y Funcionamiento de la Abogacía General de la Junta de Extremadura y de la Comisión Jurídica de Extremadura, y recogido en las correspondientes relaciones de puestos de trabajo. Este componente singular podrá ser objeto de actualización a través de la modificación de las relaciones de puestos de trabajo.

Disposición adicional segunda. ***Retribuciones de los miembros de la Comisión Jurídica.***

1. Se mantienen las retribuciones previstas para la Presidencia y las Vocalías de la Comisión Jurídica de Extremadura en el artículo 51 del Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Abogacía General de la Junta de Extremadura y de la Comisión Jurídica de Extremadura, aprobado por el Decreto 99/2009, de 8 de mayo. Así, la Presidencia de la Comisión Jurídica de Extremadura percibirá las retribuciones equivalentes a las de altos cargos y asimilados que se consignen en la correspondiente Ley de Presupuestos, y las Vocalías de la misma percibirán las retribuciones equivalentes a las de las Jefaturas de Área de la Abogacía General de la Junta de Extremadura, incluido el componente singular del complemento específico por una cuantía fija anual que, con independencia de las características del puesto, retribuya la especial complejidad técnica de las funciones que se le asignan.

2. La persona que desempeñe la secretaría-letrada de la Comisión Jurídica de Extremadura tendrá derecho, de conformidad con lo establecido en el apartado 7.d de la disposición adicional primera de la Ley 2/2021, de 21 de mayo, de defensa, asistencia jurídica y comparecencia en juicio de la administración de la Comunidad Autónoma de Extremadura, a las indemnizaciones por asistencias a las sesiones plenarias, en la misma cuantía que se halle prevista por ponencias para los miembros Junta Económico-Administrativa.

Disposición transitoria primera. ***Personal funcionario interino y adscrito.***

De conformidad con la disposición transitoria primera de la Ley 2/2021, de 21 de mayo, de defensa, asistencia jurídica y comparecencia en juicio de la administración de la Comunidad Autónoma de Extremadura, el personal funcionario con nombramiento temporal que a la entrada en vigor de dicha ley se encontraba desempeñando funciones de la especialidad de Letrados, sin pertenecer a la misma, en la Abogacía General en régimen de interinidad, de adscripción temporal o en cualquier otro régimen de provisión temporal, se mantendrá en sus funciones, en igualdad de condiciones respecto a los funcionarios del Cuerpo Superior de Letrados, mientras no finalice la causa que motivó su nombramiento, siéndoles entretanto de aplicación lo dispuesto en la dicha ley y en el reglamento que ahora se aprueba.

Disposición transitoria segunda. ***Aplicación excepcional del sistema de concursooposición.***

De conformidad con la disposición transitoria segunda de la Ley 2/2021, de 21 de mayo, de defensa, asistencia jurídica y comparecencia en juicio de la administración de la Comunidad Autónoma de Extremadura, la primera convocatoria de pruebas de acceso al Cuerpo Superior de Letrados que se convoque tras la entrada en vigor de la citada ley se realizará por el sistema de concurso-oposición, no resultando de aplicación a la misma el sistema previsto en el artículo 12 de la citada ley y en el artículo 53 del Reglamento que ahora se aprueba.

Disposición derogatoria única. ***Derogación normativa.***

Se deroga el Decreto 99/2009, de 8 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Abogacía General de la Junta de Extremadura y de la Comisión Jurídica de Extremadura, sin perjuicio de lo establecido en las disposiciones adicionales primera y segunda del presente decreto.

Disposición final primera. ***Habilitación normativa.***

Se habilita a la persona titular de la Consejería a la que esté adscrita orgánicamente la Abogacía General de la Junta de Extremadura para adoptar las medidas y dictar las disposiciones necesarias para el desarrollo y ejecución de lo dispuesto en el presente decreto.

Disposición final segunda. ***Entrada en vigor.***

El presente decreto entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el *Diario Oficial de Extremadura*.

REGLAMENTO DE ORGANIZACIÓN Y FUNCIONAMIENTO DE LA ABOGACÍA GENERAL DE LA JUNTA DE EXTREMADURA, DE SU CUERPO DE LETRADOS Y DE LA COMISIÓN JURÍDICA DE EXTREMADURA

[…]

TÍTULO III

De la Comisión Jurídica de Extremadura

CAPÍTULO I

Disposiciones generales

Artículo 57. ***Naturaleza.***

1. La Comisión Jurídica de Extremadura es un órgano colegiado consultivo de la Comunidad Autónoma de Extremadura y, en materia de recursos contractuales de Extremadura, se constituye como el órgano competente previsto en la legislación básica de contratación pública para su conocimiento y resolución.

2. La Comisión Jurídica de Extremadura ejercerá sus funciones:

2.1. En materia consultiva, respecto de la actividad de la Administración de la Junta de Extremadura, sus organismos autónomos y entidades de derecho público dependientes de la misma, así como de la actividad de las entidades locales y las universidades públicas de la Comunidad Autónoma de Extremadura.

2.2. En materia de recursos contractuales, el ámbito de competencia abarcará a las siguientes Administraciones públicas y entidades:

a) La Administración la Comunidad Autónoma de Extremadura y sus entes, organismos y entidades vinculadas o dependientes que tengan la consideración de poder adjudicador.

b) Las entidades locales del ámbito territorial de la Comunidad Autónoma de Extrema dura y sus entes, organismos y entidades vinculados o dependientes que tengan la consideración de poder adjudicador.

c) Las universidades públicas del ámbito territorial de la Comunidad Autónoma de Extremadura y sus entes, organismos o entidades vinculados o dependientes que tengan la consideración de poder adjudicador.

3. La Comisión Jurídica de Extremadura se incardina orgánicamente en la Abogacía General por ministerio de la Ley 2/2021, de 21 de mayo, de defensa, asistencia jurídica y comparecencia en juicio de la Administración de la Comunidad Autónoma de Extremadura, y ejercerá sus funciones con plena autonomía funcional, independencia de criterio jurídico, transparencia e integridad en el ejercicio de sus competencias.

Artículo 58. *Competencias*.

1. La Comisión Jurídica de Extremadura deberá ser consultada en los siguientes asuntos:

a) Proyectos de reglamentos o disposiciones de carácter general, que no sean de organización y funcionamiento, y se dicten en ejecución de las leyes y sus modificaciones.

b) Transacciones judiciales o extrajudiciales sobre los derechos de contenido económico de la Junta de Extremadura, así como el sometimiento a arbitraje de las cuestiones que se susciten sobre los mismos, salvo en aquellos supuestos recogidos en el artículo 6 de la Ley 2/2021, de 21 de mayo, y desarrollados en el artículo 37 del presente reglamento, en los que se excepciona el procedimiento previsto en el artículo 17 de la Ley 5/2007, de 19 de abril, General de la Hacienda Pública de Extremadura.

c) Expedientes tramitados por la Junta de Extremadura, las entidades locales de Extremadura y las universidades públicas sobre:

c.1. Reclamaciones de responsabilidad patrimonial, cuando la cantidad reclamada sea igual o superior 50.000 mil euros.

c.2. Revisión de oficio de actos administrativos en los supuestos establecidos en las leyes.

d) Recursos extraordinarios de revisión.

e) En materia de contratación pública:

e.1. La interpretación, nulidad y resolución de los contratos, cuando se formule oposición por parte del contratista.

e.2. Las modificaciones de los contratos cuando no estuvieran previstas en el pliego de cláusulas administrativas particulares y su cuantía, aislada o conjuntamente, sea superior a un 20 por ciento del precio inicial del contrato, IVA excluido, y su precio sea igual o superior a 6.000.000 de euros.

e.3. Las reclamaciones dirigidas a la Administración con fundamento en la responsabilidad contractual en que esta pudiera haber incurrido, en los casos en que las indemnizaciones reclamadas sean de cuantía igual o superior a 50.000 euros.

f) Creación o supresión de municipios, así como la alteración de términos municipales.

g) En todos aquellos asuntos que por ley resulte preceptiva la emisión de dictamen por la Administración consultiva, a excepción de los supuestos previstos por el Estatuto de Autonomía de Extremadura en los que se estará a lo dispuesto por el artículo 24 de la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado.

2. En materia de recursos contractuales de Extremadura, le corresponde:

a) Conocer y resolver los recursos especiales en materia de contratación a que se refiere la legislación básica en materia de contratación pública vigente.

b) Conocer y resolver las reclamaciones que se interpongan en los supuestos previstos en la legislación básica en materia de contratación pública vigente sobre los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales.

c) Adoptar las decisiones pertinentes sobre las medidas cautelares o provisionales que se puedan solicitar por las personas legitimadas en los procedimientos anteriormente establecidos.

d) Conocer de cualesquiera otros recursos o reclamaciones que se atribuyan a los órganos competentes para conocer del recurso especial.

3. La Comisión Jurídica de Extremadura ejercerá, además, todas aquellas competencias atribuidas por una norma con rango de Ley.

CAPÍTULO II

Composición y funciones

Artículo 59. *Composición*.

1. La Comisión Jurídica de Extremadura estará compuesta por una Presidencia, que tendrá voto de calidad, y cuatro Vocalías, además de la Secretaría, que corresponderá a un Letrado de la Abogacía General, que tendrá voz, pero no voto.

2. Las personas que desempeñen la Presidencia y las Vocalías serán nombradas mediante Decreto del Consejo de Gobierno, a propuesta de quien ostente la titularidad de la Consejería a la que esté adscrita la Abogacía General, debiendo reunir los siguientes requisitos:

1º Ser personal funcionario de carrera del Cuerpo Superior de Letrados o del Cuerpo de Titulados Superiores Especialidad Jurídica de la Junta de Extremadura, de la Asamblea de Extremadura o de cualquier cuerpo o especialidad similar de cualquier Administración pública siempre que acrediten reunir las cualificaciones jurídicas y profesionales que garanticen un adecuado conocimiento en las materias sobre las que deberán conocer y, especialmente, en materia de contratación del sector público.

2º Llevar en servicio activo en dicha categoría o especialidad más de diez años.

3º No haber desempeñado en los dos años anteriores cargo público representativo o de naturaleza eventual.

En la designación de la Presidencia y las Vocalías se garantizará la representación equilibrada de hombres y mujeres, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 29.2 de la

Ley 8/2011, de 23 de marzo, de Igualdad entre mujeres y hombres y contra la violencia de género en Extremadura.

3. Las personas nombradas para la Presidencia y las Vocalías de la Comisión Jurídica de Extremadura desempeñarán su función por un período de cinco años, pudiendo ser reelegidas por una sola vez por el mismo periodo. No obstante, expirado el periodo del mandato correspondiente, en el caso de no ser reelegidas, continuarán en el ejercicio de sus funciones hasta la toma de posesión de las nuevas personas miembros.

4. Serán causas de cese de las personas nombradas para la Presidencia y las Vocalías de la Comisión Jurídica de Extremadura:

a) El fallecimiento.

b) La baja por jubilación.

c) La expiración de su mandato, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado anterior.

d) La renuncia de la persona interesada, formulada por escrito y ratificada ante el órgano que haya propuesto su nombramiento, que la elevará ante el órgano que lo hubiera nombrado.

e) La incapacidad sobrevenida para el ejercicio de su función.

f) La condena por sentencia firme a pena privativa de libertad o de inhabilitación absoluta o especial para empleo o cargo público por razón de delito.

g) La inhabilitación para el ejercicio de derechos políticos.

h) La incompatibilidad sobrevenida.

i) El incumplimiento grave de sus funciones, previo expediente instruido al efecto en el que se confiera audiencia expresa al interesado.

5. La persona que desempeñe el puesto de Secretaría de la Comisión Jurídica de Extremadura será nombrada y cesada libremente por la titular de la Consejería a la que esté adscrita la Abogacía General, de entre el personal funcionario de carrera del Cuerpo Superior de Letrados de la Junta de Extremadura. Igualmente se designará una persona suplente. Ejercerán sus funciones de forma compatible con las tareas ordinarias de su puesto de trabajo.

Artículo 60. ***Derechos y deberes de los miembros de la Comisión Jurídica de Extremadura.***

1. Si las personas nombradas para la Presidencia y las Vocalías de la Comisión Jurídica de Extremadura son funcionarias serán declaradas en situación de servicios especiales.

2. La Presidencia y las Vocalías de la Comisión Jurídica de Extremadura realizarán las declaraciones de actividades, bienes, derechos, intereses y rentas previstas en la Ley 1/2014, de 18 de febrero, por la que se aprueba el estatuto de los cargos públicos del Gobierno y la Administración de la Comunidad Autónoma de Extremadura.

3. La Presidencia y las Vocalías de la Comisión Jurídica de Extremadura prestarán sus servicios en régimen de dedicación exclusiva y estarán sujetas al régimen de incompatibilidades previsto para los altos cargos. El desempeño de estos puestos no será

compatible con cargo alguno de representación popular ni con el desempeño de todo cargo político o administrativo, el desempeño de funciones directivas en los partidos políticos, sindicatos o asociaciones con ánimo de lucro, ni con toda clase de empleo al servicio de los mismos.

El Letrado encargado de la Secretaría-letrada de la Comisión Jurídica de Extremadura ejercerá sus funciones de forma compatible con las tareas ordinarias de su puesto de trabajo.

4. Los miembros de la Comisión Jurídica de Extremadura guardarán confidencialidad de las deliberaciones en el seno de la misma, y reserva frente a tercero de los acuerdos adoptados.

5. Los miembros de la Comisión Jurídica de Extremadura deberán mantener un máximo nivel de competencias y habilidades, mediante la formación y cualificación.

Artículo 61. ***De la Presidencia de la Comisión Jurídica de Extremadura.***

1. Son funciones de la presidencia de la Comisión Jurídica de Extremadura las previstas con carácter general para los órganos colegiados de las Administraciones Públicas y, en particular:

a) La representación ordinaria de la Comisión Jurídica.

b) Programar sus actividades.

c) Convocar las sesiones del Pleno y presidirlas, fijar el orden del día y proponer la inclusión de asuntos que no figuren en él cuando existan razones de urgencia que lo justifiquen.

d) Designar la ponencia de cada asunto, atendiendo a criterios de organización funcional y especialización y procurando una equilibrada asignación de la carga de trabajo entre sus miembros.

e) Visar las actas y certificaciones de los acuerdos del órgano.

f) Convocar reuniones preparatorias al Pleno.

g) Someter a la aprobación del Pleno la aprobación del proyecto de memoria anual de las actividades y de los extractos de la doctrina emanada del Comisión Jurídica de Extremadura, antes de la finalización del primer trimestre del año posterior al ejercicio sobre el que verse la misma.

h) Cualesquiera otras que le atribuyan la normativa vigente, así como aquellas que resulten necesarias para el correcto funcionamiento del órgano.

2. Durante las sesiones, la Presidencia, o quien le supla, ejerce las siguientes funciones:

a) Abrir y levantar las sesiones.

b) Dirigir y ordenar las deliberaciones.

c) Dirimir con su voto los empates, a efectos de adoptar acuerdos.

d) Posponer para sesiones futuras la resolución de aquellos asuntos que, por su complejidad o disparidad de criterios, así lo requiera.

3. En caso de vacante, ausencia, enfermedad o imposibilidad temporal de la persona titular de la Presidencia de la Comisión Jurídica de Extremadura, así como en los casos de abstención y recusación, le sustituirá la vocalía de mayor edad hasta que se proceda a la nueva elección o cese la causa de sustitución. En todo caso, se hará constar el carácter de accidental de la presidencia en las actuaciones que se realicen bajo tales circunstancias.

Artículo 62. ***De las Vocalías de la Comisión Jurídica de Extremadura.***

Corresponde a las vocalías de la Comisión Jurídica de Extremadura:

a) Recibir, con una antelación mínima de veinticuatro horas para las sesiones ordinarias y de cuarenta y ocho horas para las extraordinarias, la convocatoria conteniendo el orden del día de las reuniones. La información sobre los temas que figuren en el orden del día estará a su disposición en igual plazo.

b) Redactar y presentar al Pleno de la Comisión Jurídica las propuestas de resolución de los asuntos para los que hayan sido designadas ponentes.

c) Asistir a las reuniones o sesiones a las que sean debidamente convocadas y participar en los debates.

d) Ejercer su derecho al voto y formular su voto particular, concurrente o discrepante con el parecer de la mayoría, así como expresar el sentido de su voto y los motivos que lo justifican.

e) Formular ruegos y preguntas.

f) Obtener la información precisa para cumplir las funciones asignadas.

g) Cuantas otras funciones sean inherentes a su condición.

h) Instruir los expedientes asignados.

Artículo 63. De la Secretaría-letrada de la Comisión Jurídica de Extremadura.

A la persona encargada de la secretaría-letrada de la Comisión Jurídica de Extremadura le corresponde:

a) Preparar y cursar el orden del día de las sesiones, así como la documentación necesaria relativa a los asuntos que hayan de tratarse en las mismas.

b) Efectuar la convocatoria de las reuniones o sesiones de la Comisión Jurídica de Extremadura por orden del presidente, así como las citaciones pertinentes.

c) Redactar y autorizar las actas de las sesiones.

d) Expedir, por orden de la presidencia y con su visto bueno, certificaciones de actas, resoluciones y acuerdos.

e) Recibir y llevar el registro de entrada y salida de las consultas, expediente y demás documentos que se dirijan a la Comisión Jurídica de Extremadura.

f) Cualesquiera otras funciones inherentes a la condición de secretaría de un órgano colegiado y las que le encomiende la presidencia de la Comisión Jurídica de Extremadura.

CAPÍTULO III

Funcionamiento

Artículo 64. ***Del funcionamiento*.**

1. La Comisión Jurídica de Extremadura adoptará sus acuerdos y aprobará sus dictámenes siempre en Pleno, asistido por la Secretaría-letrada, que contará con voz, pero no voto.

2. Por decisión de la presidencia, podrán celebrarse reuniones preparatorias al Pleno.

3. Para la adopción de acuerdos y aprobación de dictámenes, el Pleno debe estar válidamente constituido.

Para la válida constitución del Pleno se requerirá, previa convocatoria de la Presidencia o de quien legalmente le sustituya, la presencia del titular de ésta y de la Secretaría, o quienes legalmente les sustituyan, y de una vocalía. La convocatoria adjuntará el orden del día en el que se relacionen los puntos a tratar. Deberá acompañarse el borrador del acta de la sesión anterior. La comunicación a las personas miembros de la Comisión se efectuará, al menos, con veinticuatro horas de antelación para las sesiones ordinarias y con cuarenta y ocho horas de antelación para las extraordinarias. Desde la convocatoria estará a disposición de los miembros del Pleno toda la documentación.

Excepcionalmente podrá quedar válidamente constituida el Pleno, si se encuentran presentes todos sus miembros y así lo acuerdan. En este caso, el orden del día será adoptado por mayoría.

4. Las sesiones preparatorias y plenarias se desarrollarán en aquella sede administrativa donde tenga habilitado despacho la Presidencia de la Comisión Jurídica de Extremadura, sin perjuicio de que, por resolución motivada de esta, se celebren circunstancialmente en diferente sede.

5. Sin perjuicio de lo establecido en el apartado anterior, la Comisión Jurídica de Extremadura, cuando así lo acuerde motivadamente su Presidencia, podrá celebrar sesiones no presenciales, adoptar acuerdos y aprobar actas a distancia por medios telemáticos.

A tal efecto la Administración de la Junta de Extremadura asegurará la comunicación por sistemas telemáticos entre los miembros de dicho órgano en tiempo real durante las sesiones, disponiéndose los medios de seguridad necesarios para garantizar el carácter secreto o reservado de sus deliberaciones.

A los efectos del presente reglamento se consideran medios telemáticos aptos para la celebración a distancia de las sesiones del Pleno de la Comisión Jurídica de Extremadura, las plataformas digitales de trabajo en grupo incluidas dentro del entorno de aplicaciones en uso por la Junta de Extremadura.

6. Los dictámenes y resoluciones serán aprobados a propuesta de la vocalía ponente y por mayoría de votos de las personas miembros de la Comisión. La presidencia de la Comisión tiene voto de calidad en caso de empate.

El voto es personal e indelegable y sólo podrán votar las personas miembros presentes. Quienes discrepen del voto mayoritario deberán formular, conjunta o

individualmente, voto particular por escrito en el plazo de dos días hábiles, que se incorporará al texto aprobado.

7. Sólo se podrán debatir los asuntos incluidos en el orden del día que forme la Secretaría por indicación de la Presidencia.

Las vocalías podrán instar a la Presidencia la inclusión de puntos a tratar en las sesiones ordinarias o solicitar la convocatoria de sesión extraordinaria cuando las cuestiones a debatir deban resolverse en sesiones de tal carácter. La Presidencia deberá incluir tales puntos en la sesión siguiente o en la posterior a ésta, o convocar sesión extraordinaria para debatir y resolver tales cuestiones.

8. La Comisión Jurídica de Extremadura, en aras al principio de transparencia, publicará sus resoluciones y dictámenes, sin perjuicio de la preceptiva notificación de las mismas a las personas interesadas, así como al órgano directivo de la Abogacía General.

A tal fin, la Comisión Jurídica de Extremadura elaborará una memoria anual de las actividades y de los extractos de la doctrina emanada de la misma, que se incorporará como libro separado a la memoria de la Abogacía General.

En la difusión de su doctrina, resoluciones, dictámenes y acuerdos se respetará la normativa vigente sobre protección de datos.

9. La Comisión Jurídica de Extremadura, en coordinación con la Abogacía General de la Junta de Extremadura y través de la Escuela de Administración Pública u otras entidades y Administraciones, podrá desarrollar tareas divulgativas mediante la celebración de jornadas, charlas, congresos, o publicaciones, de contenido jurídico, relacionadas con la naturaleza del órgano y sus competencias, en aras de la formación continua y actualización permanente de los conocimientos de sus miembros.

Artículo 65. ***Organización y funcionamiento de los recursos humanos, presupuestarios y de régimen interior.***

1. La organización y funcionamiento de los recursos humanos, presupuestarios y de régimen interior de la Comisión Jurídica de Extremadura se integrarán a todos los efectos en la Abogacía General.

2. Las personas miembros de la Comisión Jurídica de Extremadura desempeñarán sus funciones en las instalaciones habilitadas a tal fin en los edificios administrativos donde tenga su sede la Abogacía General.

CAPÍTULO IV

Del procedimiento para la emisión de dictámenes

Artículo 66. ***Legitimación para consultar.***

1. Podrá solicitar dictamen de la Comisión Jurídica de Extremadura el Presidente de la Comunidad Autónoma de Extremadura, o quien ostente la titularidad de la Consejería

a la que esté adscrita la Abogacía General, a iniciativa propia, o a instancia del Consejo de Gobierno, o de cualquiera de sus miembros.

2. Igualmente, podrán solicitar dictamen las Alcaldías o Presidencias de las entidades locales y los Rectorados de las universidades públicas de la Comunidad Autónoma de Extremadura en los casos que la legislación aplicable exija, preceptivamente, la consulta al superior órgano consultivo.

Artículo 67. ***Forma de la solicitud del dictamen.***

1. La solicitud de dictamen se formulará por escrito, expresará con claridad el objeto, naturaleza, precepto en el que se ampara y alcance de la consulta. A la solicitud se acompañará, en formato digital, el expediente administrativo completo, foliado y con un índice con los antecedentes e informes que deban obrar preceptivamente en él y los que no siendo preceptivos se hayan requerido o evacuado, así como el anteproyecto o proyecto de norma o acto a dictaminar.

2. La solicitud deberá expresar, además, motivadamente la urgencia del dictamen cuando por este trámite se requiera, y fijará razonadamente el plazo cuando se solicite el dictamen por el trámite de muy urgente.

Artículo 68. ***De la admisión.***

1. Recibida la solicitud de dictamen, los servicios administrativos de la Comisión Jurídica la anotarán en el registro de asuntos según su orden entrada y darán cuenta a la Presidencia, con un informe, sobre la naturaleza y condiciones del requerimiento y del expediente que lo sustenta.

2. La Presidencia acordará su admisión definitiva o provisional o propondrá a la Comisión Jurídica de Extremadura su inadmisión.

3. Procederá la admisión definitiva cuando el requerimiento de dictamen se haya formulado por la autoridad legitimada, en materias de competencia de la Comisión Jurídica de Extremadura y el expediente aparezca completo, sin perjuicio de lo que dispone el apartado siguiente.

4. La Presidencia acordará la admisión provisional cuando el expediente no aparezca completo.

En este caso, requerirá al órgano que instó la consulta los documentos que falten para que en el plazo de diez días hábiles los incorpore, salvo que por ley se establezca un plazo distinto, con suspensión del plazo para dictaminar.

5. Cuando el requerimiento se hubiera efectuado por órgano incompetente, o en los casos de admisión provisional sin que se hubieran subsanado las deficiencias advertidas, la Presidencia propondrá al Pleno la inadmisión del requerimiento y el archivo de lo actuado, acordando éste lo que mejor proceda.

Tampoco serán admitidas o decaerán las peticiones de dictamen cuando ya se hubiera dictado el acto administrativo o promulgado la disposición reglamentaria.

No será de aplicación lo dispuesto en el presente apartado cuando hubiere actuaciones judiciales preclusivas y muy urgentes.

6. La resolución de admisión determinará el procedimiento de tramitación como ordinario, urgente o muy urgente.

Artículo 69. ***De las ponencias y su turno.***

1. Admitida definitivamente una consulta, la Presidencia la turnará en ponencia ordinaria dando cuenta a la Vocalía designada y al Pleno en sesión ordinaria.

2. No obstante, cuando a juicio de la Presidencia la importancia del caso lo requiera o en los supuestos establecidos en este reglamento, propondrá al Pleno la constitución de una ponencia especial integrada por dos o más vocalías.

3. Para los turnos de ponencia la Presidencia atenderá a criterios de organización funcional y de especialización.

Artículo 70. ***De la instrucción.***

1. Turnado el expediente, la persona designada ponente instruirá el dictamen, recabando la documentación legislativa, jurisprudencial, doctrinal y técnica que estime conveniente.

2. Si la persona ponente observara en el expediente la falta de documentos que sean preceptivos propondrá a la presidencia su reclamación bajo apercibimiento de devolución de la consulta.

La presidencia acordará tal requerimiento con los efectos establecidos en el apartado 5 del artículo 68 de este reglamento.

3. La instrucción se impulsará de oficio en todas sus fases cuidando la presidencia que los dictámenes se ultimen en el plazo de evacuación legalmente previsto.

Artículo 71. ***Comparecencias y audiencia al interesado.***

1. La Comisión Jurídica de Extremadura podrá solicitar, a propuesta de la persona ponente y por conducto de su Presidencia, que se complete la documentación con cuantos antecedentes, informes y pruebas considere necesarios, incluso el parecer de personas y organismos que tuviesen notoria competencia en los asuntos relacionados con el objeto de la consulta.

2. A los efectos previstos en el apartado anterior, con carácter extraordinario y motivado por la complejidad del asunto, la Comisión Jurídica de Extremadura podrá solicitar que informen por escrito autoridades, funcionarios, profesionales cualificados en la materia a dictaminar o representantes de intereses colectivos afines al contenido del requerimiento para recabar su ilustración.

3. También podrán ser oídos mediante comparecencia ante la Comisión Jurídica de Extremadura, o mediante informe escrito, las personas o representantes de organismos que tuvieran notoria competencia en los asuntos relacionados con el objeto de la consulta y así lo soliciten.

4. Del resultado de las diligencias de instrucción anteriores quedará constancia en las actuaciones.

Durante su sustanciación quedará en suspenso el plazo para dictaminar, por un plazo máximo de veinte días hábiles.

Artículo 72. ***Del informe de la ponencia.***

1. Concluida la instrucción, la persona ponente dará cuenta a la Presidencia para incluir el proyecto de dictamen en el orden del día de la próxima sesión ordinaria.

2. Incluido en el orden del día y por su turno, la ponente, adelantando un proyecto de dictamen, informará sobre la consulta y el expediente, los hechos e incidencias de más interés, de las cuestiones jurídicas y de las conclusiones que haya alcanzado, quedando sobre la mesa el proyecto de dictamen para conocimiento de las demás vocalías.

3. Los expedientes y dictámenes así informados se incluirán para debate y decisión en el orden del día de la próxima sesión, salvo que todos las vocalías acuerden su aprobación en el mismo acto.

Artículo 73. *Deliberación*.

1. En la sesión correspondiente, por su orden, las ponencias serán defendidas por la persona redactora de la misma siempre que al menos una de las ponentes asista a la misma. Abierta por la Presidencia la discusión del proyecto de dictamen, si ninguna vocalía solicitara la palabra la Presidencia dará por aprobado el dictamen.

2. Todas las vocalías podrán usar un turno de intervenciones y solicitar la inclusión de enmiendas, o la adición o la supresión de párrafos o términos del texto. La ponente podrá contestar las observaciones que se formulen de modo individual o conjuntamente cuando todas se hubieran formulado.

3. La Presidencia dirigirá los debates y podrá permitir un segundo turno de intervenciones, pero, en este caso, acotará los términos de la discusión, tras lo cual podrá declarar debatido el dictamen o, excepcionalmente, posponer su discusión en el punto en que se encuentre para la posterior sesión ordinaria.

4. Concluido el debate la Presidencia someterá a votación las enmiendas de adición o supresión propuestas si se mantuvieran por alguna vocalía y posteriormente el proyecto de dictamen.

Ninguna vocalía presente podrá abstenerse de votar el dictamen ni las enmiendas.

5. Si el proyecto fuese rechazado o las alteraciones admitidas fuesen de gran entidad, la Presidencia encargará la redacción del mismo a una nueva ponente, salvo que la anterior asuma tal encomienda. En todo caso, el nuevo dictamen será debatido, y en su caso modificado y aprobado, en la sesión siguiente, sin que en ésta puedan reformularse las cuestiones ya debatidas y acordadas en la anterior ni introducir otras nuevas.

6. Las vocalías podrán formular votos particulares, individuales o colectivos, que matizarán el dictamen o justificarán la oposición al aprobado. Se deberán anunciar en el Pleno en que aquél se acordó y se redactarán en el plazo máximo de dos días hábiles.

Será obligatorio formular voto particular cuando se vote en contra del dictamen aprobado.

Los votos particulares obrarán en las actuaciones y se remitirán conjuntamente con el dictamen aprobado.

Artículo 74. *De los efectos y de la forma de los dictámenes.*

Revista Española de la Función Consultiva
ISSN: 1698-6849, núm. 34, julio-diciembre (2020) págs. 227-250

1. Los dictámenes de la Comisión Jurídica de Extremadura no son vinculantes, salvo en los casos que así se establezca en las respectivas leyes.

2. Los asuntos dictaminados por la Comisión Jurídica de Extremadura no podrán ser sometidos a informe posterior de ningún otro órgano o institución de la Junta de Extremadura, de las entidades locales o de las universidades públicas.

En los asuntos dictaminados por la Comisión Jurídica de Extremadura que deban ser posteriormente sometidos al Consejo de Gobierno, los informes preceptivos que al efecto hubieran de emitirse por la Abogacía General, conforme al artículo 23 del presente reglamento, se limitarán a verificar el cumplimiento y alcance de los extremos recogidos en el siguiente apartado.

3. Las disposiciones y resoluciones sobre asuntos informados por la Comisión Jurídica de Extremadura expresarán si se adoptan conforme a su dictamen o se apartan de él; en el primer caso se usará la fórmula «de acuerdo con la Comisión Jurídica de Extremadura», en el segundo la de «oída la Comisión Jurídica de Extremadura».

En este último caso, cuando la resolución se conformare enteramente con algún voto particular, se empleará la fórmula «oída la Comisión Jurídica de Extremadura y de acuerdo con el voto particular formulado por la presidencia/vocalía... ».

4. Los dictámenes serán redactados de la siguiente forma:

a) Comenzarán con un encabezamiento expresivo de las personas miembros de la Comisión Jurídica de Extremadura asistentes a la reunión en que fue aprobado, de las ponentes del dictamen, así como la fecha y lugar de la misma.

b) Seguidamente, expresarán, numerados en apartados independientes, los antecedentes de hecho del asunto y de la consulta, así como el objeto y alcance de ésta.

c) A continuación, se incluirán, en otro apartado independiente y también numerado, los fundamentos de derecho. Los dictámenes serán fundados en derecho con cita de las disposiciones y jurisprudencia aplicables.

d) Finalmente, el dictamen concluirá expresando, en otro apartado independiente y con nitidez, las conclusiones en que se concreta la respuesta de la Comisión Jurídica de Extremadura a las cuestiones que le hubieren sido consultadas.

e) Cuando el dictamen contenga observaciones y sugerencias de distinta entidad, establecerá, singular y expresamente, cuáles se consideran esenciales a efectos de que, si estas son atendidas en su totalidad, la resolución que se dicte pueda utilizar la fórmula «de acuerdo con la Comisión Jurídica de Extremadura».

f) Los dictámenes que se aparten de pronunciamientos previos, ante hechos y fundamentos sustancialmente idénticos, indicarán los aspectos controvertidos y los motivos que lo justifican.

Ante la ausencia de tal justificación, los órganos recogidos en el artículo 66, en el plazo de cinco días hábiles desde la recepción de la notificación del dictamen, podrán solicitar aclaración respecto a los motivos que justifiquen apartarse del criterio doctrinal previo.

g) Cuando la Comisión Jurídica de Extremadura aprecie la existencia de una posible infracción administrativa imputable a personal funcionario, lo hará constar en

acuerdo separado del cuerpo del dictamen, que no se publicará y se remitirá a la Administración correspondiente a los efectos oportunos.

h) Si hubiera votos particulares, se incluirán en apartado independiente, indicando la vocalía que lo formula y los razonamientos jurídicos correspondientes.

5. Los dictámenes una vez aprobados, serán diligenciados por la persona ponente, por la Secretaría-letrada y por la Presidencia. No podrán ser alterados salvo para corregir errores materiales o aritméticos y aclarar párrafos confusos o contradictorios, sin alterar ni el sentido ni las conclusiones del dictamen.

Las apostillas de corrección serán suscritas por las mismas autoridades que firmaron el dictamen. Los votos particulares se suscribirán por quien los emita y por los que se adhieran a ellos.

6. Una vez diligenciados los dictámenes, debidamente corregidos, y adicionados con los votos particulares que hubiere, serán remitidos, en el mismo día o en el siguiente, a la autoridad que lo requirió a la Comisión Jurídica de Extremadura, así como al órgano directivo de la Abogacía General, sin perjuicio de lo dispuesto para los supuestos de tramitación urgente y muy urgente.

7. La Secretaría-letrada de la Comisión Jurídica de Extremadura archivará ordenadamente copia de los dictámenes que se emitan junto con las de los expedientes y de las minutas de dictamen y votos particulares que hubiere y demás documentación de la consulta.

Artículo 75. ***Plazo de emisión de dictámenes.***

1. Los dictámenes se despacharán ordinariamente en el plazo previsto en la ley que prevea la intervención y, en su defecto, en un plazo no superior a veinte días hábiles desde la recepción completa del expediente en la Secretaría de la Comisión Jurídica de Extremadura.

Dicho plazo podrá ser ampliado motivadamente hasta diez días hábiles.

2. Se entiende cumplido el trámite de informe en relación con los dictámenes no vinculantes si transcurrido el plazo pertinente no se hubieren emitido, sin que por ello la Comisión Jurídica de Extremadura quede relevada de su obligación de dictaminar, salvo que se adopte o publique el acto o disposición a dictaminar.

Artículo 76. ***De la tramitación urgente y muy urgente.***

1. Cuando se solicite dictamen motivando adecuada y suficientemente su urgencia, en su tramitación se acortarán los plazos de la tramitación ordinaria a la mitad. En este caso, no se podrán solicitar comparecencias ni otros documentos que los que debieran constar preceptivamente en el expediente. Igualmente, el proyecto de dictamen se informará y discutirá en la misma sesión, y si hubiera votos particulares se remitirán cuando sus autores los formalicen.

2. Cuando se solicite por el Presidente de la Junta de Extremadura la tramitación muy urgente del dictamen, los plazos del procedimiento se ajustarán por la Presidencia de la Comisión Jurídica de Extremadura a las necesidades del caso, siendo de aplicación lo prevenido en el apartado anterior.

CAPÍTULO V

Del procedimiento de resolución de los recursos especiales en materia de contratación

Artículo 77. ***Normas de aplicación.***

1. Los recursos y reclamaciones en materia de contratación a que se refiere la legislación básica en materia de contratación pública vigente, se regirán por las disposiciones de ésta, su normativa de desarrollo, y las normas del presente Reglamento. En su defecto, serán de aplicación las disposiciones normativas de carácter básico que regulan el procedimiento administrativo común de las Administraciones Públicas.

2. En particular, será de aplicación la legislación básica en materia de contratación pública vigente, sin perjuicio de las particularidades recogidas en el presente reglamento, en los siguientes aspectos:

a) Objeto de los recursos especiales en materia de contratación.

b) Legitimación y postulación.

c) Forma de presentación del escrito de interposición.

d) Lugar de presentación. Efectos.

e) Plazo para la interposición de recurso especial y reclamación.

f) Petición de expediente y subsanación.

g) Admisión.

h) Instrucción.

i) Medidas cautelares.

j) Garantías.

k) Forma de constituir las garantías.

l) Prueba.

m) Resolución.

n) Recursos.

ñ) Indemnización de daños y perjuicios.

o) Cancelación, devolución y ejecución de garantías.

3. El régimen de funcionamiento, sesiones, quórum, adopción de acuerdos, y demás cuestiones de régimen interno de la Comisión Jurídica de Extremadura se regirá de conformidad con las reglas establecidas en el capítulo anterior del presente título.

Artículo 78. ***Legitimación y postulación.***

1. No será necesaria la intervención de abogado o procurador para la interposición del correspondiente recurso o reclamación, pero cuando se actúe en representación de

terceros, el escrito de interposición deberá acompañarse del documento público que acredite tal representación.

2. Sin perjuicio de lo previsto en la legislación básica en materia de contratación pública vigente en relación a la legitimación de las organizaciones sindicales y de las organizaciones empresariales sectoriales, los recursos podrán ser interpuestos por las asociaciones representativas de intereses relacionados con la contratación pública exclusivamente cuando lo sean para la defensa de los intereses colectivos de sus asociados.

Artículo 79. ***Acceso al expediente.***

1. Si el interesado desea examinar el expediente de contratación de forma previa a la interposición del recurso especial, deberá solicitarlo al órgano de contratación, el cual tendrá la obligación de ponerlo de manifiesto sin perjuicio de los límites de confidencialidad establecidos en la Ley.

2. Los interesados podrán presentar la solicitud de acceso al expediente dentro del plazo de interposición del recurso especial, debiendo el órgano de contratación facilitar el acceso en los cinco días hábiles siguientes a la recepción de la solicitud. La presentación de esta solicitud no paralizará en ningún caso el plazo para la interposición del recurso especial.

3. El incumplimiento de las previsiones contenidas en el apartado 1 anterior no eximirá a los interesados de la obligación de interponer el recurso especial dentro del plazo legalmente establecido. Ello, no obstante, el citado incumplimiento podrá ser alegado por el recurrente en su recurso, en cuyo caso la Comisión Jurídica de Extremadura deberá conceder al recurrente el acceso al expediente de contratación en sus oficinas por plazo de diez días hábiles, con carácter previo al trámite de alegaciones, para que proceda a completar su recurso. En este supuesto concederá un plazo de dos días hábiles al órgano de contratación para que emita el informe correspondiente y cinco días hábiles a los restantes interesados para que efectúen las alegaciones que tuvieran por conveniente.

Artículo 80. ***Petición y remisión de expediente.***

1. A requerimiento de la Comisión Jurídica de Extremadura, cuando el recurso o reclamación se hayan interpuesto ante la misma, o bien de oficio, cuando haya sido interpuesto ante el órgano de contratación, se remitirá a la Comisión Jurídica de Extremadura el expediente administrativo, acompañado de un informe en el que se hará constar la enumeración de los hechos, las disposiciones aplicables, fundamentos de la decisión adoptada y cualesquiera otras alegaciones que quiera realizar el órgano gestor del expediente y, en particular, sobre la suspensión de las actuaciones de contratación impugnadas.

2. El expediente de contratación deberá remitirse, en todo caso, en copia digitalizada debidamente adverada o compulsada con todos los documentos que lo constituyen, debiendo ir los folios correlativamente numerados, así como un índice de los mismos.

Se adicionará una relación nominal de los interesados en el procedimiento con indicación de sus direcciones postales y telemáticas así la designación de una dirección de correo electrónico del órgano de contratación y de la identificación de la persona de contacto a los efectos de agilizar la tramitación.

Artículo 81. ***Admisión.***

Revista Española de la Función Consultiva
ISSN: 1698-6849, núm. 34, julio-diciembre (2020) págs. 227-250

1. Recibido el expediente se registrará su entrada y dará cuenta a la Presidencia sobre la reclamación y sobre el expediente que la sustenta. La Presidencia resolverá su admisión, definitiva o provisional, o propondrá al Pleno su inadmisión. Tales resoluciones habrán de notificarse a los interesados en el procedimiento de contratación que pudieran ver afectados sus derechos o intereses y al órgano administrativo contratante en el plazo de cinco días hábiles desde la interposición del recurso.

2. La Presidencia acordará la admisión provisional cuando la reclamación tenga que subsanar defectos, errores u omisiones subsanables para lo que se dará un plazo de tres días hábiles, bajo apercibimiento en su caso de tener por desistido el recurso o reclamación y proceder al archivo del expediente.

3. La Comisión Jurídica de Extremadura inadmitirá el recurso o reclamación, sin necesidad de practicar los trámites ulteriores, cuando conste de modo manifiesto que se hubiera interpuesto fuera de plazo o frente actos no susceptibles de impugnación, o por persona no legitimada para ello o sin ostentar la debida representación, o, en fin, por órgano incompetente. La inadmisión supone el levantamiento de oficio de las medidas cautelares acordadas sin necesidad de pronunciamiento expreso.

Cuando la admisibilidad del recurso dependa de la calificación jurídica otorgada por el órgano de contratación al contrato en el que se haya dictado el acto recurrido las vocalías de la Comisión Jurídica de Extremadura examinarán la naturaleza jurídica del contrato al efecto de determinar su competencia, aunque no hubiera sido invocada por el recurrente.

De considerarse que de esta calificación del contrato pudiesen resultar afectados los derechos de los interesados en el recurso, con el emplazamiento para formular alegaciones les concederá un plazo de cinco días hábiles para que con carácter de previo pronunciamiento aleguen sobre tal extremo.

4. Se dictará resolución de admisión definitiva en los demás casos, a resultas de lo que apareciera en el expediente siendo, en todo caso, los motivos de inadmisión también de desestimación del recurso o reclamación interpuesto.

5. Las resoluciones sobre la admisión serán notificadas a los interesados en el procedimiento de contratación y al órgano de contratación.

Artículo 82. *Instrucción*.

1. Acordada la admisión, provisional o definitiva, se asignará su ponencia a la Presidencia o a una Vocalía, que actuará como instructor del procedimiento, y por plazo de cinco días hábiles se dará traslado del recurso a los interesados en el procedimiento de contratación, para que previo examen del expediente en su caso en la sede de la Comisión Jurídica de Extremadura, realicen las alegaciones escritas que tengan por conveniente y que deberán presentarse en todo caso en el Registro de la Comisión Jurídica de Extremadura establecido al efecto. En el mismo escrito deberán solicitar la adopción de medidas cautelares o alegar sobre ellas y sobre las garantías a constituir, así como el recibimiento a prueba del expediente.

2. Podrá acordarse por el Presidente la acumulación de dos o más recursos en cualquier momento previo a la terminación, tanto de oficio como a solicitud del recurrente o de cualquiera de los interesados comparecidos en el procedimiento.

Contra el acuerdo de acumulación o contra el de su denegación, que deberán ser motivados, no cabrá la interposición de recurso alguno.

3. Las comunicaciones entre la Comisión Jurídica de Extremadura y los órganos de contratación las entidades contratantes se harán por los medios previstos en la normativa aplicable.

Cuando lo permitan las disponibilidades financieras y tecnológicas, se preverán cauces para la realización de las mismas por medios informáticos, electrónicos o telemáticos, designándose una dirección electrónica de la Comisión Jurídica a estos efectos. En todo caso, los interesados podrán señalar una dirección de correo electrónico para recibir notificaciones entendiéndose, en tal caso, que las mismas son válidas a efectos administrativos.

4. La Comisión Jurídica de Extremadura podrá delegar en la Secretaría de la misma la adopción de actos de trámite, y en la persona ponente instructora la adopción de medidas cautelares.

5. El personal funcionario de la Comisión Jurídica de Extremadura podrá compulsar, certificar o adverar documentos que se presenten ante la misma siempre que con el original se presente el documento a compulsar o adverar.

Artículo 83. ***Resolución.***

1. En el caso de que la Comisión Jurídica de Extremadura solicite asesoramiento técnico sobre cualquiera de las cuestiones que se planteen en el recurso, el plazo para dictar resolución comenzará a contar desde la recepción de la información que se hubiera solicitado.

2. Mediante resolución motivada de la Comisión Jurídica de Extremadura, se podrá suspender o ampliar el plazo para resolver en los supuestos previstos en la legislación básica en materia de procedimiento administrativo común de las Administraciones Públicas.

Artículo 84. ***Recursos.***

1. Transcurrido el plazo de dos meses desde la interposición del recurso, sin que se haya dictado resolución expresa, el interesado podrá considerarlo desestimado a los efectos de interponer el correspondiente recurso contencioso-administrativo. Este plazo máximo de tramitación y resolución del procedimiento podrá ampliarse motivadamente en un mes más.

2. Las resoluciones de la Comisión Jurídica de Extremadura ponen fin a la vía administrativa, y son directamente ejecutivas, no cabiendo contra ellas recurso administrativo alguno, ni siquiera el recurso extraordinario de revisión salvo el recurso especial contra el acuerdo de adjudicación dictado tras la resolución del recurso por el que se anula un primer acuerdo de adjudicación que sólo podrán deducir los perjudicados por el primer acuerdo de adjudicación, pero no los que lo fueran por el que se dictara a consecuencia de la anulación del mismo.

3. El recurso contencioso-administrativo se deberá interponer en la forma, términos y plazos establecidos en la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.

Artículo 85. ***Indemnización de daños y perjuicios e imposición de multas.***

Revista Española de la Función Consultiva
ISSN: 1698-6849, núm. 34, julio-diciembre (2020) págs. 227-250

1. La Comisión Jurídica de Extremadura, en el caso de estimar el recurso, podrá apreciar en su resolución, a instancia del recurrente, los daños y perjuicios derivados para él de la actuación administrativa. De igual modo la Comisión Jurídica de Extremadura, cuando desestime totalmente el recurso, podrá acordar en su resolución la indemnización de los daños ocasionados al interés público representado por la Administración o a los restantes interesados en el procedimiento como consecuencia de la impugnación, siempre que éstos lo hubieran solicitado en el trámite de informe o alegaciones.

2. La fijación de la indemnización se efectuará en pieza adicional oyendo al órgano de contratación, fijando al efecto la indemnización a satisfacer por ello. A tal fin, apreciará el grado de temeridad o mala fe en la interposición y fijará en la resolución el importe de la indemnización para lo cual podrá incluir los gastos originados necesariamente por la intervención en procedimiento de recurso incluidos los derivados de la práctica de prueba.

3. La Comisión Jurídica de Extremadura tanto a petición de parte como en su defecto de oficio se pronunciará, en todo caso, sobre la existencia de temeridad o mala fe en la interposición del recurso o en la solicitud de medidas cautelares, acordando en tal supuesto la imposición de una multa de 1.000 a 30.000 euros, justificando las causas que motivan la imposición y las circunstancias determinantes de su cuantía. La imposición de multas al recurrente sólo procederá en el caso de que se hubieran desestimado totalmente las pretensiones formuladas en el escrito de recurso o el mismo fuere inadmitido. Lo anteriormente dispuesto se aplicará, ponderadamente según proceda, en los casos en que el expediente instruido concluya por renuncia, desistimiento o causa similar imputable al recurrente o el mismo recurso pierda su objeto y finalidad.

En el caso de imposición de multa se trasladará a la Administración competente que procederá a su exacción conforme al procedimiento previsto en el Decreto 67/1994, de 17 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de recaudación de multas de Extremadura.

Artículo 86. ***Cancelación, devolución y ejecución de garantías.***

Las garantías constituidas responderán de los perjuicios que pudieran derivar de la adopción de medidas provisionales y demás lesiones patrimoniales y gastos generados por la tramitación del procedimiento de impugnación. Liquidados que sean estos conforme a la norma anterior se despachará mandamiento levantando las garantías no sujetas a responsabilidad alguna o de ejecución por la cantidad que resulte acreedora la Administración pública frente a terceros para su exacción por los órganos administrativos competentes.

Artículo 87. ***Garantía de confidencialidad. Devolución de documentos.***

1. La Comisión Jurídica de Extremadura garantizará la confidencialidad y el derecho a la protección de los secretos comerciales en relación con la información contenida en el expediente de contratación, sin perjuicio de que pueda conocer y tomar en consideración dicha información a la hora de resolver. Para tener en consideración el carácter confidencial de determinada información es preciso que la empresa titular de los datos así lo haya puesto de manifiesto ante el órgano de contratación. A este respecto, en el índice del expediente remitido a la Comisión Jurídica de Extremadura, el órgano de contratación deberá indicar si los candidatos o licitadores han designado como confidencial determinada información que hayan facilitado.

2. Corresponderá a la Comisión resolver, en cada caso concreto, acerca de cómo garantizar la confidencialidad y el secreto de la información que obre en el expediente de contratación, sin que, por ello, resulten perjudicados los derechos de los demás interesados a la protección jurídica efectiva y al derecho de defensa en el procedimiento.

3. Una vez concluido el procedimiento y firme la resolución, la Secretaría de la Comisión Jurídica de Extremadura acordará la devolución a los interesados que lo soliciten de los documentos aportados por ellos al procedimiento, dejando en el expediente copia debidamente cotejada.

Artículo 88. ***Tramitación electrónica del procedimiento.***

1. La tramitación de los escritos de interposición de recurso o reclamación, las alegaciones de los interesados y demás escritos a presentar ante la Comisión Jurídica de Extremadura, así como las comunicaciones y notificaciones a realizar en el procedimiento, la remisión del expediente, así como la consulta del estado de tramitación de la resolución y cualesquiera otros trámites necesarios para el desarrollo del procedimiento se realizarán por vía electrónica.

2. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, se admitirá la tramitación en soporte papel del procedimiento, para aquellos supuestos en que los interesados justifiquen ante la Comisión Jurídica de Extremadura su imposibilidad de acceso a la tramitación electrónica del mismo.

3. Las notificaciones que practique la Comisión Jurídica de Extremadura a los recurrentes y demás interesados en el procedimiento regulado en el presente reglamento, se efectuarán por vía electrónica, a través de dirección electrónica habilitada o mediante cualquier otro medio de comunicación electrónica en los términos establecidos en la legislación básica en materia de contratos.

COMISIÓN JURÍDICA ASESORA DE LA COMUNIDAD DE MADRID

LEY 10/2022, DE 16 DE NOVIEMBRE, DE DEFENSA DE LA AUTONOMÍA FINANCIERA DE LA COMUNIDAD DE MADRID

–EXTRACTO–

(Publicada en el *Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid*, núm. 277, de 21 de noviembre de 2022, y en el *Boletín Oficial del Estado* núm. 68, de 21 de marzo de 2023)

[…]

Artículo 17. ***Mecanismos de defensa de la autonomía financiera***

1. Cualquier ley, disposición normativa o acto del Estado con fuerza de ley que, previo informe de los Servicios Jurídicos de la Comunidad de Madrid y, en su caso, dictamen de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, infrinja la autonomía financiera que los artículos 137 , 156 y 157 de la Constitución Española reconocen a la Comunidad de Madrid será objeto de recurso de inconstitucionalidad que se interpondrá mediante Acuerdo del Consejo de Gobierno conforme a lo previsto en el artículo 32.2 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional.

2. Cualquier ley, disposición normativa o acto del Estado con fuerza de ley que, previo informe de los Servicios Jurídicos de la Comunidad de Madrid y, en su caso, dictamen de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, infrinja la corresponsabilidad fiscal de la Comunidad de Madrid será objeto de recurso de inconstitucionalidad en los términos previstos en el apartado anterior por lesionar la autonomía financiera que los artículos 137, 156 y 157 de la Constitución Española reconocen a la Comunidad de Madrid.

3. Lo previsto en los apartados anteriores se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 33 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, en relación con la convocatoria de la Comisión Bilateral de cooperación de la Administración General del Estado-Comunidad de Madrid, previo Acuerdo del Consejo de Gobierno.

4. Cuando una disposición, resolución o acto emanado del Estado o de otra Comunidad Autónoma no respete la autonomía financiera o corresponsabilidad fiscal de la Comunidad de Madrid, previo informe de sus servicios jurídicos y, en su caso, de la Comisión Jurídica Asesora dará lugar, mediante Acuerdo de Consejo de Gobierno, en los términos establecidos en el artículo 63 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, a la formulación de un requerimiento de incompetencia y, en caso de no ser atendido, al planteamiento de un conflicto positivo de competencia.

[…]

INFORMACIÓN INSTITUCIONAL

INFORMACIÓN INSTITUCIONAL

Se inserta a continuación la información actualizada de la composición del Consejo de Estado y del resto de órganos consultivos.

CONSEJO DE ESTADO

Presidenta

Excma. Sra. D.ª Magdalena Valerio Cordero

Consejeros y Consejeras permanentes

Excmo. Sr. D. Miguel Herrero y Rodríguez de Miñón

Excmo. Sr. D. Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer

Excma. Sra. D.ª Paz Andrés Sáenz de Santa María

Excmo. Sr. D. Fernando Ledesma Bartret

Excmo. Sr. D. Alberto Aza Arias

Excmo. Sr. D. José Luis Manzanares Samaniego

Excma. Sra. D.ª María Teresa Fernández de la Vega

Excmo. Sr. D. Enrique Alonso García

Excma. Sra. D.ª María Luisa Carcedo Roces

Consejeros natos y Consejeras natas

Excmo. Sr. D. Santiago Muñoz Machado

Excmo. Sr. D. Antón Costas Comesaña

Excmo. Sr. D. Manuel Pizarro Moreno

Excmo. Sr. D. Teodoro Esteban López Calderón

Excma. Sra. D.ª Victoria Ortega Benito

Excmo. Sr. D. Antonio Pau Pedrón

Ecxma. Sra. D.ª Consuelo Castro Rey

Excma. Sra. D.ª María Yolanda Gómez Sánchez

Excmo. Sr. D. Pablo Hernández de Cos

Excmo. Sr. D. Benigno Pendás García

Excmo. Sr. D. Álvaro García Ortiz

Consejeros electivos y Consejeras electivas

Excmo. Sr. D. Juan Carlos Rodríguez Ibarra

Excmo. Sr. D. José María Michavila Núñez

Excmo. Sr. D. Jordi Guillot i Miravet

Excma. Sra. D.ª María Emilia Casas Baamonde

Excma. Sra. D.ª Elisa Pérez Vera

Excma. Sra. D.ª María Soraya Sáenz de Santamaría Antón

Excma. Sra. Dª. Elena Valenciano Martínez-Orozco

Excmo. Sr. D. Francisco Javier Losada de Azpiazu

Excmo. Sr. D. Pedro María Sanz Alonso

Excmo. Sr. D. Juan Carlos Aparicio Pérez

Secretaria General

Excma. Sra. D.ª Guadalupe Hernández-Gil Álvarez-Cienfuegos

CONSEJO DE GARANTÍAS ESTATUTARIAS DE LA GENERALITAT DE CATALUÑA

Presidente

Hble. Sr. D. Joan Vintró Castells

Consejeros y Consejeras

Ilustre Sra. D.ª Margarida Gil i Domènech, consejera-secretaria

Ilustre Sr. D. Enoch Albertí i Rovira

Ilustre Sra. D.ª Mercè Barceló i Serramalera

Ilustre Sra. D.ª Montserrat Rosell Martí

Ilustre Sra. D.ª Eva Pons i Parera

Ilustre Sr. D. Francesc Esteve i Balagué

Ilustre Sr. D. Eduard Roig Molés

COMISIÓN JURÍDICA ASESORA DE LA GENERALITAT DE CATALUÑA

Presidente

D. Jaume Vernet i Llobet

Vocales

D.ª Esther Arroyo i Amayuelas

D.ª Meritxell Barnola Sarri

D. Agustí Cerrillo i Martínez

D. Lluís Maria Corominas i Díaz

D.ª Mercè Corretja i Torrens

D.ª Maria Mercè Darnaculleta i Gardella

D.ª Judith Gifreu i Font

D. Francesc Homs i Molist

D. Albert Lamarca i Marquès

D. Marc Marsal i Ferret

D. Carles Mundó i Blanch

D.ª Montserrat Peretó Garcia

D. Joan Ridao i Martín

D. Miquel Sàmper i Rodríguez

CONSEJO CONSULTIVO DE CANARIAS

Presidente

Excmo. Sr. D. Pablo Matos Mascareño

Consejeros y Consejeras

Excmo. Sr. D. Luis Fajardo Spínola

Excma. Sra. Dª María Rosa de Haro Brito

Excmo. Sr. D. José Suay Rincón

Excmo. Sr. D. Alfredo Belda Quintana

Excma. Sra. Dª Estella María Marrero Sánchez

Excma. Sra. Dª Cristina de León Marrero, consejera-secretaria

Letrada Mayor accidental

Ilma. Sra. Dª Begoña Delgado Castro

CONSEJO CONSULTIVO DE LAS ILLES BALEARS

Presidente

Hble. Sr. D. Antonio José Diéguez Seguí

Consejera secretaria

Hble. Sra. Maria Ballester Cardell

Consejeros y Consejeras

Hble. Sr. D. Joan Oliver Araujo

Hble. Sr. D. Octavi Josep Pons Castejón

Hble. Sr. D. Felio José Bauzá Martorell

Hble. Sra. D.ª Catalina Pons-Estel Tugores

Hble. Sra. D.ª María de los Ángeles Berrocal Vela

Hble. Sr. D. José Argüelles Pintos

Hble. Sra. D.ª Antònia Maria Perelló Jorquera

Hble. Sr. D. Bartolomé Jesús Vidal Pons

CONSEJO CONSULTIVO DE ANDALUCÍA

Presidenta

Excma. Sra. D.ª María Jesús Gallardo Castillo

Consejeros electivos y Consejeras electivas

Ilma. Sra. D.ª Eva Blanco Argente del Castillo

Ilmo. Sr. D. Juan Antonio Carrillo Donaire

Ilmo. Sr. D. Francisco Javier Lara Peláez

Ilmo. Sr. D. Miguel Olmedo Cardenete

Ilma. Sra. D.ª Eloisa Pérez de Andrés

Ilma. Sra. D.ª Ana Pérez Vallejo

Consejeros electivos y Consejeras electivas con dedicación exclusiva

Ilmo. Sr. D. Antonio Dorado Picón

Ilmo. Sr. D. Luis García Navarro

Ilmo. Sr. D. Diego Martín Reyes

Ilma. Sra. D.ª Maria del Carmen Mingorance Gosálvez

Ilma. Sra. D.ª María del Mar Moreno Ruiz

Ilma. Sra. D.ª María Luisa Roca Fernández-Castanys

Consejeros natos y consejera nata

Excmo. Sr. D. Leandro Cabrera Mercado

Ilma. Sra. Dª. María Luisa Ceballos Casas

Ilmo. Sr. D. Rafael López Cantal

Ilma. Sra. D.ª María Dolores Pérez Pino

Excma. Sra. D.ª Ana Tárrago Ruiz

Secretaría General

D.ª María Angustias Linares Rojas

CONSELL JURÍDIC CONSULTIU DE LA COMUNITAT VALENCIANA

Presidenta

Hble. Sra. D.ª Margarita Soler Sánchez

Consejeros electivos y consejeras electivas

Ilmo. Sr. D. Enrique Fliquete Lliso

Ilma. Sra. D.ª M.ª Carmen Pérez Cascales

Ilmo. Sr. D. Joan Carles Carbonell Mateu

Ilmo. Sr. D. Javier de Lucas Martín

Ilma. Sra. D.ª Fernanda María Lapresta Gascón

Secretario General

Ilmo. Sr. D. Joan Tamarit i Palacios

CONSEJO CONSULTIVO DE ARAGÓN

Consejeros y consejeras

Dª. Vega Estella Izquierdo, presidenta por sustitución

D. Jesús Colás Tenas

D. Jesús Antonio García Huici

D. José Manuel Marraco Espinós

D. Gabriel Morales Arruga

Dª. Elisa Moreu Carbonell

D. Miguel Ángel Gil Condón

Dª. María José Ponce Martínez

CONSEJO CONSULTIVO DE LA RIOJA

Presidente

Excmo. Sr. D. José Ignacio Pérez Sáenz

Consejeros y consejeras

Ilmo. Sr. D. José María Cid Monreal

Ilmo Sr. D. Enrique de la Iglesia Palacios

Ilma Sra. Dª Amelia Pascual Medrano

Ilma Sra. Dª Ana Reboiro Martínez-Zaporta

Letrado-Secretario General

Excmo. Sr. D. Ignacio Serrano Blanco

CONSEJO CONSULTIVO DE GALICIA

Presdiente

Excmo. Sr. D. José Luis Costa Pillado

Consejeros y consejera

Excmo. Sr. D. Ignacio de Loyola Aranguren Pérez

Excmo. Sr. D. José Antonio Fernández Vázquez

Excma. Sra. D.ª Nora María Martínez Yáñez

Excmo. Sr. D. Alberto Souto Souto

Secretario General

Ilmo. Sr. D. José Ángel Oreiro Romar

CONSEJO CONSULTIVO DE CASTILLA-LA MANCHA

Presidente

Excmo. Sr. D. Francisco Javier de Irízar Ortega

Consejeros electivos y consejera electiva

Excmo. Sr. D. Antonio Conde Bajén

Excmo. Sr. D. Sebastián Fuentes Guzmán

Excmo. Sr. D. José Miguel Mendiola García

Excma. Sra. D.ª Araceli Muñoz de Pedro

Secretaria General

Ilmo. Sr. D. Juan Luis Ramos Mendoza

CONSEJO JURÍDICO DE LA REGIÓN DE MURCIA

Presidente

Excmo. Sr. D. Antonio Gómez Fayrén

Consejeros

Revista Española de la Función Consultiva
ISSN: 1698-6849, núm. 34, julio-diciembre (2020) págs. 255-263

Excmo. Sr. D. Manuel Martínez Ripoll

Excmo. Sr. D. Luis Alberto Gálvez Muñoz

Letrado-Secretario General

D. Manuel María Contreras Ortiz

CONSEJO CONSULTIVO DE NAVARRA

Presidente

Excmo. Sr. D. Alfredo Irujo Andueza

Consejero-Secretario

Ilmo. Sr. D. Hugo López López

Consejeros y Consejera

Ilma. Sra. D.ª M.ª Ángeles Egusquiza Balmaseda

Ilmo. Sr. D. José Luis Goñi Sein

Ilmo. Sr. D. José Iruretagoyena Aldaz

COMISIÓN JURÍDICA ASESORA DE EUSKADI

Presidente

D. Sabino Torre Díez

Vicepresidente

D. Xabier Unanue Ortega

Vocales

D.ª M.ª Teresa Astigarraga Goenaga.

D. Iñaki Beitia Ruiz de Arbulo.

D.ª Fátima Saiz Ruiz de Loizaga.

D. Iñaki Calonge Crespo.

D.ª M.ª Jesús Urkiola Mendibil.

D.ª M.ª Lourdes Pérez Ovejero.

D.ª Mirari Erdaide Gabiola.

D.ª Jaione Juaristi Sánchez.

Secretario

D. Jesús M.ª Alonso Quilchano

CONSEJO CONSULTIVO DE CASTILLA Y LEÓN

Presidente

D. Agustín S. de Vega

Consejero electivo y Consejera electiva

D. Francisco Ramos Antón

D.ª María del Valle Ares González

Consejero nato

Excmo. Sr. D. Juan Vicente Herrera Campo

CONSEJO CONSULTIVO DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS

Presidenta

D.ª Begoña Sesma Sánchez

Vocales

D.ª María Isabel González Cachero

D. Jesús Enrique Iglesias Fernández

D.ª Dorinda García García

D. Pablo Baquero Sánchez

Secretaría General

D. Agustín Iriondo Colubi

COMISIÓN JURÍDICA DE EXTREMADURA

Presidente

D. Javier de Manueles Muñoz

Vocales

D.ª M.ª José Rubio Cortés

D. José Luis Martín Peyró

D.ª Marina Godoy Barrero

D.ª M.ª Josefa Guerrero Hernández

Letrado-Secretario

D. Salvador Mateos Sánchez

Letrado-Secretario suplente

D. Javier Gaspar Nieto

COMISIÓN JURÍDICA ASESORA DE MADRID

Presidenta

Ilma. Sra. D.ª Rocío Guerrero Ankersmit

Vicepresidenta

D.ª Ana Sofía Sánchez San Millán

Secretaria

D.ª Carmen Cabañas Poveda

Letrados y Letradas vocales

D.ª Rosario López Ródenas

D. Francisco Javier Izquierdo Fabre

D.ª Silvia Pérez Blanco

D. Carlos Hernández Claverie

D. Javier Espinal Manzanares

ESCRIBEN EN ESTE NÚMERO DE LA *REVISTA ESPAÑOLA DE LA FUNCIÓN CONSULTIVA*

María Dolores Calvo Sánchez, Profesora titular de Derecho Administrativo de la Universidad de Salamanca y Vocal del Consejo Asesor de Sanidad y Servicios Sociales del Ministerio de Sanidad, Consumo y Bienestar Social-Sección Sanidad.

Juan Antonio Carrillo Donaire, Licenciado en Derecho y doctor por la Universidad de Sevilla. En la actualidad es Catedrático de Derecho Administrativo en dicha Universidad. Es investigador y miembro de la Comisión Científica del Instituto Universitario Clavero Arévalo de la Universidad de Sevilla.

María Jesús Gallardo Castillo, Catedrática de Derecho Administrativo, Magistrada Suplente en la Audiencia Provincial de Jaén, Secretaria-Interventora de la Administración Local. Presidenta del Consejo Consultivo de Andalucía.

María Dolores Pérez Pino, Jefa del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía. Licenciada en Derecho por la Universidad de Sevilla, especialidad en Derecho Público.

Lorenzo del Río Fernández, Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla desde 2010. Ingresa en la carrera judicial en el año 1980 y ha prestado servicios como juez unipersonal en Jerez de la Frontera, Sanlúcar de Barrameda y las Palmas de Gran Canaria, siendo designado en 1984 Magistrado de la Audiencia Provincial de Cádiz, donde ejerció como presidente de la misma desde noviembre de 1998 hasta octubre de 2010. Ha sido vocal de diversas comisiones creadas a nivel autonómico y nacional y coordinador del servicio de formación continua de la Escuela Judicial. Ha sido profesor asociado de Derecho Penal y de Derecho Penitenciario en la Facultad de Derecho y en el Instituto de Criminología de la Universidad de Cádiz.

CONSEJO DE REDACCIÓN DE LA REFC

Margarita Soler Sánchez
Presidenta del Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana.
Profesora Titular de Derecho Consitucional de la Universitat de València.

Enrique F. Fliquete Lliso
Consejero del Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana.
Abogado. Doctor en Derecho.
Profesor asociado de Derecho Constitucional de la Universitat de València.

Mª Carmen Pérez Cascales
Consejera del Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana.
Abogada.

Joan Carles Carbonell Mateu
Consejero del Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana.
Catedrático de Derecho Penal de la Universitat de València.

Javier de Lucas Martín
Consejero del Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana.
Catedrático de Filosofía del Derecho, de la universitat de València.
Senador en en la XIII legislatura.

Fernanda María Lapresta Gascón
Consejera del Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana.
Abogada.

Francisco Camps Ortiz
Consejero nato del Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana.
Expresidente de la Generalitat Valenciana.
Doctor en Derecho.

Joan Tamarit i Palacios
Secretario General del Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana.
Abogado.

Vicente Garrido Mayol
Presidente de honor del Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana.
Catedrático de Derecho Constitucional de la Universitat de València. Abogado.

José R. Díez Cuquerella
Consejero-Vicepresidente emérito del Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana.
Fiscal en excedencia. Abogado.

Vicente Cuñat Edo
Catedrático de Derecho Mercantil de la Universitat de València. Abogado.
Consejero emérito del Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana.

Alberto Jarabo Calatayud
Magistrado.
Consejero emérito del Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana.

Ana Castellano Vilar
Abogada.
Consejera emérita del Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana.

Joan Ignasi Pla i Durà
Abogado. Técnico de Administración General en excedencia.
Consejero emérito del Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana.

María Luisa Mediavilla Cruz
Magistrada.
Ex Consejera del Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana.

Federico Fernández Roldán
Técnico Superior de la Generalitat Valenciana.
Ex Consejero del Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana.

Faustino de Urquía Gómez
Magistrado emérito de la Audiencia Provincial de Alicante.
Consejero emérito del Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana.

Asunción Ventura Franch
Profesora Titular de Derecho Consitucional de la Universitat Jaume I de Castelló.
Consejera emérita del Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana.
Secretario:

Fernando García Mengual
Letrado de las Corts Valencianes. Doctor en Derecho.
Profesor de Derecho Constitucional de la Universidad Católica de Valencia «San Vicente Mártir» y de la Universitat de València.

NORMAS DE PUBLICACIÓN EN LA *REVISTA ESPAÑOLA DE LA FUNCIÓN CONSULTIVA* PARA LAS AUTORAS Y AUTORES

1. Temas de interés. La *Revista Española de la Función Consultiva (REFC)* publica trabajos de investigación originales sobre la función consultiva en el ámbito jurídico.

2. Envío de originales. Los originales, que deberán ser inéditos, se enviarán en castellano, escritos en Microsoft Word o en formato compatible. Se harán llegar en soporte electrónico a la siguiente dirección de correo electrónico: refc@gva.es

3. Formato. Los originales deberán de usar la "Fuente – Times New Roman; tamaño – 10 pto." y además, las propiedades de los párrafos de los originales deberán de tener las siguientes características: "Interlineado – Sencillo" y "Espaciado – Posterior – 6 pto.". La extensión total no deberá superar las 10.000 a 12.000 palabras, incluidos notas a pie de página, bibliografía y apéndices en su caso. La primera página incluirá el título (y su traducción al inglés), sumario del artículo, nombre del autor/a o autores/as, filiación académica, direcciones de correo ordinario y electrónico y teléfono de contacto. En una segunda página se presentarán dos resúmenes, en español e inglés, de unas 150 palabras cada uno y entre tres y cinco palabras clave (en los dos idiomas).

4. Normas de edición:

a) Bibliografía. Las referencias bibliográficas, se ordenarán alfabéticamente por el primer apellido, en versales, del autor/a, bajo el título "Bibliografía" y al final del original. Ejemplo:

RUIZ MIGUEL, Carlos, Consejo de Estado y Consejos Consultivos autonómicos. Madrid: Dykinson, 1995.

BOSCH BENÍTEZ, Oscar, Consejo de Estado y Consejo Consultivo de Canarias: problemas de articulación de la competencia consultiva en el Estado autonómico. *Actualidad Administrativa*, 1987, nº 44, pp. 2.497-2.511.

Si se citan dos o más obras de un determinado autor/a publicadas en el mismo año, se distinguirán por medio de una letra. Ejemplo: CANO BUESO (2010a) y CANO BUESO (2010b).

b) Notas a pie de página. Todas las notas irán a pie de página, numeradas mediante caracteres arábigos y en formato superíndice.

c) Citas. Las citas irán entrecomilladas. Si exceden de tres líneas irán separadas del cuerpo principal del texto, sangradas, a espacio sencillo. Cualquier cambio introducido en la cita original deberá indicarse encerrándolo entre corchetes.

5. Proceso de publicación. La *Revista Española de la Función Consultiva* acusará recibo de todos los originales en el plazo de treinta días desde su recepción.

El Consejo de Redacción decidirá la publicación de los trabajos atendiendo a los informes de, al menos, dos evaluadores externos y anónimos. La publicación podrá quedar condicionada a la introducción de cambios con respecto a la versión original. La decisión sobre la publicación no excederá de seis meses. Esta decisión se comunicará al

autor/a y, en caso afirmativo, se le indicará el número de la REFC en el que se incluirá el trabajo.

Los artículos que sean devueltos por no cumplir con las normas de publicación podrán ser reenviados de nuevo una vez hechas las oportunas modificaciones.

Los artículos que hayan sido solicitados a sus autores/as por la REFC y aquellos que deriven de ponencias y comunicaciones en Jornadas y Seminarios no serán sometidos al proceso al que se refiere esta norma.

6. *Copyright*. Es condición para la publicación que el autor/a o autores/as ceda(n) expresamente y por escrito a la *REFC*, en exclusiva, los derechos de reproducción. Si se producen peticiones de terceros para reproducir o traducir artículos o partes de los mismos, la decisión corresponderá al Consejo de Redacción.

7. Reseñas. La REFC no publica reseñas ni recensiones de libros, salvo las expresamente solicitadas.

8. Advertencia. Cualquier incumplimiento de las presentes Normas constituirá motivo para el rechazo del original remitido.

9. Responsabilidad. De las opiniones sustentadas en los trabajos firmados responden exclusivamente sus autores/as. La publicación de los diferentes artículos no implica adhesión ni conformidad de la REFC con las opiniones mantenidas por los autores/as.